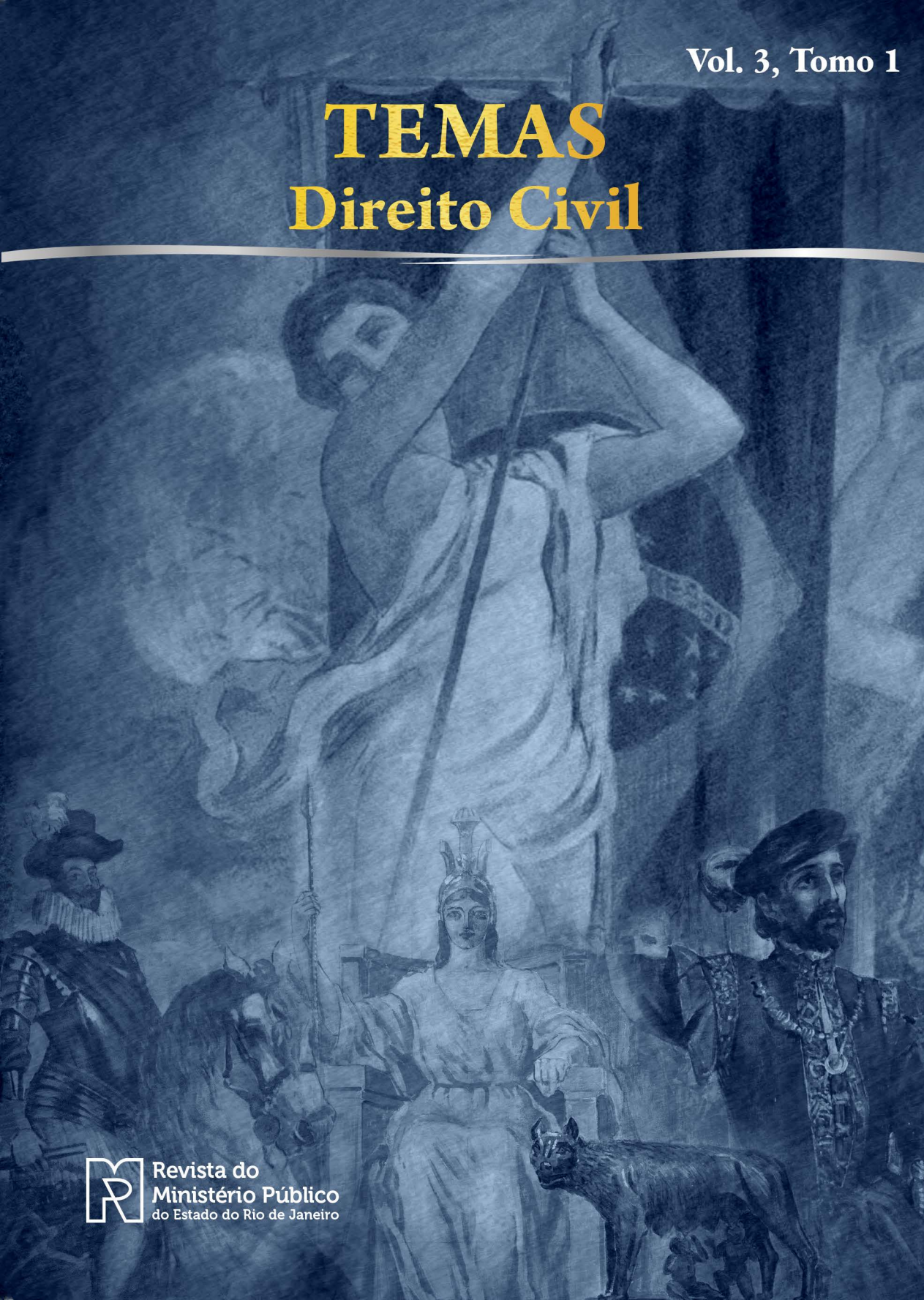
Vol. 3, Tomo 1

TEMAS
Direito Civil



Revista do
Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

Volume 3, Tomo 1

TEMAS
Direito Civil

Revista do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Adolfo Borges Filho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Conselho Editorial da Revista do Ministério Público

Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara
Antônio do Passo Cabral
Antonio Henrique Graciano Suxberger
Clarissa Diniz Guedes
Fernanda Medina Pantoja
Fredie Didier Jr.
Guilherme Peres
Guilherme Sandoval Góes
Marcelo Machado Costa Lima
Márcio Carvalho Faria
Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis
Ronaldo Cramer
Sofia Temer

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.
As reproduções fotográficas utilizadas na capa e no miolo pertencem ao acervo do Museu Histórico Nacional / IBRAM / Ministério da Cultura. As pinturas são de autoria de Carlos Oswald e fazem parte da sala Jenny Dreyfuss do Museu Histórico Nacional, no Rio de Janeiro.

Tiragem: 100 exemplares | Circulação Nacional
Pede-se permuta | *On demande l'échange* | *We ask for exchange*

Redação e Administração
Av. Marechal Câmara, 370 - 3º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20020-080
Telefones/Fax (21) 2219-3370 e (21) 2219-3371
www.mprj.mp.br | *e-mail:* rmp@mprj.mp.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Temas [livro eletrônico] : direito civil : volume 3 : tomo 1 / [organizador e diretor Emerson Garcia ; diretor Adolfo Borges Filho ; coordenação-geral Luiza Helena Torezani]. -- Rio de Janeiro : Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2024. -- (Coleção temas)
PDF

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-88520-58-1

1. Direito civil - Brasil I. Garcia, Emerson. II. Borges Filho, Adolfo. III. Torezani, Luiza Helena. IV. Série.

24-243250 CDU-347

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito civil 347

Eliete Marques da Silva - Bibliotecária - CRB-8/9380

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Procurador-Geral de Justiça

Eduardo da Silva Lima Neto
Procuradoria-Geral de Justiça / Subprocurador-Geral de Justiça de Administração

Ediléa Gonçalves dos Santos Cesario
Subprocurador-Geral de Justiça de Justiça de Planejamento e Políticas Institucionais

Ana Cristina Lesqueves Barra
Subprocuradora-Geral de Justiça de de Assuntos Cíveis e Institucionais

Roberto Moura Costa Soares
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais

Eduardo da Silva Lima Neto
Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas (Respondendo pelo expediente)

David Francisco de Faria
Chefe de Gabinete

Emerson Garcia
Consultor Jurídico

Roberto Góes Vieira
Secretário-Geral do Ministério Público

Leandro Silva Navega
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral do Ministério Público

Galdino Augusto Coelho Bordallo
Subcorregedor-Geral

Viviane Tavares Henriques
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Procurador-Geral de Justiça

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral

Membros natos

Márcio Klang
José Maria Leoni Lopes de Oliveira
José Antonio Leal Pereira
Alexandre Araripe Marinho
Augusto Dourado
Heloisa Maria Alcofra Miguel
José Roberto Paredes
Nelma Gloria Trindade de Lima
Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves
Fátima Maria Ferreira Melo

Membros eleitos

Márcia Alvares Pires Rodrigues
Marcelo Daltro Leite
Rita de Cássia Araújo de Faria
Walberto Fernandes de Lima
Luciana Sapha Silveira
Márcia Maria Tamburini Porto
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Patricia Mothé Glioche Béze
Gianfilippo de Miranda Pianezzola
Carla Rodrigues Araujo de Castro

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Procurador-Geral de Justiça

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral

Titulares Eleitos

Primeira Turma

Sumaya Therezinha Helayel
Luiz Fabião Guasque
Flávia de Araujo Ferrer
Claudio Varela

Segunda Turma

Antonio José Campos Moreira
Katia Aguiar Marques Selles Porto
Márcio Mothé Fernandes
Conceição Maria Tavares de Oliveira

Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Cláudio Henrique da Cruz Viana
Presidente

• • •

Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Eduardo da Silva Lima Neto
Diretor-Presidente

• • •

Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Diretor-Presidente

• • •

Centro dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Fátima Melo
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Diretor-Presidente

Editorial

A coleção *Temas*, que ora apresentamos aos leitores da Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, é formada por diversos volumes recheados com uma valiosa coletânea de artigos jurídicos e, numa proporção menor, filosóficos, produzidos ao longo de quase seis décadas nas "três fases" do periódico.

Na atuação do Direito, destaca-se a trilogia "lei, jurisprudência e doutrina" como verdadeiras fontes de onde emanam, respectivamente, as normas produzidas pelo Poder Legislativo, as decisões do Poder Judiciário, que se transformam em jurisprudência, e a doutrina construída por profissionais especializados nas diversas áreas do Direito. A doutrina exerce relevante papel não apenas para a compreensão da legislação e da jurisprudência, mas como fomentadora de novas ideias e opiniões, que fornecem subsídios para que legisladores formulem projetos de leis e para que juízes, membros do Ministério Público, advogados e professores elaborem decisões, peças processuais e trabalhos acadêmicos, enriquecendo a hermenêutica jurídica. Enfatize-se o papel da doutrina no mundo acadêmico, na produção de monografias, dissertações e teses que, embrionariamente, podem ser resultados de um simples artigo. O mesmo pode ser dito em relação aos livros didáticos, cujos autores expandem os conteúdos de artigos transformando-os em capítulos de uma ou mais obras para consulta de estudantes e profissionais da área. A coleção *Temas* se encaixa nesse universo mais amplo que acabamos de descrever.

No "histórico" que compõe a abertura dos *Temos*, é relevante trazer a lume o trecho abaixo, que assinala uma espécie de marco temporal de maior engajamento da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro na seara doutrinária, incentivando, assim, a publicação de artigos.

> *Na Resolução nº 698, de 24 de abril de 1996, o Procurador-Geral de Justiça Hamilton Carvalhido ressaltou a "necessidade da existência de um órgão cultural do*

> *Ministério Público, sob a forma de publicação periódica", o qual realizaria a importante função de "divulgação dos trabalhos de doutrina, pareceres e razões dos membros do Ministério Público". Destacou, ainda, a "conveniência da publicação de estudos doutrinários emanados de juristas de notório saber jurídico, ainda que estranhos ao Parquet, mas que se disponham a prestar sua colaboração, sem qualquer ônus para a Instituição". Por fim, observou que a publicação do periódico institucional manteria "vivo e atualizado o pensamento jurídico dos membros da Instituição.*

Os artigos que compõem os *Temas* foram organizados de forma meticulosa pela equipe da Revista, sendo colocados sob as rubricas das matérias jurídicas pertinentes, atribuindo-lhes, ainda, subcategorias para facilitação da pesquisa por parte dos leitores. Cada artigo ostenta, também, o número da edição da Revista e o respectivo ano em que foi publicado. À guisa de exemplificação, seguem artigos de juristas que colaboraram com a nossa Revista:

No **Direito Constitucional**: *Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico*, de Emerson Garcia, 2007; e *O ser das regras, das normas e dos princípios constitucionais*, de José Afonso da Silva, 2013. No **Direito Penal**: *Apologia do Direito Penal*, de Roberto Lyra, 1967; A Teoria da Ação Finalista no Direito Penal, de Nélson Hungria, 1967; **Evolução histórica do Direito Penal**: *A luta contra o crime*, de Giorgio Del Vecchio, 1967. No **Direito Processual Penal**: A *eficácia da lei processual no tempo*, de Fernando da Costa Tourinho Filho, 2010. No **Direito Civil**: *Normas e princípios de Direito Civil na Constituição Brasileira de 1988*, de Luiz Roldão de Freitas Gomes,1998 e *Apontamentos para um Estudo sobre a Reparação do dano causado pelo Crime e os Meios de promovê-la em juízo*, de José Carlos Barbosa Moreira, 1979. No **Direito Empresarial**: *A introdução do "leasing" no Brasil*, de Arnoldo Wald, 1970. No **Direito Processual Civil**: *O Ministério Público como Órgão Agente e como Órgão Interveniente no Processo Civil*, de Clóvis Paulo da Rocha, 1973; e *Respostas de Réu (Exceções). As exceções no Direito Romano*, de Simão Isaac Benjó,1972. No **Direito Tributário**: *IR Adicional Estadual de Imposto de Renda: declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora*

do tributo e limites da repetição de indébito, de Helcio Alves de Assumpção, 1996. Em **Princípios Institucionais**: *Modernização da segunda instância do Ministério Público*, de Hugo Nigro Mazzilli, 2012. Em **Teoria Geral do Direito**: *Limites da lei no tempo*, de Paulo Dourado de Gusmão, 1968; e *Juristas, jurisperitos, jurisprudentes*, de Neje Hamaty, 2005. No **Direito da Criança e do Adolescente**: *As portarias expedidas pela autoridade judiciária com base no art. 149 do ECA e os novos paradigmas que regem o Direito da Criança e do Adolescente*, de Rosa Carneiro, 2007

Também fazem parte dos *Temas*, artigos publicados nos *Observatórios Jurídico, Filosófico e Literário*, que são as mais novas seções criadas pela atual direção da Revista.

Esperamos que os *Temas* se tornem mais uma fonte de pesquisa doutrinária, principalmente na área jurídica, e que incentivem nossos leitores a submeterem novos artigos para o enriquecimento de nosso periódico.

Emerson Garcia
Diretor da Revista

Adolfo Borges Filho
Vice-Diretor da Revista

Revista do Ministério Público (1967-2024)

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro é uma publicação científica, voltada à difusão do conhecimento jurídico. Foi instituída por meio do Decreto "E" nº 1.174, de 02 de agosto de 1966, do então Governador do Estado da Guanabara, Francisco Negrão Lima. À época, a Procuradoria-Geral de Justiça do então Ministério Público do Estado da Guanabara era chefiada por Arnoldo Wald. Na primeira fase da Revista, que abrange o período de 1967 a 1974, sucederam-se em sua direção Paulo Dourado de Gusmão, Clóvis Paulo da Rocha e Simão Isaac Benjó.

No primeiro número publicado, um editorial inaugural apresentava o objetivo do periódico: acolher "trabalhos sobre todos os temas jurídicos", a fim de "servir de fonte de consulta aos membros do Ministério Público, cuja ação, em nossa época, se faz sentir em todos os campos do Direito", uma vez que a Instituição é "chamada a se pronunciar sobre questões de direito público e de direito privado". Por esse motivo, optou-se pelo designativo "Revista de Direito". Sua edição seria relevante "não só aos membros do Ministério Público, como, também, aos do Poder Judiciário e aos advogados". Para cumprir essas metas, o Decreto "E" nº 1.174, que dispôs sobre o início do funcionamento da Revista, especificou que a publicação seria limitada a, no máximo, quatro edições ao ano. Foi prevista, ainda, a circulação "em todo território nacional, com distribuição gratuita aos tribunais, estabelecimentos de ensino superior, bibliotecas públicas e, especialmente, aos órgãos do Estado da Guanabara".

Em sua primeira configuração editorial, que foi reproduzida de forma muito similar durante toda a história do periódico, apresentavam-se as seguintes seções: (1) *Doutrina*, que trazia artigos sobre temas relevantes da ciência jurídica; (2) *Pareceres*, com importantes manifestações processuais dos membros da Instituição; (3) *Jurisprudência Cível e Jurisprudência Criminal*, com a reprodução de relevantes acórdãos exarados pelos principais tribunais do país, em matéria cível e criminal; (4) *Notas*, em que se veiculavam atos normativos,

além de discursos e questões de provas de concurso para acesso à carreira do Ministério Público; (5) *Bibliografia*, com a compilação de publicações sobre determinados temas jurídicos; (6) *Revista em revista*, que apresentava os sumários de notórios periódicos da área jurídica, nacionais e internacionais; e (7) *Legislação*, com a reprodução dos principais atos normativos editados no período abrangido pela publicação. Ao final, dispunham-se os índices de autores e de assuntos.

Apesar de o formato estabelecido no primeiro número ter norteado a estruturação dos subsequentes, foi natural que alterações fossem promovidas com o passar dos anos. Em 1969, na Revista de nº 7, foi inserida a seção *Atualidades*, na qual se apresentavam textos versando sobre assuntos contemporâneos, como comentários sobre novas leis, notícias jornalísticas e fatos da realidade, além de discursos de posse e, até, crônicas e memórias de membros aposentados. Essa seção, na Revista nº 10, de 1970, ganharia o nome de *Estudos e Atualidades*, a fim de abranger mais o aspecto científico que o meramente informativo.

O primeiro Diretor, Paulo Dourado Gusmão, possuía ampla capacidade de conciliar a atividade intelectual com o desempenho das funções institucionais. Sob sua gestão, foram publicadas, quadrimestralmente, 14 revistas, entre os anos de 1967 e 1971, tendo sido exonerado, a pedido, em maio de 1972. Três anos depois, Dourado Gusmão seria nomeado Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde encerraria sua carreira jurídica.

Com a saída de Dourado Gusmão, o próprio Procurador-Geral de Justiça, Clóvis Paulo da Rocha, assumiu a coordenação dos trabalhos editoriais. De maio a dezembro de 1972, Paulo da Rocha publicaria dois números da Revista, 15 e 16, tendo a tiragem do periódico sido elevada, em sua gestão, a 5 mil exemplares.

A primeira edição sob a chefia do Procurador-Geral contaria com uma mensagem do Governador do Estado da Guanabara, Chagas Freitas, em virtude da comemoração, naquele ano, dos 150 anos da independência do Brasil. Também foi acompanhada de separata (organizada por Paulo Dourado Gusmão), com o índice geral do conteúdo dos 14 periódicos anteriores, editados desde a fundação da Revista. Na última publicação daquele ano, a de nº 16, a Revista reproduziu, em sua página de abertura, o discurso proferido pelo Presidente da República, o General Médici, por ocasião do IV Congresso

Interamericano do Ministério Público, realizado na Cidade de Brasília, de 22 a 25 de maio de 1972. O General Médici abrira os trabalhos do Congresso, sem deixar de destacar o encargo do Ministério Público "de zelar pela ordem e pelo cumprimento da lei".

Na mesma publicação de nº 16, foi introduzida uma inovação editorial. Em decorrência da inspiradora publicação de um relato acerca da vida e da obra do jurista Pontes de Miranda na Revista de nº 15, foi criada a seção *Biografias*. Nesta, apresentavam-se a vida e a obra de grandes nomes do pensamento jurídico, brasileiro e internacional. Abrindo a série, Simão Isaac Benjó discorreu sobre Roberto Lyra, cuja inestimável importância para a sociedade lhe valera a alcunha de Príncipe dos Promotores.

Ao deixar a Procuradoria-Geral em dezembro de 1972, Clóvis Paulo desvencilhou-se, também, de suas atribuições no comando da Revista. Posteriormente, assim como Dourado Gusmão, Clóvis Paulo da Rocha foi nomeado Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Anos depois, a biblioteca institucional do Ministério Público seria batizada com seu nome.

No ano de 1973, o Promotor de Justiça Simão Isaac Benjó ascendeu à coordenação da Revista. Natural de Parintins, no centro da Amazônia, o prestigiado professor de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá destacar-se-ia como primoroso examinador da mesma matéria no primeiro concurso, após a fusão, para ingresso na carreira do Ministério Público do Rio de Janeiro.

De 1973 a 1974, Simão Isaac Benjó editou, semestralmente, os últimos 4 números da Primeira Fase da Revista (17, 18, 19 e 20). Nas duas primeiras publicações, foi mantido o mesmo formato editorial, instituindo, na terceira, uma pequena modificação. Na Revista nº 19, a seção *Estudos e Atualidades* foi dividida em duas. Os estudos publicados sobre acontecimentos jurídicos contemporâneos foram ganhando tamanha importância que se fez necessário separá-los das notícias relativas aos eventos institucionais.

Após a unificação do Estado da Guanabara com o Estado do Rio de Janeiro, a Revista passou a integrar o *Parquet* do novo Estado, inaugurando-se sua Segunda Fase. A edição inaugural contou com um artigo do primeiro Procurador-Geral de Justiça do novo Estado, Raphael Cirigliano. Nesse

estudo, foram comentados aspectos do Decreto-Lei nº 11, de 15 março de 1975, que determinou a unificação das duas unidades federativas.

Durante a Segunda Fase da Revista, que se estendeu de 1975 a 1995, foram publicados, semestralmente, 32 periódicos. Nesses 16 anos, diversos membros da instituição ocuparam a direção do órgão. Foram eles, em sequência cronológica: Simão Isaac Benjó, Sérgio Demoro Hamilton (por duas vezes), Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Valneide Serrão Vieira, Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea e Fernando Fernandy Fernandes.

A nova fase da publicação teve um aspecto de continuidade. O último diretor da Primeira Fase, Simão Isaac Benjó, voltou à coordenação do órgão durante a publicação de seus primeiros seis números. Nestes, o formato editorial consagrado durante todo o período anterior foi mantido.

Benjó continuaria à frente do periódico de março de 1975 a abril de 1978. Após a publicação de 10 edições, ele deixaria o cargo para ser substituído, no mesmo ano, por outro notório professor, Sérgio Demoro Hamilton, que também desempenhou importante função nas bancas dos concursos de acesso à carreira.

Na Revista nº 7, a primeira publicada sob a coordenação de Demoro, foi incluída a *Lista de Antiguidade dos Membros do Ministério Público* e a *Lista de Antiguidade dos Membros da Assistência Judiciária* (nome dado à Defensoria Pública, quando esta ainda se encontrava subordinada à Procuradoria-Geral). Em 1981, a última deixou de ser publicada, isso em virtude da definitiva desvinculação da Defensoria Pública da estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça. Do nº 14 em diante, passou a ser publicada somente a lista do *Parquet.*

Sérgio Demoro permaneceria no cargo de abril de 1978 a novembro de 1982. Após dois meses de afastamento, em janeiro de 1983, ele reassumiria a Direção, ali permanecendo por apenas mais dois meses. Durante esse período, como Diretor, publicou 9 revistas.

No interregno entre as gestões de Sérgio Demoro, ocupou a chefia do periódico o Promotor de Justiça Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Suas gestões foram divididas em dois períodos de dois meses cada, o primeiro de novembro a dezembro de 1982 e o segundo de março a abril de 1983.

Com a saída de Sérgio Demoro no ano de 1983, Valneide Serrão Vieira foi nomeado Diretor da publicação. Era reconhecido, na Instituição, por ter

presidido, entre 1978 e 1980, a Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Em sua também curta gestão, de abril de 1983 a setembro de 1984, foram publicados 3 números, do 17 ao 19.

Em 1984, Serrão Vieira foi substituído por Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, que também desempenhou importante papel nas bancas examinadoras do concurso para ingresso na Instituição. Foi responsável pela publicação de 13 números da Revista, entre outubro de 1984 e janeiro de 1993. Durante sua gestão, a partir do ano de 1988, a *Lista de Antiguidade* parou de ser publicada.

No decorrer dos anos de 1993 e de 1994, a direção do periódico foi exercida por Fernando Fernandy Fernandes, que, no período, acumulou o cargo de Diretor da Revista com o de Secretário-Geral do Ministério Público. Em sua gestão, não foram publicadas novas edições. Alguns anos depois, ele seria nomeado Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Em 1995, iniciar-se-ia a Terceira Fase da Revista, sob a coordenação de Sérgio Demoro Hamilton, que assumiu a chefia do órgão pela terceira vez. Inaugurava-se um momento áureo na história da publicação. Na Resolução nº 698, de 24 de abril de 1996, o Procurador-Geral de Justiça Hamilton Carvalhido ressaltou a "necessidade da existência de um órgão cultural do Ministério Público, sob a forma de publicação periódica", o qual realizaria a importante função de "divulgação dos trabalhos de doutrina, pareceres e razões dos membros do Ministério Público". Destacou, ainda, a "conveniência da publicação de estudos doutrinários emanados de juristas de notório saber jurídico, ainda que estranhos ao *Parquet*, mas que se disponham a prestar sua colaboração, sem qualquer ônus para a Instituição". Por fim, observou que a publicação do periódico institucional manteria "vivo e atualizado o pensamento jurídico dos membros da Instituição".

Após reiterar a importância de manter-se "uma publicação de alto nível cultural, onde, em suas páginas, desfilaram nomes da maior expressão do mundo jurídico", Carvalhido explicou, também, a razão da mudança de nome. De Revista de Direito a publicação passou a ser chamada de Revista do Ministério Público, o que a imbuiu de acentuado cunho institucional.

As primeiras revistas dessa Terceira Fase, seguindo a fórmula já consagrada nas anteriores, com pequenas alterações, foram editadas com periodicidade semestral e tiveram o conteúdo dividido nas seguintes seções:

Doutrina, Pareceres e Razões, Jurisprudência, Noticiário, Lista de Antiguidade dos Membros do Ministério Público e *Índices de Autores e de Assuntos*. Quando alcançou o sexto número, Sérgio Demoro restabeleceu a seção *Biografias*, que não vinha sendo publicada desde a Revista no18, da Segunda Fase, e inovou, criando a seção *Perfil*, em cuja inauguração foi publicado artigo sobre o centenário do notório Procurador-Geral André de Faria Pereira. A primeira dessas seções destinava-se a apresentar nomes importantes do pensamento jurídico-filosófico em toda a história do Direito ocidental. A segunda direcionava sua atenção à vida e à obra de membros da instituição.

No terceiro número da revista, de 1996, iniciou-se a publicação, na seção *Jurisprudência*, dividida em cível e criminal, das mais relevantes decisões do Superior Tribunal de Justiça. No periódico número 5, do ano seguinte, foram apresentadas, também, as decisões do Supremo Tribunal Federal. Embora já fossem publicadas jurisprudências selecionadas, a partir de 1997, passaram a ser reproduzidas apenas as decisões dos dois mais importantes Tribunais do país. Na revista de no 7, seria feita mais uma inovação, com a criação da seção *Memória do Ministério Público*, a qual se destinaria à publicação de fotos e de documentos de eventos históricos da Instituição.

No ano seguinte, por meio da Portaria nº 1, de 26 de outubro, a Revista do Superior Tribunal de Justiça deferiria o pedido da Revista do Ministério Público para ser registrada como seu repositório autorizado de jurisprudência. Em 16 de abril de 1999, foi publicada, no Diário Oficial, a inscrição da Revista também como repositório autorizado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A partir da edição de nº 9, do mesmo ano, publicou-se, também, uma subseção de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a qual, após a Revista de nº 11, passou a ser eventual. Posteriormente, a mesma subseção esteve presente nas publicações de nº 13, 16, 17, 20, 22, 23 e 24.

Nas revistas seguintes, mais especificamente nos nºs 10, de 1999, e 12, de 2000, as inovações continuaram. Na primeira, foi criada a seção *Jurisprudência Comentada* e, na segunda, a seção *Relíquias do Júri*, na qual seriam apresentados relatos sobre a atuação de membros do Ministério Público do Rio de Janeiro no Tribunal do Júri. A publicação de nº 12 contou, também, com a edição das primeiras dez Revistas em CD-ROM.

Quando foi editado o periódico de nº 16, em 2002, além da *Lista de Antiguidade dos Membros*, foram igualmente apresentadas a *Lista dos Membros*

Inativos e a *relação de integrantes do Superior Tribunal de Justiça* e do *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro egressos do Ministério Público Fluminense*. Desse momento em diante, a Revista manteria a mesma estrutura editorial, com todas as referidas inovações, até o nº 46.

Em 2003, o Procurador-Geral de Justiça, Antônio Vicente da Costa Júnior, por meio da Resolução nº 1120, de 17 de janeiro, disciplinou a estrutura orgânica da Procuradoria-Geral de Justiça e atribuiu, no artigo 5º, a competência de formular políticas e projetos de natureza institucional, administrativa e cultural à Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento. Segundo a Resolução, entre os órgãos dessa Subprocuradoria, a Revista ficava incumbida da "divulgação de trabalhos de doutrina, estudos e pareceres de membros do Ministério Público e juristas de notório saber, com o objetivo de manter vivo e atualizado o pensamento jurídico dos integrantes da Instituição". A Resolução nº 1120 consolidou a função institucional do órgão, uma vez que confirmou a disposição da Resolução nº 698, de 1996, acerca da identidade do periódico. Em 2005, o Procurador-Geral de Justiça Marfan Martins Vieira reproduziu a fórmula da Resolução anterior na Resolução nº 1280, de 17 de janeiro de 2005. Com a Resolução nº 1796, de 17 de janeiro de 2013, a Revista do Ministério Público passou a ser subordinada diretamente ao Procurador-Geral de Justiça.

A terceira gestão de Sérgio Demoro encerrou-se em novembro 2007, totalizando doze anos e 25 números publicados. Após ele, seguindo a tradição de diretores com renomada prática no magistério e ampla produção de conhecimento jurídico, foi nomeado, em novembro de 2007, o Procurador de Justiça José Maria Leoni Lopes de Oliveira. Publicou 5 números, permanecendo no cargo até janeiro de 2009, quando Sérgio Demoro retornou à Diretoria da publicação, que, desde janeiro de 2008, passara a ser trimestral, requisito para que mantivesse o *status* de repositório autorizado do Superior Tribunal de Justiça.

Sérgio Demoro encerraria, em 2013, sua longa gestão à frente do periódico, passando ao cargo de Diretor Honorário, pequena homenagem à sua imensa contribuição para a evolução da cultura institucional. Na Terceira Fase da Revista, ele publicara 41 números, sendo responsável pela estruturação e consolidação da Revista do Ministério Público como referência para o pensamento jurídico institucional.

Para dar continuidade aos trabalhos editoriais, foi escolhido como Diretor da Revista Emerson Garcia, Promotor de Justiça, professor, escritor e tradutor, com vasta experiência editorial, nacional e internacional e diversas participações em bancas examinadoras de concursos públicos. Emerson assumiu a direção do periódico em janeiro de 2013, quando publicou a Revista nº 47 da Terceira Fase, na qual a seção *Noticiário* foi reduzida para, apenas, dois informes: um acerca da recente posse do novo Procurador-Geral de Justiça, Marfan Martins Vieira; outro relativo à posse dos novos integrantes do Conselho Superior. A partir desse momento, esta seção passou a publicar somente informações de extremo valor histórico-institucional, o que decorreu da constatação de que outros assuntos, destituídos de importância cultural, poderiam ser facilmente localizados no sistema informatizado da Instituição.

A Revista, também em 2013, passou a contar com um Vice-Diretor, o Promotor de Justiça Robson Renauld Godinho, emérito processualista, também com intensa participação nas bancas examinadoras dos concursos de acesso à carreira.

A nova direção da Revista priorizou o aspecto científico, buscando ampliar sua visibilidade com a publicação de textos de autores com elevada projeção acadêmica. O objetivo almejado é a realização de um desejo antigo, presente nas resoluções e mensagens dos Procuradores-Gerais acerca do periódico: expandir o alcance da Revista para além do âmbito institucional. Torná-la uma referência no mundo acadêmico. Nesse sentido, o projeto editorial atual visa à elevação da categoria científica da publicação e à mais ampla distribuição das edições, de modo a alcançar o maior numero possível de instituições de ensino superior. Outro aspecto digno de nota foi a disponibilização de 500 assinaturas da Revista aos servidores da Instituição, também fruto do projeto de democratização do conhecimento, além da ampliação da distribuição às bibliotecas, de modo a facilitar a consulta ao seu rico acervo.

Entre as modificações realizadas, a seção *Doutrina* ganhou maior destaque; foi criada a seção *Peças Processuais*, dividida em *Ações, Pareceres*, *Consulta* e *Promoção Ministerial*. Na Revista de número 47, foi apresentada a seção *Resenha*. Na de número 48, foi instituída a seção *Observatório Jurídico*, na qual são apresentados pequenos textos de juristas renomados acerca da realidade nacional e internacional, seguindo-se o *Observatório Filosófico* no número 75 e o *Observatório Literário* no número 89, este último fruto de parceria com a

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, no qual são estabelecidos diálogos entre direito e literatura. A tradicional seção *Jurisprudência* continua apresentando acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. A publicação ainda passou a contar com um índice alfabético-remissivo a partir da Revista nº 50. A partir do nº 55, correspondente ao primeiro trimestre de 2015, a Revista passou pela mais ampla reformulação editorial desde a sua criação, sendo alterada a apresentação da capa, o tipo e a gramatura do papel utilizado, bem como a fonte empregada, sempre com o objetivo de modernizá-la e tornar a leitura mais agradável. No plano do conteúdo, passou a contar com a seção de *Jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos*, isso com o objetivo de estimular uma visão sinergética do direito interno e do direito internacional em matéria de direitos humanos. A partir do nº 75 foi instituído o seu Conselho Editorial.

Importantes avanços foram alcançados em 2019 com a indexação, ao *google acadêmico*, importante ferramenta de pesquisa, de cada artigo jurídico publicado na Revista desde a sua Primeira Fase, ainda no Estado da Guanabara, o que aumentou sobremaneira a sua visibilidade. Para que isto fosse possível, foi necessário elaborar a ficha catalográfica de todos os artigos publicados em mais de cinco décadas, conforme os padrões de indexação adotados pela ferramenta.

Ainda merece menção o árduo trabalho de digitalização de todo o acervo da Revista, que se iniciou em setembro de 2020, com a contratação de empresa especializada, e somente foi concluído em outubro de 2022, com a sua disponibilização ao público em geral, devidamente acompanhado de uma ferramenta de busca.

A Revista também passou a publicar obras de indiscutível relevância para a comunidade jurídica. Em 2017, foi publicada a primeira edição da *Legislação do Ministério Público do Estado do Rio Janeiro*; em 2020, a obra em homenagem ao nosso Diretor Honorário, Sérgio Demoro Hamilton, que reúne quarenta e dois artigos de sua autoria e textos de juristas convidados, que analisam sua vida e obra; e, em 2021, a primeira edição da obra *Corte Interamericana de Direitos Humanos. Casos da República Federativa do Brasil*.

Em janeiro de 2023, após uma década, o Promotor de Justiça Robson Renault Godinho foi sucedido, no cargo de Vice-Diretor, pelo Procurador de

Justiça Adolfo Borges Filho, professor emérito, examinador de concursos e colaborador assíduo do *Observatório Filosófico*.

Durante a Terceira Fase da Revista até o segundo semestre de 2024, foram publicadas 92 Revistas do Ministério Público. Totalizando as três fases, editaram-se 144 periódicos.

No segundo semestre de 2024, é disponibilizada ao público em geral a coleção *Temas*, que aglutina todos os artigos publicados pela Revista de Direito em seus quase sessenta anos de existência. Para enaltecer o cunho histórico da publicação, mantivemos a impressão original de cada texto, que é oferecido ao leitor tal qual fora publicado originalmente.

Essa é a história inacabada da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Revista do Ministério Público

Diretores (1967-2024)

Primeira Fase

(1967-1975)

20 Periódicos

Paulo Dourado Gusmão (1967 - 1972)

Volumes 01 a 14

Clóvis Paulo da Rocha (1972)

Volumes 15 e 16

Simão Isaac Benjó (1973-1975)

Volumes 17 a 20

Segunda Fase

(1975-1995)

32 Periódicos

Simão Isaac Benjó (1975-1978)

Volumes 1 a 6

Sergio Demoro Hamilton (1978-1982)

Volumes 7 a 15

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (1982)

Volume 16

Sergio Demoro Hamilton (1983)

Valneide Serrão Vieira (1983-1984)

Volumes 17 a 19

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea (1984-1993)
Volumes 20 a 32
Fernando Fernandy Fernandes (1993-1995)

Terceira Fase
(1995-2024)
92 Periódicos

Sergio Demoro Hamilton (1995-2007)
Volumes 1 a 25
José Maria Leoni Lopes de Oliveira (2007-2009)
Volumes 26 a 30
Sergio Demoro Hamilton (2009-2013)
Volumes 31 a 46
Emerson Garcia (2013-)
Volumes 47 a 92

Sumário

Evolução histórica do Direito Civil

Aloysio Maria Teixeira 35
Considerações sôbre o Nôvo Código Civil Português

Luiz Antônio Severo da Costa. 49
Evolução e Tendências do Código Civil Brasileiro

Paulo Dourado de Gusmão 57
Reforma Parcial do Código Civil Argentino. Breves Notas

Paulo Dourado de Gusmão 63
Elaboração ou Revisão de Código Civil, Tarefa Árdua

Oscar Tenório 71
Napoleão e o Código Civil

Luiz Roldão de Freitas Gomes. 81
Sugestão ao Anteprojeto do Código Civil

Luiz Roldão de Freitas Gomes. 87
Inovações da parte geral do projeto do Código Civil

Osvaldo Hamilton Tavares. 103
Aspectos fundamentais do projeto de Código Civil

Arnoldo Wald 127
O contrato no Projeto de Código Civil (Da evolução dos interesses conflitantes do passado até a parceria do futuro)

Francisco Pereira de Bulhões Carvalho **135**
Falhas do Anteprojeto de Código Civil

Francisco Pereira de Bulhões Carvalho **163**
Falhas do Anteprojeto de Código Civil (continuação do nº anterior)

Cláudio Calo Sousa..... **215**
Algumas impropriedades do denominado "novo" Código Civil

Arion Sayão Romita..... **223**
Princípios jurídicos no Direito Romano?

Direito Civil – Constitucional

Gustavo Tepedino..... **265**
Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas

Luiz Roldão de Freitas Gomes..... **279**
Normas e princípios de Direito Civil na Constituição Brasileira de 1988

Gustavo Tepedino..... **295**
O princípio da função social no Direito Civil Contemporâneo

LINDB

Paulo Dourado de Gusmão **311**
Princípios Gerais de Direito

Paulo Dourado de Gusmão **317**
Limites da lei no tempo

Barna Horvath **323**
As fontes do Direito Positivo

Luiz Roldão de Freitas Gomes..... **335**
Norma jurídica, interpretação e aplicação. Aspectos atuais

Anco Márcio Valle..... **349**
A doutrina e os princípios gerais do Direito

Eugênio Rosa de Araújo..... **353**
A nova estrutura conceitual do Direito: a natureza normativa dos princípios jurídicos

Hirmínia Dorigan de Matos Diniz..... **363**
Abertura Constitucional e Segurança Jurídica: uma Primeira Leitura sobre o PLS 349/2015 à Luz do Direito à Educação

Jorge Lobo..... **379**
Hermenêutica, interpretação e apilcação do Direito

Fredie Didier Jr
Rafael Alexandria de Oliveira..... **401**
Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Direitos da Personalidade – Nome

Lincoln Antônio de Castro **423**
Imutabilidade do nome da pessoa natural

Emerson Garcia..... **445**
A "mudança de sexo" e suas implicações jurídicas: breves notas

Áurea Pimentel Pereira **463**

Cirurgia de transposição de sexo. Aspectos jurídicos decorrentes de sua realização

Direitos da Personalidade – Integridade Psicofísica

José Marinho Paulo Júnior **473**

Transplante de órgão e doador falecido sem documento com foto

Direitos da Personalidade – Proteção de Dados

Guilherme Magalhães Martins
José Luiz de Moura Faleiros Júnior..... **485**

Segurança da informação e governança como parâmetros para a efetiva proteção de dados pessoais

Guilherme Magalhães Martins
João Victor Rozatti Longhi
José Luiz de Moura Faleiros Júnior..... **493**

A consolidação legislativa da proteção de dados no Brasil: comentários às alterações da Lei nº 13.853/2019 à LGPD

Pessoa Jurídica – Fundações

Dolores Maria Ferreira..... **509**

Sistema fundacional e responsabilidade socia

José Marinho Paulo Junior
Waleska Nogueira Reis Schettini Pinto **519**

Fundações Testamentárias de Direito e em Comum: a partilha como marco temporal fundamental de possibilidade de constituição

José Marinho Paulo Junior **531**

Dissolução, liquidação e extinção de Fundações de direito privado e a obrigatoriedade de (sempre) se indicar beneficiária de bens remanescentes de fundação extinta

José Marinho Paulo Junior **543**

Transformação, incorporação, cisão ou fusão de ou por Fundações de Direito Privado

Atos jurídicos – Atos ilícitos

Paulo Dourado de Gusmão **557**

Abuso do Direito, velho tema, sempre atual

José Carlos Barbosa Moreira **563**

Apontamentos para um Estudo sobre a Reparação do dano causado pelo Crime e os Meios de promovê-la em juízo

Carlos David Santos Aarão Reis **583**

O aborto como ilícito civil

Alexander Araujo de Souza **587**

Justiça, abuso do direito e Ministério Público

Alexander Araujo de Souza **615**

Lineamentos sobre o abuso do direito

Negócios Jurídicos

Paulo José Leite Farias **641**

O estado de perigo no novo Código Civil e seus reflexos no endividamento por contas hospitalares

Carlos Roberto Barbosa Moreira **649**
Aspectos da conversão do negócio jurídico

Fredie Didier Jr.
Daniela Bomfim **665**
Exercício tardio de situações jurídicas ativas. O silêncio como fato jurídico extintivo: renúncia tácita e suppressio

Prescrição e Decadência

Arnoldo Wald **697**
A prescrição no Código Civil de 2002

Obrigações

Luiz Roldão de Freitas Gomes..... **705**
Da impossibilidade da prestação. Caso fortuito e força maior

Regis Fichtner Pereira **717**
A natureza jurídica das obrigações solidárias

Jorge Lobo **727**
Da assunção de dívida

Eugênio Rosa de Araújo..... **737**
Garantias das obrigações: configuração das garantias especiais atípicas

Raphael Le Cocq..... **763**
Mensalidades escolares e a existência (ou não) da Responsabilidade Solidária dos Pais após o fim da Sociedade Conjugal - Dissolução conjugal e seus reflexos obrigacionais frente a terceiros em relação à eventuais dívidas escolares da prole

Eduardo Talamini
André Guskow Cardoso **773**
Smart contracts, "autotutela" e tutela jurisdicional

Teoria Geral dos Contratos

Paulo Dourado de Gusmão **825**
Breves Notas sôbre a Relatividade do Contrato

Alcino Pinto Falcão **831**
Um caso de Ajustamento do Direito Privado ao Regime Político: a Liberdade Contratual no Recente Código Civil Português

Roberval Clementino Costa do Monte **841**
Cláusula rebus sic stantibus

Jacyr Villar de Oliveira **851**
Vícios Redibitórios

GuiIlherme Magalhães Martins **863**
O fenômeno contratual, do individualismo à globalização

Arnoldo Wald **885**
Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil

Sylvio Capanema **903**
A nova ordem jurídica e os paradigmas da função social do direito e da boa-fé objetiva e suas figuras parcelares

Gustavo Tepedino **913**
Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual

Guilherme Magalhães Martins 927

A função de controle de boa-fé objetiva e o retardamento desleal no exercício de direitos patrimoniais (*Supressio*)

Guilherme Magalhães Martins
Gustavo Livio Dinigre 951

A aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: algumas reflexões

Guilherme Magalhães Martins 973

Inadimplemento antecipado do contrato

Evolução histórica do Direito Civil

CONSIDERAÇÕES SÔBRE O NÔVO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

ALOYSIO MARIA TEIXEIRA

Saudade e sonho, velho sonho irrealizado, e saudade sempre sentida, cada vez maior, mais profunda. Se o sonho enleva e desilude, a saudade é, realmente, "espinho cheirando a flor" e a gente chega a ter saudade das saudades, à medida que o tempo passa e se esmaecem as esperanças.

Quando entrei nesta Casa, em 1931, para o curso anexo, de Hahnemann e Afrânio, já a amava desde criança. Com meu avô, o velho Professor Maria Teixeira, sempre a freqüentei, o vetusto casarão da rua do Catete.

Lembro-me, como se fôsse hoje, de Afonso Celso, Cândido de Oliveira, Cícero Peregrino, Queiroz Lima e Max Fleius, amigos do meu avô, que alimentava o ideal de o neto ser um dia professor, como êle, e da sua Faculdade de Direito, já que nunca pensara eu ser médico. Êle viveu a vida de Professor. Orgulhava-se disso. Todos os formados da época, médicos e advogados, haviam sido seus discípulos. A vida não deixou que eu realizasse êsse sonho, meu e dêle.

Restaram as saudades. Do tempo da Escola, e de antes, dos colegas e Mestres que se foram, do que foi bom, de tudo que, neste momento, aflora, suscitando lágrimas, mas incentivando a marcha. Apesar de tudo, a vida continua e a esperança não fenece.

Conforta só o lembrar que somos uma Nação capaz de ser feliz, e de permitir o bem-estar a outros povos, graças à pujança da Terra e à bondade de seus filhos; só o saber que conseguimos o milagre da unidade da língua e dos sentimentos cristãos que, de fato, irmanam os brasileiros de Norte a Sul. Nos piores momentos, nas mais inesperadas condições, o coração prepondera para compor, fazer esquecer, e olhar alto para o futuro.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 02 (1ª Fase), maio/ago. 1967, p. 01-13.

Essa unidade territorial, de língua e de sentimentos, devemos aos portuguêses, que adotaram a Terra descoberta como sua própria Pátria, nela formando raízes profundas e orgulhando-se, sinceramente, de serem brasileiros seus filhos. Sou bisneto de portuguêses, todos nós temos o seu sangue. O Direito de Portugal, as Ordenações magníficas, apoiadas nos mais sadios princípios do Direito Romano, nos guiaram por muito tempo. Ainda após o advento do Código Civil Português de 1867, a sua legislação tradicional continuou a orientar nossos destinos, e a sua fôrça a garantir a harmonia em nossa sociedade. O Código Civil Brasileiro de 1917 inspirou-se, sobretudo, no Direito da Mãe-Pátria, e agora, na ocasião propícia de novos rumos para o Direito das Nações civilizadas, surgirá, em 1.º de junho, êsse nôvo monumento da cultura jurídica lusitana, um século após o de 1867, adotando as coordenadas indispensáveis para manter a segurança e a harmonia nos dias conturbados de hoje, a exigirem concessões, equilíbrio e perfeita compreensão, elementos essenciais para que possa reinar entre os homens paz duradoura, perene. O Direito existe para isso e deve ser elaborado para cumprir essa missão sagrada.

Diante de auditório tão seleto, de Mestres, nenhuma novidade poderia trazer modesto juiz. Se aqui estou, nestas alturas, a culpa é de quem merece todos os perdões. Personalidade ímpar. Mestre autêntico, civilista de raça. Os Gondins são uma instituição no Direito Brasileiro. O brilho, a segurança da cultura séria atravessaram gerações. O Professor Gondin Neto não é o sol que apareceu, mas o que continua, e continuará com a Regina, figura admirável que brilha, com luz própria, honrando a tradição dos seus maiores. Embora fruto de amizade profunda, comove-me o carinho com que me trata o grande Mestre. É para mim um incentivo, e o ideal seria que, juntamente com o calor do seu afeto, pudesse, também, me transmitir um pouco da luz de sua inteligência.

Limitar-me-ei a singelas considerações, de ordem geral, tocando, apenas, em um ou outro ponto específico, superficialmente.

De resto, não seria possível exame profundo dos institutos no tempo restrito de despretensiosa palestra.

Em princípio, atende o nôvo Código às exigências da época e honra a cultura jurídica lusitana. É simples e compreensivo. Se não contém a beleza literária do de 1867, cuidada pelas fulgurantes penas do Visconde de Seabra e do próprio Herculano, é mais acessível e claro.

Visa a "refletir a *tendência social do direito moderno*, procurando conciliar, pelos meios adequados, o respeito que a lei deve à liberdade individual, com as supremas exigências de uma ordem fundada na justiça e na reta convivência entre os

homens e harmonizando os benefícios da iniciativa privada com os deveres de solidariedade impostos pelo bem comum, pela paz social e pela segurança do direito".

Embora seja, em princípio, conservada a liberdade de contratar podendo até serem realizados negócios diferentes dos que a lei prevê como tipos da atividade privada, bem assim mantida a possibilidade da interpretação tradicional, segundo a vontade dos contratantes, não olvidou as disposições de caráter imperativo restritivas daquela liberdade antiga, que permitia, em última análise, a exploração do homem pelo homem, em virtude do respeito absoluto à vontade, sem mitigar a sorte do contratante fraco, evitando o império do poder econômico. Permitiu, assim, ao julgador "uma apreciação criteriosa da reclamação contratual, através de uma linguagem que o antigo Código desconhecia e era, apenas, balbuciada num e noutro preceito isolado".

Em síntese feliz, ponderou Antunes Varella, "falar na tendência social do direito moderno, ou como outros afirmam em têrmos mais equívocos, na crescente socialização do direito privado, não significa que o Código pretenda negar a propriedade privada dos meios de produção, nem que do sistema tenham sido banidos os princípios da liberdade negocial ou da autonomia da vontade. Quer, apenas, dizer que as leis, no geral, se dão conta das numerosas restrições que hoje limitam a antiga soberania absoluta do proprietário e, ainda, das inúmeras disposições de caráter imperativo que, no comércio privado, procuram acautelar as exigências, não apenas da moral ou dos bons costumes, como outrora, mas da própria justiça comutativa, da boa-fé, da certeza do direito ou da segurança das relações contra o simples arbítrio ou capricho das partes, ou contra o maior poder econômico ou social de um dos contratantes".

Avulta em dificuldade o Capítulo II do nôvo Código, ao tratar da interpretação das leis.

Na própria Alemanha, onde a ciência jurídica tem investigado os fundamentos lógicos, políticos e sociológicos dos problemas da interpretação das leis e da criação do direito, Lehmann, em 1963, depois de afirmar que nenhuma das teorias, objetiva ou subjetiva, merecia aceitação no rigor dos seus têrmos, porque qualquer delas teria de fazer concessões ao pensamento fundamental da outra, reconheceu que o ajustamento necessário seria mais fàcilmente conseguido com base na teoria subjetivista, pois ela poderia conciliar no mais alto grau os dois fins superiores da ordem jurídica: a maior segurança e a melhor flexibilidade.

E o Código Português colocou-se, deliberadamente, acima da velha querela entre subjetivistas e objetivistas, limitando-se a recolher uns tantos princípios que considerou aquisições defi-

nitivas da ciência jurídica, sem preocupar-se com sua origem doutrinária. Procurou, apenas, segundo Manoel Andrade, "deixar campo livre à atividade da doutrina, em problema de tanta complexidade e transcendência que perigoso seria tentar solucioná-lo de uma vez para sempre".

Evitou, pois, o Código falar na vontade do legislador ou na vontade da lei para, discretamente, referir-se a "pensamento legislativo" (artigo 9.º, ns. 1 e 2).

Nos casos de lacuna, embora expressamente não remeta a questão aos juízos de eqüidade, para a justiça do caso concreto, compele o julgador a criar, prèviamente, norma geral e abstrata. O artigo 10, n.º 3, consagrou princípio de que "na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema".

Ademais, são numerosíssimas as disposições do Código que, sem afetarem a essência normativa do sistema, fazem apêlo explícito a critérios de eqüidade do julgador: o Tribunal pode fixar uma indenização equitativa (artigo 339, n.º 2); a determinação da prestação deve ser feita segundo juízos de eqüidade... (artigo 400, n.º 1); em face das circunstâncias... "tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dêle segundo juízos de eqüidade (artigo 437, n.º 1); "se o ato causador do dano tiver sido praticado por pessoa não imputável, pode esta, por motivo de eqüidade, ser condenada a repará-los..." (artigo 489, n.º 1); o montante da indenização será fixado equitativamente pelo tribunal (artigo 496, n.º 3); se não puder ser averiguado o valor exato dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por fixados (artigo 566, n.º 3); a pena convencional pode ser reduzida, de acôrdo com a eqüidade, quando fôr manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente (artigo 812, n.º 1); se o contrato não fixar o quinhão do sócio de indústria nos lucros, nem o valor da sua contribuição, será o quinhão dêste estimado pelo tribunal segundo juízos de eqüidade (artigo 992, n.º 3); convencionando-se que a decisão dos ganhos e perdas seja feita por terceiro, deve êste fazê-lo segundo juízos de eqüidade, sempre que não haja estipulação em contrário (artigo 993, n.º 1); o arrendatário pode ter direito a redução equitativa da renda, em virtude de causas fortuitas (artigo 1.069, n.º 1 e 1.070); a importância da compensação é fixada pelo tribunal, segundo juízos de eqüidade (artigo 1.114, n.º 2); se o mandato fôr oneroso, a medida da retribuição, não havendo ajuste entre as partes, é determinada pelas tarifas profissionais; na falta destas, pelos usos e, na falta de uma e outros, por juízos de eqüidade (artigo 1.158, n.º 2); se, em conseqüência das alterações, o preço fôr ele-

vado em mais de vinte por cento, o empreiteiro pode denunciar o contrato e exigir uma indenização equitativa (artigo 1.215, n.º 2).

Sentiu o Código, com Ihering, que na forma está não só a fôrça, mas também a fraqueza do direito. O próprio Radbruch, que dá a máxima importância ao princípio de segurança, conferindo-lhe a função de converter em justo ainda o direito evidentemente injusto, confessa que, em casos de tal incorreção nos conteúdos jurídicos de tal injustiça, e de tal inadequação do direito ao seu fim, o valor da segurança jurídica não os pode compensar.

E Orozimbo Nonato ensinou: "O texto legal deve desdobrar-se num instrumento moral e social mais amplo do que em sua angústia expressional êle contém".

Realmente, acertou Joubert: o direito não é mais do a análise do que é equitativo e bom. A Justiça e a Paz, a Ordem e a Justiça são os seus dois pólos, resumindo-se na "grandeza sem violência", do ideal olímpico de Goethe.

De fato, a Lei é o magistrado silencioso, enquanto magistrado é a lei que fala, proclamou a sabedoria de Cícero.

Seguindo a nova ordem, não foi esquecido que a justiça verdadeira não pode ser compreendida sem a caridade. Pio XII confessou ter o coração voltado para aquela meta onde a misericórdia esplende mais que a Justiça.

A novidade do Evangelho foi acrescentar à lei antiga a caridade como figura jurídica, ornamentando suas notáveis lições de Bondade.

A Justiça cria a ordem; a caridade cria a vida. Destaca-se a afirmação de Pio XI, na "*Divini Redemptoris*", no sentido de que a Igreja, no cumprimento de sua missão, além de cuidar da felicidade eterna do homem, procura a sua felicidade temporal.

Ocupar-se da felicidade temporal significa tratar das relações puramente humanas e de caráter econômico. Já se notava no Código Alemão, do comêço do século, a franca superação do sistema individualista do Código de Napoleão, através das sérias limitações que introduziu nos princípios da liberdade negocial e da autonomia da vontade, em nome de valôres como a justiça social, a certeza do direito, a boa-fé nas relações contratuais e as exigências do bem comum.

Entre os fenômenos mais significativos dêste século destaca-se a ressureição do "direito natural", cujo prestígio fôra abalado a fundo pelos exageros do justanaturalismo materialista do século passado.

A própria conjuntura econômico-social de nossos tempos, ponderou Antunes Varella, levou muitos autores a proclamar que, ao lado da lei, outros astros brilham ainda no firmamento do di-

reito — a moral, a religião, os usos, as convenções sociais projetam luz na ordem jurídica.

O próprio Ripert aconselha os juristas a imprimir em seus trabalhos o ideal religioso.

O que fêz o Código, à luz dessa filosofia, não poderia medrar, por exemplo, na cultura Grega, que não compreenderia qualquer reivindicação de direitos de oprimidos contra opressores.

Assim também avultam no nôvo Código limitações à autonomia da vontade nas locações, nas sociedades, nos mútuos, na empreitada, na doação, na compra e venda e em todos os ramos de atividade humana, procurando sempre evitar o massacre do fraco pelo forte, como o artigo 282, cujo preceito fixa a anulabilidade dos negócios usurários, ou o de n.º 334, que cuida do abuso do direito, a resolução ou modificação de contrato fundada na alta ação das circunstâncias, admitida pelo artigo 437, ou a revisão da renda autorizada pelo artigo 1.070.

Enfim, são em número apreciável os casos em que, nas obrigações em geral e nos contratos em particular, a lei remete, de modo direto, para os Juízos de eqüidade do julgador, ou confere ao tribunal, através de conceitos maleáveis, ampla margem de apreciação das causas na resolução de determinados problemas. Realmente, adverte Antunes Varella, criar para novos tempos, carregados com tais prodígios de instabilidade nos horizontes do futuro, um Código assente em fórmulas rígidas, ou pretender mecanizar os textos legais, equivalia a hipotecar todo o esfôrço da reforma a um crédito insustentável, sujeitando a nova lei ao risco iminente de uma execução ruinosa e a curto prazo.

Por isso foi dotado de fórmulas suficientemente flexíveis nos pontos estratégicos do sistema, com artigos permitindo ao julgador adaptar o direito às naturais evoluções da sociedade. Adquiriu, assim, garantia de sobrevivência com os benefícios que promanam da estabilidade da ordem jurídica, contra as flutuações inevitáveis e contra o arbítrio descontrolado do julgador sem apoio legal.

Note-se que o recurso aos juízos de eqüidade só é permitido nos casos fixados em lei, donde a possibilidade de limitar a intervenção do julgador, sem prejudicar a sua necessária maleabilidade.

Após essas ligeiras considerações de ordem geral, cumpre esclarecer, de modo sintético, as linhas do Código para, ao depois, também sucintamente, apreciar um ou outro instituto.

Como ponderou o doutíssimo Antunes Varella, convém repetir que a tônica do Código foi a acentuação social, ainda que moderada, do direito privado moderno, traduzida no criterioso

cerceamento dos princípios da liberdade nos negócios e da autonomia da vontade, e no apreciável engrossamento das regras imperativas, destinadas a diminuir os perigos da desigualdade econômica ou social entre os sujeitos da relação jurídica. Grande relêvo atribuiu aos ditames da boa-fé e aos postulados da justiça comutativa, e, ainda, no apêlo mais freqüente que a lei faz aos juízos de eqüidade do julgador. O sonho do nosso nôvo Diocleciano, — juiz e artista — com Nossa Senhora, a adoçar o direito, transformando água em vinho.

Preponderantes também, no sistema, a reação contra o positivismo jurídico, confessando a insuficiência da lei em face dos problemas sujeitos ao império do direito, e a relevância jurídica de outros complexos normativos ao reconhecer a existência de novas ordens disciplinadoras da conduta humana, dentro do espaço normalmente reservado à soberania do Estado.

Verifica-se, também, a colocação do direito internacional privado acima dos quadros restritos oferecidos pela paisagem do direito interno material, em homenagem às soluções que melhor sirvam o fim capital da harmonia jurídica entre as diversas legislações.

O apêgo à segurança jurídica e a certeza do direito substituem muitos prazos de prescrição em caducidade, encurtando sensìvelmente os têrmos de uma e outra espécie.

A função social da propriedade, alguns vestígios de certos direitos reais, a definição do conteúdo do domínio e o abuso do direito foram considerados à luz dos mais modernos princípios, assim como a extensão de podêres conferidos à mulher casada, visando à sua emancipação, sem prejuízo da unidade da família.

Digno de louvores, sobretudo na parte em que reconheceu a adoção como fonte das relações de família, instituto esquecido pelo Código de 1867, inexplicàvelmente. E o fêz com segurança e técnica excelente, permitindo a adoção plena e a restrita, segundo os mais sadios princípios do direito moderno (artigos 1.973 a 2.002). Note-se que o nosso grande Lafayete considerava a adoção instituto obsoleto, o que, de certo modo, justifica que Códigos antigos a desprezassem. Seguiu de perto os direitos francês e inglês. Teve o intuito de limitar bastante a adoção plena. E, na verdade, sendo a adoção plena equiparada, em regra, à filiação legítima, com supressão dos laços que prendem o adotado à família natural, a constituição dela só se justifica quando, por ser a família natural prática ou legalmente desconhecida, não haja probabilidade de competição desta com a família adotiva. Ao contrário, a adoção restrita serve aos interêsses fundamentais do adotado, ao mesmo tempo que permite ao adotante con-

ceder-lhe tôda a proteção que não lese as expectativas da descendência legítima.

Modificação capital, também, a verificada com a substituição do regime da comunhão geral de bens como regime supletivo no casamento, pela simples comunhão de aquestos, e a imposição do regime de separação absoluta, no caso de serem os cônjuges pessoas de idade relativamente avançada, ou de um dêles já ter filhos legítimos.

Admitiu a mutabilidade do regime de bens no casamento, ao declarar ser permitido aos cônjuges convencionar, para o caso de dissolução do casamento por morte de um dêles, quando haja descendentes comuns, que a partilha se faça segundo o regime da comunhão geral, seja qual fôr o casamento, sem prejuízo do estatuído quanto aos bens dotais. E acrescentou — o disposto não prejudica os direitos de terceiros na liquidação do passivo (artigo 1.719, ns. 1 e 2).

Como não podia deixar de ser, o pátrio poder foi considerado no seu verdadeiro sentido; deve funcionar inerente à direção da família, e não como direito fundado em organização patriarcal.

Embora oferecendo certo perigo, foi humana a determinação oficiosa dos vínculos da filiação ilegítima, com ampla derrogação dos limites ditados, à sombra dos cânones jurídico-liberais, pela simples vontade dos progenitores, e a deslocação do prazo relativo às ações de investigação de paternidade e maternidade para o período em que o poder paternal tem perfeito cabimento, a fim de não parecer a investigação simples instrumento jurídico de caça à herança do pai, no dizer de Antunes Varella. Foi permitida a perfilhação por parte do pai adúltero, sem necessidade do consentimento do outro cônjuge. É de notar-se ainda que, relativamente ao poder paternal, a lei atribui aos pais ilegítimos, que hajam reconhecido voluntàriamente o filho, os mesmos direitos e deveres que têm os pais legítimos, à exceção do usufruto legal dos bens do filho menor.

Foram, entretanto, mantidos os princípios tradicionais da vocação hereditária, inspirados na hierarquia das várias classes de sucessíveis e no respeito pela maior proximidade do grau de parentesco dentro de cada classe sucessória. A modificação substancial nessa matéria ocorreu com relação aos filhos ilegítimos. Quando concorrem filhos ou outros descendentes ilegítimos, as regras aplicáveis são as mesmas que vigoram para a posteridade legítima. Todavia, quando pretendem a herança simultâneamente descendentes legítimos e ilegítimos, a lei atribui a êstes quota igual à metade do quinhão que tocar aos filhos legítimos.

Notável a obra, também, no que se refere à sistematização das matérias, à técnica legislativa e à forma do articulado, claro, preciso e seguro, como já se afirmou.

Interessantíssima a nova lei na parte em que enfrentou problema difícil, desafiador de juristas, qual o da inexistência do casamento, especificando assim os casos.

É jurìdicamente inexistente: a) o casamento celebrado perante quem não tinha competência funcional para o ato, salvo tratando-se de casamento urgente; b) o casamento urgente que não tenha sido homologado; c) o casamento em cuja celelebração tenha faltado a declaração da vontade de um ou ambos os nubentes, ou do procurador de um dêles; d) o casamento contraído por intermédio de procurador, quando celebrado depois de terem cessado os efeitos da procuração, ou quando esta não tenha sido outorgada por quem nela figura como constituinte, ou quando seja nula, por falta de concessão de podêres especiais para o ato, ou de designação expressa do outro contraente; e) o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo (artigo n.º 1.628).

Não se considera, porém, jurìdicamente inexistente o casamento celebrado perante quem, sem ter competência funcional para o ato, exercia pùblicamente as correspondentes funções, salvo se ambos os nubentes, no momento da celebração, conheciam a falta daquela competência (artigo 1.629).

Dir-se-á que o espírito de Napoleão foi lembrado, pois o problema da inexistência do casamento o impressionou vivamente ao tempo da elaboração do Código Francês.

Merece destaque a solução portuguêsa com relação ao nôvo casamento do cônjuge ausente.

Artigo 116: "o cônjuge casado civilmente pode contrair nôvo casamento; neste caso, se o ausente regressar ou houver notícia de que era vivo quando foram celebradas as novas núpcias, considera-se o primeiro matrimônio dissolvido por divórcio à data da declaração da morte presumida.

Sendo católico o casamento do ausente, o seu cônjuge só pode celebrar nôvo matrimônio se as leis canônicas o permitirem.

Além de ressalvar a situação do católico, previu as hipóteses e fixou a solução pelo divórcio, especificando até a data em que o mesmo ocorreria.

Só êste artigo impunha profundas investigações e comentários que, infelizmente, não cabem em singela palestra, bastando notar-se que a lei canônica não cuida do problema da "ausência", pois, para ela, nessas circunstâncias, só a morte dissolve o casamento.

Adotou o Código o regime para o casamento concordatário, consolidando a obra de restauração plena da dignidade sacra-

mental do matrimônio canônico, e a política de recristianização da sociedade conjugal, iniciada com a Concordata de 1940 .

Estipulou expressamente: "O casamento é católico ou civil." A lei civil reconhece o valor e eficácia do casamento ao matrimônio católico, que se rege, quanto aos efeitos civis, pelas normas comuns do Código. Especificou ainda que o casamento católico contraído por pessoas já ligadas entre si por casamento civil não dissolvido é averbado à margem do assento, independentemente do processo preliminar de publicações.

E decididamente proibiu o casamento civil de pessoas unidas por matrimônio católico anterior (artigos: 1.587 e 1.589).

À luz da mais moderna doutrina, o Código tratou dos "Direitos da Personalidade".

Segundo a definição de Gierke, são os direitos que asseguram ao sujeito o domínio sôbre uma parte da própria esfera da personalidade. Criticou-a Demburg, sustentando que a honra não dá êsse domínio sôbre a própria pessoa, que seria a nota distintiva da categoria, donde a preferência de Orlando Gomes pelo conceito de Ferrara, que os considera faculdades específicas sôbre diferentes partes da nossa esfera pessoal.

Pouquíssimos Códigos, como o Japonês, o Suíço, o Helênico e o Egípcio, dêles trataram, e superficialmente. A sua sistematização só foi conhecida no Código Civil Italiano, de 1942.

Notáveis os projetos francês e o nosso a êsse respeito, mas digna de todos os louvores a lei portuguêsa que, com minúcia inexcedível, cuidou de assunto tão grave e discutido, que mereceu apoio integral de Windscheid, Kohler, Demburg, Rognin, Planiol, Mazeaud, Fadda e Bensa, Ferrara, Messiano e, no Brasil, de Orlando Gomes e Eduardo Espínola que os denominou "Direitos personalíssimos".

Estabeleceu que a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral, esclarecendo que, independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça, ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida (artigo 7.º, ns. 1 e 2).

Tratou, ainda, das pessoas já falecidas, estipulando: "Os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respectivo titular", e outorgando legitimidade para requerer as necessárias providências ao cônjuge supérstite ou a qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido (artigo 71).

Expressamente garantiu o direito ao nome (artigo 72, ns. 1 e 2), admitindo que as ações relativas à sua defesa pudessem

ser exercidas não só pelo respectivo titular como, depois da morte, pelas pessoas indicadas no artigo 71.

Também o pseudônimo, com notoriedade, goza da proteção garantida ao próprio nome.

Triste e recente revelação, que tanto impacto causou em nossa Terra, demonstra a oportunidade e a vantagem do princípio consagrado pelo nôvo Código com relação às cartas-missivas confidenciais.

Assim, o destinatário deve guardar reserva sôbre o seu conteúdo, não lhe sendo lícito aproveitar os elementos de informação. Após sua morte, pode a restituição da carta ser ordenada pelo Tribunal, a requerimento do autor dela ou, se êste houver falecido, das pessoas já referidas anteriormente. Também é possível ser ordenada a sua destruição ou seu depósito em mão de pessoa idônea.

Ainda, as cartas-missivas confidenciais só podem ser publicadas com o consentimento do seu autor ou com o suprimento judicial dêsse consentimento; mas não há lugar ao suprimento quando se trata de utilizá-las como documento literário, histórico ou biográfico. Depois da morte do autor, a autorização compete sòmente às pessoas acima mencionadas.

Referiu-se, com o mesmo rigor, às memórias familiares e pessoais e a outros escritos de caráter confidencial ou referentes à intimidade da vida privada.

Não foi esquecido, sequer, o direito à imagem. Dispõe o artigo 79: "o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada a autorização compete às pessoas já designadas no n. 2, do artigo 71, segundo a ordem nêle indicada".

Considerou exceções ao dizer: "não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenha, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de fatos de interêsse público, ou que hajam ocorrido pùblicamente". Sempre, porém, ressalvou prejuízo para a honra, reputação ou simples decôro da pessoa retratada.

Chegou à minúcia de especificar direito à reserva sôbre a intimidade da vida privada, esclarecendo que a extensão dessa reserva deve ser definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas (artigo 80, ns. 1 e 2).

E foi tão longe o legislador que considerou nula tôda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade, no caso de ser contrária aos princípios da ordem pública.

E concluiu: "A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte" (artigo 81).

Foi pena, entretanto, que o Código, tão preciso, e seguindo tão de perto os novos rumos do direito, em certos pontos, se distanciasse da melhor doutrina.

Assim, não manteve o salutar princípio do direito romano, adotado pelo Germânico e pelo nosso, no sentido de considerar que a propriedade se transfere pela tradição ou pela transcrição.

Inspirou-se no direito francês, tão criticado neste particular por seus mais categorizados tratadistas, ao afirmar no artigo 1.316: "O direito de propriedade adquire-se por contrato...", rematando o artigo 408 "...A constituição ou transferência de direitos reais sôbre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato, salvas as exceções previstas na lei".

A maioria dos doutos ensina que o contrato produz a obrigação e, por si, não transfere a propriedade. O vendedor obriga-se a transmitir a posse pacífica da coisa.

Mas, como seguiu critério obsoleto, chegou o Código a considerar nula a venda de bens alheios, única forma de conciliar, em face do caminho que tomou, o artigo 408 com o 892, quando a nulidade, nesse caso, não é motivada pelo fato de se tratar de coisa alheia, mas em razão do êrro ou do dolo.

Todavia, foi levado a êsse equívoco só porque sustentou que o contrato transferia a propriedade.

Pena, também, que não houvesse imitado o direito argentino, que apreciou mais do que nós — brasileiros e portuguêses — os primores de Teixeira de Freitas.

Assim, considerou que a personalidade se adquire no momento do nascimento completo e com vida, esclarecendo que os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento (artigo 66, ns. 1 e 2).

Só reconheceu ao nascituro direito, mas não lhe atribuiu personalidade. Aliás, juristas do vigor de Coviello, Ferrara, Huc, Aubry et Rau, Bianchi, Ilhering, Korkounov e Windscheid são da mesma opinião, por isso, muito se esforçaram em demonstrar a possibilidade de direito sem sujeito... Windscheid, para não reconhecer personalidade ao nascituro, não lhe podendo negar direitos, preferiu admitir direito sem sujeito, e Kohler considerou-o pessoa jurídica tácita ou implícita.

Parece mais fácil seguir Teixeira de Freitas e afirmar que o nascituro tem personalidade, tanto que sua vida é protegida, e a êle se atribuem direitos inerentes à pessoa.

As legislações concedem-lhe direitos, nomeiam-lhe curador, reservam-lhe quinhão em partilha. Poderá haver direito sem

sujeito? Posse sem possuidor? Representação sem representado? Curador sem curatelado?

E, remata o grande Mestre, "essa existência antes do nascimento é real, seus efeitos jurídicos não deixam dúvidas. São pessoas por nascer, que existem, porque, suposto não sejam ainda nascidas, já vivem no ventre materno. Tanto assim que as leis penais de todos os países, de todos os tempos, têm protegido e protegem sua vida. Dêsse modo, concilia-se o Direito Civil com o Penal, com a razão e com a lógica".

Um século depois, o nôvo Código Civil, com 2.334 artigos, garantirá aos portuguêses, com a proteção de Deus, muitos séculos de paz e prosperidade.

Para isso foi elaborado à luz de sadios princípios, orientados para o Bem.

Essas brevíssimas considerações não vislumbram, sequer, apresentá-lo à altura de seus méritos.

Portugal sente-se feliz com a grandeza do Brasil, de seus filhos, e como nós exultamos diante dêsse nôvo monumento lusitano!

Será um farol a iluminar a cultura jurídica universal.

EVOLUÇÃO E TENDÊNCIAS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO (*)

LUIZ ANTÔNIO SEVERO DA COSTA

Conforme a classificação de RENÉ DAVID (1), os sistemas legais do mundo assim podem ser divididos: francês, anglo-americano, soviético, muçulmano, hindu e chinês.

Tal classificação do conhecido professor de direito comparado pode, sem dúvida, ser criticada, mas, como êle mesmo afirma, qualquer classificação é de alguma forma arbitrária e mesmo a melhor tem seus pontos fracos.

No comêço do presente século, o grupo francês incluía o continente europeu, abrangendo todos os países latinos, germânicos e eslavos, e, fora da Europa, a América Latina.

Assim, na Europa, sòmente a Inglaterra e a Irlanda estavam fora dêsse sistema, que tem sido denominado de "continental" naquele primeiro país.

A área geográfica de tal sistema tem variado.

Em vez do velho Império Czarista, a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas surgiu com uma nova filosofia econômica e política, o que grandemente modificou a sua estrutura legal, dando àquela Nação e a outras, depois da Segunda Guerra Mundial, as características de outro sistema.

Por outro lado, o sistema francês, com raízes romanas, que perdeu influência territorial naqueles países europeus, tem tido grande importância em Códigos na África e Ásia, em países como Egito, Líbano, Etiópia, China e Japão.

Muitas dessas codificações merecem admiração pelo seu adiantamento técnico e social.

O nôvo Código Civil egípcio de 1948, promulgado pela Lei n.º 131, é um exemplo disso e esperamos que venha constituindo um instrumento para o progresso.

(*) Conferência pronunciada na Universidade do Cairo.
(1) *Traité Elémentaire de Droit Civil Comparé*, pág 226.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 06 (1ª Fase), set./dez. 1968, p. 48-55.

Como vemos, nossos Códigos Civis têm a mesma raiz latina, o que ajudará nossa mútua compreensão.

É sabido que, mesmo dentro do mesmo sistema legal, muitas diferenças ocorrem, porquanto fortes são as tradições e outros elementos que dão características peculiares a cada nação, como tão bem salientou o Presidente da Suprema Côrte dêste país, Ministro Adel Younes, em conferência sôbre *O trabalho criador do Tribunal de Cassação da República Árabe Unida.*

Recordemos que, descoberto em 1500, por navegadores portuguêses, o Brasil sòmente se tornou independente em 1822.

As leis lusitanas eram, como as de outras nações ocidentais, a mistura de princípios romanos com regras canônicas e bárbaras.

Independente, o Brasil manteve as leis civis da mãe-pátria, mas consolidações e projetos de Código Civil foram feitos durante o período imperial, que durou até 1889.

O maior trabalho dêsse período foi *O Esbôço*, de TEIXEIRA DE FREITAS, o qual se transformou, em grande parte, no Código Civil Argentino.

É interessante observar que FREITAS não terminou o seu trabalho, porquanto, já em 1867, estava convencido da necessidade da unificação das leis civis e comerciais em um só Código, como foi adotado pela Itália, em 1942.

CLÓVIS BEVILAQUA foi o autor do projeto que se transformou, em 1917, no nosso Código Civil, após muitas discussões no Congresso.

Se estivermos de acôrdo com a afirmativa no sentido de que social e filosòficamente o Século XX começou depois da Primeira Guerra Mundial, aquêle Código pertenceu, de alguma forma, ao século passado.

A revisão no Congresso tomou longo período, e muitas idéias conservadoras preponderaram.

Nas palavras de CLÓVIS, todavia, tais mudanças não afetaram as idéias fundamentais; a estrutura do trabalho foi respeitada, e assim a harmonia entre ordem e liberdade, entre a tradição e o progresso se mantiveram, de acôrdo com o projeto primitivo.

A divisão originária das matérias ficou:

a) Introdução;
b) Parte geral, com três subdivisões: pessoas, bens, fatos jurídicos (aquisição e extinção de direitos);
c) Parte especial, com quatro subdivisões: família, coisas, obrigações e sucessões.

A concepção de IHERING, de propriedade, distante do absolutismo romano, foi consagrada, bem como a declaração unilateral

de vontade como fonte de obrigações e a simplificação dos contratos.

Em 1942, a primitiva Introdução ao Código foi modificada, e, conseqüentemente, alteradas muitas regras de direito internacional privado.

O Brasil, que adotara até 1942 o princípio de nacionalidade, passou a consagrar o do domicílio, aceito na Argentina e em muitos outros países latino-americanos.

O dinamismo social com sua energia compulsória reclamava modificações em muitos setores da nossa legislação.

Não desejo abrir aqui velha discussão entre os que são a favor da codificação e seus adversários, como sucedeu no século dezenove entre o grande jurista SAVIGNY e THIBAULT. O futuro provou que êste último estava certo e, felizmente, a Alemanha deu ao mundo seu famoso *Bürgerliches Gesetzbuch*.

Em 1917, o Brasil era um país essencialmente agrícola, como afirmado em conhecida frase feita.

Somos hoje 80 milhões. O país se industrializa, principalmente na parte sul. As cidades crescem: São Paulo tem cêrca de 5 milhões de habitantes e o Rio de Janeiro cêrca de 4 milhões.

Diversas mudanças foram feitas em nosso Código Civil, e muitas leis especiais existem sôbre diferentes assuntos, tais como: locações, casamento religioso com efeitos civis, a situação da mulher casada, desapropriação etc...

No tempo da primitiva Introdução, segundo a qual a nacionalidade regia as relações matrimoniais, surgiu uma jurisprudência em favor dos nacionais de países em que o regime legal do casamento era de separação, estabelecendo que, em tais casos, a viúva fazia jus à metade dos bens adquiridos pelo esfôrço comum. Era uma forma de evitar injustiças, mormente com italianos que aqui se enriqueceram pelo trabalho do casal. Foi a chamada jurisprudência paulista, pois partiu daquele grande Estado, onde numeroso e forte é o elemento alienígena.

Também para assegurar a situação da brasileira casada com estrangeiro, cuja lei nacional seja de separação de bens, o Decreto-lei n.º 3.200, de 19 de abril de 1941, dispôs que, pela morte do marido, a viúva faria jus ao usufruto vitalício de um quarto dos bens dêle, caso houvesse filhos brasileiros, e de metade, se não os houvesse.

Depois da entrada em vigor da Constituição de 1946, o movimento visando à modernização do Código Civil tornou-se mais forte, alguns pugnando por simples adaptações no Código, outros em favor de um nôvo.

Alguns perguntam: por que um nôvo Código, quando seria mais simples adaptar o que já temos às evoluções havidas princi-

palmente nos conceitos de família e de propriedade?! Não possui a França o mesmo Código Civil desde 1804?!

O Govêrno brasileiro adotou a última solução e apontou professôres e juristas para preparar anteprojetos de um Código de Obrigações (2) e de um Código Civil (3), bem como de uma Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (4).

É oportuno salientar que não só os nossos Códigos Civil e Comercial estão sendo modificados, mas igualmente os Códigos Penal, do Trabalho, de Processo Penal, de Processo Civil têm anteprojetos já elaborados.

Em favor de um nôvo Código Civil também foi alegado que meras alterações não teriam fôrça suficiente para liberar novas fôrças sociais e eliminar obstáculos ao progresso do país.

Nas palavras de JULIOT DE LA MORANDIÈRE, no seu relatório preliminar no projeto de modificação do Código Napoleônico: "Quaisquer que sejam as dificuldades práticas trazidas por um nôvo Código, elas não podem prevalecer sôbre as consideráveis vantagens de ter uma codificação que represente realmente o direito moderno".

Os anteprojetos visam à unificação do direito civil, como sugerido entre nós por TEIXEIRA DE FREITAS.

Esta unificação se justifica, pois não há diferença entre uma obrigação civil e uma comercial, e as obrigações dominam todo o campo do direito privado.

Como SALEILLES destaca, aquêle ramo foi a obra-prima da construção jurídica romana da sua jurisprudência, dado o elevado teor de sua elaboração científica (*Obligations*, I e II).

Lembremos que o Código Comercial Brasileiro está obsoleto, pois data de 1850, e muito modificado em inúmeros dispositivos.

Temos, também, leis especiais sôbre falência, títulos de crédito, sociedades por ações e muitos outros assuntos, de tal forma pode-se dizer que não temos pròpriamente um Código Comercial, mas um mero fragmento dêle.

As normas jurídicas relativas às questões marítimas foram as que menos se modificaram.

O anteprojeto do Código das Obrigações está dividido em três partes:

1) Obrigações em geral;
2) Títulos de Crédito e
3) Empresários e Sociedades.

O enriquecimento sem causa, que não possui artigos especiais no Código Civil Brasileiro, passa a ser expressamente re-

(2) Professôres CAIO MÁRIO, TEÓFILO AZEREDO e SÍLVIO MARCONDES.
(3) Professor ORLANDO GOMES.
(4) Professor HAROLDO VALADÃO.

gido no Projeto, da mesma forma que no Código Civil do Egito, na Seção IV, Capítulo I, do Livro I.

É interessante observar que o artigo 889 do Projeto se assemelha ao art. 179 do Código Civil egípcio, quando dispõe que quem se enriquecer indevidamente, à custa de outrem, fica obrigado a indenizar, na medida do lucro, a diminuição patrimonial que causar.

Possui aquêle Projeto 1.501 artigos, julgados necessários para cobrir tão vasto e variado campo.

O anteprojeto de Lei Geral não segue a técnica do Código Civil de adotar uma Introdução, pois, argumenta-se, tal lei se aplica a todos os diplomas legais e não só ao referido Código.

A antiga Introdução foi influenciada pelo sistema do Código Alemão de 1896.

Todavia, êste não era o exemplo do Código Napoleônico de 1804, que tem um Capítulo Preliminar: "Publicação, efeitos e aplicações das leis em geral", o que foi seguido no século 19 por várias nações (Holanda, Luxemburgo, Bélgica, Bolívia, Espanha etc...).

Quando o Japão adotou o seu Código Civil em 1897, também promulgou a Lei Hörer relativa à aplicação das leis em geral.

O Código Civil da Etiópia, de 1960, o mais nôvo existente, deixou todo êste assunto para uma lei especial e não possui nenhuma introdução ou capítulo preliminar.

Como sabemos, o Código Civil egípcio, de 1948, adotou um capítulo preliminar com dispositivos gerais, tendo 28 artigos.

De fato, há necessidade de uma lei geral, pois, se bem seja uma introdução à nossa codificação civil, o seu âmbito é maior, como observa o Professor OSCAR TENÓRIO (5), seu campo de aplicação é comum a qualquer lei.

Dispõe o Anteprojeto de Lei Geral que os rústicos, principalmente em zonas rurais, podem ser escusados, se ignoram alguns dispositivos legais, principalmente quanto a prazos, sanções e multas.

Também estabelece que o exercício de um direito é considerado ilegítimo, abusivo, e não será, conseqüentemente, protegido, quando isto se verificar em prejuízo do próximo ou de modo egoísta, excessivo ou anti-social. O artigo 5.º do Código Civil egípcio tem norma semelhante.

Destaquemos: um Código Civil tem que estar de acôrdo com princípios constitucionais, assim os dispositivos dos institutos como *família* e *propriedade* têm que se adaptar ao que prescreve a Carta Magna.

Nossa evolução constitucional desenvolveu novos conceitos sôbre propriedade, os quais visam a uma conciliação entre a

(5) *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil.*

livre iniciativa e a dignidade do trabalho e a colocar a atividade econômica ao serviço da comunidade.

A Constituição de 1946, continuando orientação iniciada pela de 1934, limitava o uso da propriedade, condicionando-o ao bem-estar social (art. 147).

A desapropriação para fins sociais foi admitida (art. 141, § 16), bem como a intervenção do Govêrno Federal na economia, e até a monopolização de determinada indústria ou atividade, e autorizada a repressão ao abuso do poder econômico (art. 148).

Com relação à organização da família, os princípios constitucionais têm grande importância, como a indissolubilidade do casamento, o casamento religioso com efeitos civis, a proteção à maternidade e à infância.

Em conformidade com êsses princípios constitucionais, os filhos ilegítimos podem ser reconhecidos depois da separação do casal (Lei 883, de 21-10-1949), a situação jurídica da mulher casada na sociedade conjugal foi grandemente melhorada (Lei 4.121, de 27-10-1962).

Esta última lei esclarece que o marido é o chefe da sociedade conjugal, mas com a cooperação da mulher, bem como que esta assume, com o casamento, a condição de sua companheira, consorte e colaboradora nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção moral e material desta.

O pátrio poder compete aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher; em caso de divergência prevalecerá a decisão do pai, podendo a mãe recorrer ao juiz, para solução da divergência.

Não mais perde o pátrio poder quanto aos filhos do leito anterior a mãe que contrai novas núpcias.

Pode a mulher exercer profissão lucrativa, praticando todos os atos a ela inerentes, e o produto do seu trabalho e os bens adquiridos constituem bens reservados, dos quais poderá dispor livremente.

A Lei 4.655, de 2-6-1965, tornou os requisitos de adoção mais simples do que os prescritos pela Lei 3.133, de 8-5-57, que modificara o Código Civil a respeito.

Dispõe que os casais sem filhos com mais de cinco anos de casados, tendo mais de trinta de idade, podem adotar.

Se ficar provada a esterilidade de um dos cônjuges, o período de cinco anos pode ser diminuído.

A adoção é irrevogável, mesmo se o casal tem filhos posteriormente.

O filho adotivo tem os mesmos direitos e deveres do legítimo, mas, no caso de sucessão, fará jus apenas à metade da herança, no caso de haver filho legítimo.

O Projeto de Código Civil, terminado em 1964, adotou êstes princípios constitucionais e legais.

De acôrdo com as palavras do relatório da Comissão Revisora, alguns velhos institutos foram desprezados, por outro lado outros foram mantidos, pois "o respeito à continuidade da tradição não deve ir ao ponto de conservar instituto ou regras incompatíveis com a vida moderna ou desaprovados, na prática, pelo desuso, pelo desvirtuamento ou pelas perplexidades polêmicas que ensejam".

Salientemos alguns pontos principais quanto à organização da família, contidos naquele Projeto.

A situação dos cônjuges é de igualdade.

O casamento religioso tem efeitos civis, se preenche os requisitos legais e é devidamente transcrito.

A idade mínima para o casamento será de 16 anos para os homens e de 14 para as mulheres, em vez de 18 e 16 respectivamente, como até agora; a maioridade é alterada para 18 em lugar de 21.

A prova do casamento é feita por certidão do registro, mas o estado de casado é reconhecido.

Cada cônjuge pode escolher sua profissão.

Em vez da comunhão de bens como temos agora, sòmente as propriedades adquiridas durante o casamento são comuns, prevalecendo a separação quanto aos outros, assim como separação parcial foi adotada, mas é possível optar pelo regime da comunhão.

Propriedades imóveis podem ser separadas como bens de família.

Quanto à herança, o cônjuge sobrevivente faz jus à metade dos bens, quando não há ascendentes ou descendentes.

Com relação à propriedade, as principais mudanças estão ligadas ao conceito constitucional do uso da propriedade, subordinado à função social desta.

Dois dispositivos principais estão consagrados no Projeto de Código Civil, quanto a isto: os artigos 375 e 377. Dispõe o primeiro que a propriedade não pode ser exercida em desacôrdo com seu fim econômico e social, e o outro, que a propriedade, quando exercida sob a forma de emprêsa, deve conformar-se às exigências do bem comum, sujeitando-se às disposições legais que limitam seu conteúdo, impõem obrigações e lhes reprimem os abusos.

A propriedade em condomínio, isto é, *horizontal*, vinha reclamando, de há muito, novos dispositivos, já que os existentes estavam obsoletos. Disto cuidou o Projeto, em dispositivos quanto à administração e à alienação das partes comuns.

Em dezembro de 1964, a Lei 4.591 dispõe sôbre o condomínio em edificações e incorporações imobiliárias.

Destaquemos outras modificações consagradas no Projeto: o vulgarmente chamado "apelído" terá a mesma proteção legal do nome, quando alcançar importância igual à dêste. Na verdade, aquêles, algumas vêzes, ficam mais conhecidos que os próprios nomes, tais como VOLTAIRE, GEORGE SAND, ANATOLE FRANCE e tantos outros.

Temos hoje no Brasil um exemplo disto com PELÉ, cujo apelido merece proteção econômica e, conseqüentemente, legal.

A reconciliação dos desquitados será feita através de mera declaração devidamente registrada.

A presunção de paternidade pode ser ilidida, se o casal não está vivendo junto.

A distância para abertura lateral de janelas entre edifícios será de 0,75, em vez de 1,50, o que porá fim a muitas questões entre vizinhos nas grandes cidades.

O prazo máximo para hipoteca será de dez anos e, quando metade da dívida estiver paga, uma liberação parcial da hipoteca pode ser pedida.

Além dos testamentos especiais, marítimo, militar, o Projeto cria o aeronáutico, isto é, o feito a bordo de aviões.

Na verdade, legislar é tarefa difícil.

Os Projetos a que nos referimos estão sendo elogiados e criticados em muitos dos seus dispositivos.

Uma nova Constituição acaba de entrar em vigor, em 15 de março passado, trazendo modificações que afetam ditos Projetos.

Buscamos dar uma breve informação quanto ao esfôrço que vem sendo desenvolvido em meu país para adaptar nosso Direito Civil positivo às novas realidades econômicas e sociais.

É dever lutar pela realização do direito, nas palavras de IHERING, ou pelo progresso social, como dizemos hoje em dia.

Já se afirmou que atualmente alguns fatos estão em revolta contra os Códigos (6).

As modificações trazidas pela tecnologia também requerem novas leis.

A ciência é fator que influi nas questões legais e o progresso é, sem dúvida, o ideal dos tempos modernos.

É natural que nossas leis sejam adequadas a tais fins, mormente em países em que tanto temos que fazer pelo bem comum.

É nosso dever tornar o dia de hoje melhor que o de ontem e o de amanhã melhor que o de hoje.

---

(6) GASTON MORIN, *La révolte des faits contre le Code Civil.*

REFORMA PARCIAL DO CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. BREVES NOTAS

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

1. Como dissemos no trabalho publicado no último número desta Revista (1), a elaboração ou a revisão de um código civil é tarefa árdua, executada com muita cautela. Os exemplos que citamos no citado trabalho demonstram ser tarefa morosa. O código civil francês, que é de 1804, desde 1904, portanto há 65 anos, vem sendo examinado por comissões de elevado nível, constituídas para revê-lo, que, até a presente data, não foram bem sucedidas. O nosso código, desde 1930, é alvo também, de estudos semelhantes, porém ainda está de pé. Na Argentina o mesmo ocorreu, pois a reforma que estamos examinando resultou de um trabalho de 42 anos, datando o código reformado de 1871. A comissão que elaborou o anteprojeto da lei argentina n.º 17.711, de 1968, que reformou o velho código de VÉLEZ SARSFIELD, constituída por G. BORDA, A. G. SPOTA, R. MARTINEZ RUIZ, J. M. LOPES OLACIREGUI, J. F. BIDAU, A. FLEITAS e D. ALCINA ATIENZA, posteriormente reduzida a três membros (A. FLEITAS, R. MARTINEZ RUIZ e J. F. BIDAU), teve seus trabalhos facilitados pelos anteprojetos anteriormente apresentados (2). Estabeleceu o projeto dessa comissão, convertido em lei (lei n.º 17.711, de 22 de abril de 1968), em vigor a partir de 1.º de julho do mesmo ano, alterações profundas no Código de 1871, sôbre as quais, a largas pinceladas, daremos aqui uma notícia sumária e parcial.

2. Das alterações introduzidas no citado código pela referida lei destacamos, inicialmente, as que modificaram o regime da capacidade. A pessoa física aos 21 anos alcança a maioridade.

(1) *"Elaboração ou revisão de código civil, tarefa árdua"*, publicado no 7.º número desta Revista.

(2) Consultar o trabalho acima em que damos breve notícia dos estudos feitos na Argentina para revisão do Código de 1871.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 08 (1ª Fase), maio/ago. 1969, p. 76-80.

Há quem pense dever ser em nossa época obtida a maioridade mais cedo. Não adotamos tal opinião por entendermos que a personalidade, em sua constituição, segundo a moderna psicologia, resulta de um processo de interação entre o mundo exterior e o interior. Da interação das condições sociais (objetivas), do meio em que vive o indivíduo, com as condições internas (subjetivas), resulta a personalidade. Ora, a maturidade depende dessa interação. Crises econômicas e dos valôres fundamentais, como as existentes desde 1918 no espaço sócio-cultural de nossa civilização, juntamente com tensões sociais, influem, como condições objetivas, em tal interação, com reflexos sôbre a capacidade de escolha e de decisão do indivíduo. A situação atual do mundo, imprevisível em suas conseqüências, tem provocado nos jovens certa desorientação. Tal desorientação é agravada, como nota SEYMOUR LIPSET, de Harvard, por se encontrarem os jovens de nossos dias pressionados por duas necessidades: a de "depender econômicamente de suas famílias, recebendo delas proteção e condição social, e a de assumir sua própria função como trabalhadores e chefes de família". Tal situação, a nosso ver, inevitàvelmente produz estado de tensão, de indecisão e de desorientação, que afetam a capacidade de decisão dos jovens. Nessa situação pensamos ser mais prudentes estabelecer, como fêz a lei argentina citada, aos 21 anos a aquisição da maioridade.

Pela nova lei argentina, aos 18 anos, pode o menor ser emancipado pelo pai, mediante escritura pública, ou, no caso dos sob tutela, por decisão judicial, a requerimento do tutor ou do próprio menor. A lei citada indica atos jurídicos que o emancipado não pode celebrar.

Instituiu o regime da semicapacidade (*inhabilitación*), que não chega a ser uma interdição, mas que incapacita os atingidos pela medida para a prática de atos que excedam a administração ordinária (art. 152 bis).

A incapacidade da mulher casada foi suprimida.

No caso das pessoas jurídicas, além de outras inovações, disciplinou as "simples associações", isto é, as associações de fato, não autorizadas, sem existência legal como pessoas jurídicas.

A questão do abuso do direito foi assim solucionada de forma eclética:

> "O exercício regular de um direito próprio ou o cumprimento de uma obrigação legal não pode constituir, como ilícito, nenhum ato.
>
> A lei não ampara o exercício abusivo dos direitos. Considera-se como tal o incompatível com os fins que a lei teve em vista ao reconhecê-los ou o que exceder os limites impostos pela boa fé, a moral e os bons costumes" (art. 1.071).

Como vemos, SALEILLES e JOSSERAND estão presentes nessa definição do abuso do direito, bem como a conceituação dada pelos códigos alemão e suíço. Condenamos as definições legais de abuso do direito, isto porque tôda definição de abuso do direito estabelecida pelo legislador corre o risco de não compreender tôdas as modalidades de exercício abusivo dos direitos, sendo preferível deixar à doutrina e à jurisprudência conceituá-la. Por isso, pensamos terem sido mais felizes os autores do projeto de Código de Obrigações brasileiro de 1965, que, no art. 857, não o definiram, limitando-se a prescrever que:

> "Aquêle que abusar de seu direito será obrigado a reparar o dano que causar";

entretanto pecaram ao colocá-lo no capítulo da "responsabilidade civil", pois não se restringe o abuso do direito a um caso de responsabilidade civil. Nesse ponto, a comissão encarregada da revisão do código civil francês resolveu melhor a questão, colocando o abuso do direito, não no capítulo da responsabilidade, como pretendia NIBOYET, mas, como defendia LYON-CAEN e ROUAST, na "théorie générale de la loi", sendo para isso aberto um capítulo que trata "Do exercício anormal dos direitos" (3). A fórmula genérica do citado projeto brasileiro, se fôsse incluída na Parte Geral do Código, seria a ideal, pois, como sustentamos em livro recente (4), as definições são sempre incompletas quando se trata de abuso do direito, devendo ser deixado, como dissemos, à doutrina e à jurisprudência a tarefa de estabelecê-la.

No direito de família, a presunção da paternidade do marido foi enfraquecida. Dispõe a êste respeito a nova lei:

> "Si hubiere juicio de divorcio o nulidad de matrimonio y la mujer tuviere algún hijo nacido después de trescientes días desde que la separación tuve lugar, no se presume la paternidad del marido salvo se probare que medió reconciliación privada al tiempo de la concepción" (art. 250).

Entre nós a jurisprudência foi além, pois, havendo separação de fato, não subsiste, segundo alguns julgados, tal presunção: admite-se como possível a investigatória, mesmo sem contestação do pai presumido, desde que ocorra separação de fato do casal prolongada e não contestada, subordinando assim a presunção da

---

(3) *Travaux de la comission de réforme du code civil*, année 1950-1951, Paris, 1952, pág. 22-26.

(4) *Elementos de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1969, pág. 256, § 14.

paternidade à convivência conjugal (R.E. n.º 56.892, Guanabara, 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, decisão unânime, 18-5-65). Daqui do Tribunal de Justiça da Guanabara:

> "Presunção de ilegitimidade da filiação, resultante da separação legal dos cônjuges, cessa diante da prova de superveniente conjunção carnal do marido com sua mulher" (Apelação Cível n.º 44.189, 5.ª Câmara Cível, 10-12-1957).

Assim, havendo separação de fato prolongada, a presunção de paternidade do marido é substituída pela presunção de ilegitimidade da filiação. Tal inversão pode ferir a letra da lei, mas não o seu espírito, pois a presunção da paternidade foi constituída para tornar certa a paternidade, que não deve prevalecer, mesmo quando decorrido o prazo previsto no art. 178, § 3.º, do Código Civil, quando houver prova de a paternidade não ser do marido.

Nas ações de alimento não cabe, segundo a nova lei, a discussão de validez do casamento.

No direito de obrigações e contratos não foi unificado o direito privado.

Previu a Lei n.º 17.711 a indenização dos danos morais:

> "A obrigação de ressarcir o dano causado por ato ilícito compreende, além da indenização de perdas e danos, a reparação do dano moral causado à vítima" (artigo 1.078).

Faculta, também, ao juiz no caso de culpa contratual, a reparação do dano moral de "acôrdo com a índole do fato gerador da responsabilidade e circunstâncias do caso" (art. 522).

A situação patrimonial do devedor pode determinar a redução da indenização desde que o ilícito não decorra de dolo (artigo 1.069).

As conseqüências remotas, que não têm com o ilícito nexo adequado de causalidade, não são reparáveis (art. 906).

Reparável, por eqüidade, pode ser o dano, independente de culpa, sempre que suportar a reparação o patrimônio do autor do fato e exigi-la a situação pessoal da vítima (art. 907).

Passível de revisão judicial é a cláusula penal quando desproporcional com a gravidade da falta, desde que configure um abusivo aproveitamento da situação do devedor; ao revê-la o juiz deve levar em conta o valor das prestações (art. 656).

As faculdades inerentes à propriedade podem ser restringidas quando usadas abusivamente (arts. 2.513 e 2.514).

Fumaça, calor, odores, luminosidade, resíduos ou vibrações, provenientes de um imóvel, só caracterizam mau uso da proprie-

dade quando exceder a normal tolerância. Não basta ser normalmente intolerável, pois influem na configuração do mau uso da propriedade as condições do lugar. Conforme as circunstâncias do caso, os prejuízos que causarem podem dar lugar à reparação. O juiz, ao apreciar tais casos, deve ter em vista as "exigências da produção e o respeito devido ao uso regular da propriedade". Decisivo nesses casos a "prioridade do uso" (art. 2.618).

É possível a revisão judicial ou a anulação dos contratos por motivo de lesão, sempre que uma das partes explore a necessidade ou a inexperiência da outra, obtendo uma vantagem patrimonial evidentemente desproporcional e sem justificação. A verificação da desproporcionalidade deve ser feita com os "valôres ao tempo do ato", devendo a desproporção, para justificar tais ações subsistir até o momento da demanda. Presume-se, salvo prova em contrário, ocorrer exploração da necessidade ou da inexperiência de uma das partes pela outra, quando fôr "notável a desproporção das prestações". A ação anulatória transformar-se-á em ação de reajuste equitativo sempre que fôr proposta na contestação a revisão do contrato (art. 954).

Finalmente, as alterações que o código civil argentino de 1871 sofreu com a Lei n.º 17.711, de 1968, o afastaram do individualismo e liberalismo jurídicos, que o norteavam. Aliás, o Ministro GUILHERME BORGA, que pertenceu à comissão que elaborou o anteprojeto da citada lei, reconheceu que o velho código recebeu nôvo espírito, fruto da filosofia social e cristã, na forma exposta em *Populorum Progressio*.

ELABORAÇÃO OU REVISÃO DE CÓDIGO CIVIL, TAREFA ÁRDUA

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

O Código Civil é o repositório das tradições jurídicas. Nêle estão as vigas mestras do edifício jurídico: família, propriedade, contratos e responsabilidade civil. Por isso, a elaboração de um Código Civil é tarefa morosa, séria, feita com muita cautela, não sendo raro, não só aqui, como na França, Argentina e em outros países, a sobrevivência de velhos códigos, com alguns retoques e o esquecimento de anteprojetos inovadores.

A história da elaboração e reforma dos principais códigos civis comprova o que acima dissemos, bastando lembrar, para iniciar, o Código Civil francês, mais do que centenário, com 165 anos, de pé, graças a interpretações atualizadoras dos Tribunais Franceses, apesar de haver, desde 1904, comissões constituídas para reformá-lo. Tal código resultou de uma recomendação da Constituinte de 1791. Atendendo-a, foram apresentados quatro anteprojetos, que não foram aproveitados. Nove anos depois, Napoleão, em 1880, nomeou uma comissão para redigi-lo, constituída por PORTALIS, TRONCHET, MALLEVILLE e BIGOT, cujo anteprojeto provocou, como é do conhecimento dos historiadores e dos estudiosos do assunto, grave desentendimento entre BONAPARTE e os órgãos estatais competentes para apreciá-lo e aprová-lo, que levou NAPOLEÃO a alterá-los em sua composição a fim de sancioná-lo. Vencidos os obstáculos políticos, foi promulgado em 1804. É o *Code Civil des Français*, como foi denominado inicialmente, pois, em 1807, passou a ser conhecido como *Code de Napoléon*, para, posteriormente, em 1814, receber a denominação atual, *Code Civil*. Tão perfeita é sua forma literária que STENDHAL diàriamente lia-o para aprimorar o seu estilo... De 1804 para cá sofreu reformas fragmentárias que não o alteraram em suas linhas gerais. Atendeu, como ainda atende, às necessidades de uma sociedade industrial, para a qual foi ditado, graças, como dissemos, às interpretações atualizadoras dos Tribunais franceses. Resistiu, apesar do individualismo

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 07 (1ª Fase), jan./abr. 1969, p. 34-43.

jurídico que o inspira, às grandes tempestades que se abateram sôbre a Europa em 1914-1918, 1929 e 1939-1945. No ano de seu centenário, 1904, foi constituída uma comissão para reformá-lo, apesar da oposição de muitos civilistas da época. PLANIOL opôs-se à sua reforma geral (1). Depois de ressaltar os perigos e a inutilidade de tal reforma, PLANIOL assim se pronunciou: "um código inteiramente nôvo é um instrumento incômodo, os alemães, atualmente, estão realizando essa penosa experiência. Foi-nos preciso mais de cinqüenta anos de intenso trabalho coletivo para dar a nossos tribunais e nossos profissionais instrumentos completos e seguros, foram necessárias as grandes obras de DEMOLOMBE e de AUBRY et RAU, coleções de jurisprudência já desenvolvidas e o vasto *Repertoire du Dalloz*, imitado por SIREY e pelos PANDECTAS. Que utilidade aconselha o reinício de semelhante trabalho em um ambiente de incertezas que deverá perdurar por mais cinqüenta anos ainda?" Prossegue PLANIOL: "Os Romanos nunca reviram as Doze Tábuas e nunca se arrependeram disso. Nenhum progresso foi entravado pela ausência de revisão em sua legislação, e talvez até a velhice dêsses textos, sua inspiração no passado deixaram o campo mais livre para as reformas pretorianas. Conservemos nossas leis, deixêmo-las envelhecer e, em caso de necessidade, tentemos revê-las moderadamente". Ainda PLANIOL: "se certas partes são insuficientes ou nos atrapalham, mudêmo-las sem alterar tôda a legislação". Isto porque, segundo PLANIOL, "as leis são vestimentas que se amarrotam com o uso e que custam a se amoldar às formas do corpo". Continua PLANIOL: "minha conclusão será, portanto, não no sentido de que reformas não sejam necessárias (se tivesse possibilidades, eu mesmo proporia inúmeras), mas que é preciso realizar reformas parciais, moderadamente e com precaução". Os inconvenientes certos e os riscos prováveis de uma tal operação ultrapassam, de muito, as suas vantagens" (ob. cit.). O prestígio e a autoridade de PLANIOL nos levou a reproduzir tão longa citação. Mas, quando PLANIOL assim se pronunciou, a Europa radiava vitalidade, pois não tinha sido ainda mortalmente ferida. De 1904 para cá, várias comissões foram constituídas para reformá-lo — v. os *Travaux de la commission de réforme du Code Civil* (Paris, Sirey), em vários volumes —, sendo, talvez, a mais importante, a que conjuntamente com a italiana trabalhou em um anteprojeto de código de obrigações, sôbre a qual falaremos depois.

Após a II Guerra, no Govêrno do General de Gaulle, foi baixado o Decreto n.º 451.194, de 1945, constituindo uma comissão encarregada de preparar uma "revisão geral" do código

(1) PLANIOL, "Inutilité d'une révision générale du code civil" (*Le code civil. Livre du centenaire, Paris*, 1904, t. II, p. 955-963).

civil, formada por 3 professôres, 3 membros do Conselho de Estado, 3 magistrados e 3 advogados. Assim ficou constituída: JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (presidente), NIBOYET, H. MAZEAUD, ANCEL, CHARPENTIER, JOUSSELIN, LABRE, RATEAU, LYON-CAEN, LATOURNERIE, OUDINOT e DELEPINE, sendo secretários: P. COSTE-FLORET, substituído posteriormente por HOUIN, HERZOG e MALLET. Tal decreto foi, na realidade, provocado pela Association HENRI CAPITANT. Em 1953 a referida comissão concluiu um anteprojeto, ainda não transformado em lei, contendo uma "Parte Geral" (Livro IV), que trata "Des actes et des faits juridiques" (2).

Na Alemanha a codificação foi também uma tarefa difícil de ser executada. Provocou uma polêmica entre THIBAUT, que em 1814 pediu um código geral para a Alemanha, e SAVIGNY, que a êle se opunha. Dessa polêmica resultou a Escola Histórica do Direito, que, apesar de sua importância na época e de ter dado novos rumos à Filosofia do Direito e à Sociologia Jurídica, não prejudicou os trabalhos de codificação, que duraram 20 anos, iniciados em 1874, quando foi constituída uma comissão, composta de GOLDSCHMIDT, MEYER, KÜBEL, SHELLING, NEUMAYR e WEBER, para elaborar um projeto de código civil. No mesmo ano foi constituída outra comissão, da qual fizeram parte WINDSCHEID, ROTH, PAPE, DERSCHEID, KÜBEL, JOHOW, PLANK, WEBER, SCHMITT, GEBHARD e KURLBAUM. A comissão em 1887 aprontou o primeiro projeto, que foi alvo de críticas, dentre as quais podem ser destacadas as de GIERKE, FISCHER e MENGER. Com as emendas apresentadas e as críticas foi submetido, em 1890, à nova e numerosa comissão revisora, da qual fizeram parte KUNTZEL, AELSCHLÜGER, GEBHARD, V. MANDRY, PLANK, RUGER, EICHOLZ, CONRAD, SOHM, JACUBEZKY, etc., que, em 1895, apresentou o projeto definitivo. Tal projeto, fundado no primitivo, no qual WINDSCHEID havia exercido profunda influência, retrata as idéias dos pandectistas, notando-se nêle a presença do direito romano. Tal presença, segundo SALEILLES, era inevitável por não ser possível, como disse SALEILLES, fazer um código civil alemão sem direito romano, salvo se feito sem direito alemão (SALEILLES: *Introduction à l'étude du code civil allemand*, Paris, 1903, pág. 8). Pronto o anteprojeto, foi encaminhado ao *Reichstag*, que, com emendas, o aprovou em 1806. Promulgado em 18 de agôsto de 1896, entrou em vigor em 1.º

(2) A questão da utilidade da "Parte Geral" dos Códigos é controvertida, havendo, não só na Alemanha, como em outros países, os que a defendem e os que a condenam. Entre nós, ORLANDO GOMES é contrário à sua inclusão no Código Civil. A nosso ver, desde que não vinculada a uma posição filosófica, consideramo-la útil. Consultar, sôbre a questão, o interessante trabalho de IONESCU, "Le problème de la partie introductive du code civil" (*Revue Internationale de Droit Comparé*, 1967, n.º 3).

de janeiro de 1900. É o *Bügerliches Gesetzbzch* (BGB), que, com 69 anos de vigência, ainda está de pé, apesar de ter sofrido reformas fragmentárias. HEDEMANN, ao tempo do nazismo, sustentou a possibilidade de rejuvenescê-lo com alguns enxertos. Depois da II Guerra foram revogadas as alterações de cunho ideológico nêle introduzidas.

Desde 1859, na Itália, iniciaram-se os trabalhos para a elaboração de um código civil comum a todo o território italiano. Obtida a unificação política tornou-se necessária a jurídica. Três projetos foram apresentados (1860 — 1862), e abandonados. PISANELLI, aproveitando críticas e sugestões, aprontou um quarto projeto (1863), que, modificado, transformou-se, em 1865, em lei. É o Código Civil que vigorou até 1942. Tal Código atendeu às necessidades da Itália liberal e da facista, apesar de várias comissões terem sido nomeadas para revê-lo. Durante a I Guerra Mundial, em 1917, foi constituída uma comissão, presidida por V. SCIALOJA, para estabelecer as bases de sua reforma (Decreto 1.529). Posteriormente, a Lei n.º 2.814, de 1923, delegou ao Executivo podêres para reformar o código civil e elaborar novos códigos nos demais campos do Direito. No que concerne ao código civil, limitada foi a delegação de podêres, pois era restrita a alguns artigos do código de 1865, apontados na citada lei. Porém, outra lei, a de n.º 2.260, de 1925, ampliou tais podêres, estendendo-os a todo o código, desde que respeitados os "principais princípios dos institutos". Das comissões encarregadas da reforma dos códigos talvez a mais importante tenha sido a incumbida de elaborar uma legislação uniforme na matéria das obrigações e contratos para a França e a Itália. Dela tomaram parte, pela Itália, V. SCIALOJA (presidente), ASCOLI, DE RUGGIERO e AZARA, enquanto pela França, LARNAUDE (presidente), H. CAPITANT, A. COLIN, RIPERT e BOUTERON. Como vemos, dificilmente poder-se-á imaginar uma comissão de nível mais alto. Foram bem sucedidos, pois, em 1928, concluíram o "anteprojeto franco-italiano de código de obrigações" (v. "Relazione sul progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti comune all'Italia e dalla Francia" *in Revista di Diritto Civile, 1928*), na época obra de méritos, que, segundo os membros da comissão, deveria servir de modêlo às nações européias e às demais nações. Críticas severas foram entretanto a ela feitas, principalmente por BETTI, respondidas, de certa forma polêmica, por SCIALOJA e D' AMELIO (ASCOLI: "Il nuovo codice delle obbligazioni e dei contratti", in *Rivista di Diritto Civile*, 1928; BETTI: "Il progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti" na *Rivista del Diritto Commerciale*, 1929; Id.: "Sul progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti", *idem*, 1930; D'AMELIO: "Il progetto... "retificando BETTI, na *Rivista*

del Diritto Commerciale, 1929; SCIALOJA: Postilla alla replica del Prof. BETTI — Rivista del Diritto Commerciale, 1930).

Apesar de seus méritos, tal anteprojeto não foi aproveitado em nenhum dos dois países. O velho código de 1885 resistiu a todos os ataques. Mas os trabalhos de codificação não estavam interrompidos. A Comissão Real, encaregada dos códigos civil, comercial, processo civil e marítimo, de 1924 a 1937, aprontou o projeto de três partes do código civil (pessoa e família, coisas e direitos reais, sucessões e doações). Em 1939, foi promulgado o Livro I que trata das pessoas e da família. A Guerra retardou a conclusão das demais. Mas, em 1942, foi promulgado o *Codice Civile*, unificando o direito privado. Êste código resultou dos estudos que há vários anos vinham sendo feitos pela Comissão encarregada de elaborá-lo, da qual fizeram parte SCIALOJA, D' AMELIO, ASCOLI, POLACCO, BENSA, BONFANTE, BRUGI, BRUNETTI, COVIELLO, F. FERRARA, MAROI, DE RUGGIERO, FADDA, PACCHIONI, MESSINA, VASSALI, VENZI e ROSSI. Muitos dêsses juristas faleceram antes que a comissão, da qual fizeram parte, concluísse os seus trabalhos. Não é de admirar que uma comissão, formada de tão insignes juristas, tenha conseguido elaborar um dos monumentos legislativos de nossa época, o *Codice Civile* de 1942, que, no dizer de F. FERRARA, encerra dignamente um século de progresso jurídico (FERRARA: "Un secolo di vita del diritto civile (1839-1939)" in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1939, pág. 444). É de lastimar o fato de os interêsses políticos terem deturpado tal obra científica (v. nosso trabalho "Aspectos do nôvo Código Civil italiano" in *Direito*, Vol. XXXVIII, 1946). Tais interêsses levaram o ministro GRANDI, na "exposição de motivos dêsse código, esquecendo-se ou pensando que os estudiosos haviam esquecido o trabalho da comissão franco-italiana e tudo o que havia sido escrito sôbre a unificação do direito privado, a apresentar tal unificação como uma conquista do corporativismo (*Relazione del Ministro Guardasigilli*, Roma, 1943, págs. 10 e 24). Afastados, entretanto, os aspectos políticos, ressaltados em tal "exposição de motivos", o *Codice Civile* de 1942, apesar de seus defeitos, apontados pela doutrina do após-guerra, é um dos monumentos legislativos da nova Europa.

O código civil português também resultou de um trabalho moroso, iniciado em 1850 quando A. L. SEABRA foi convidado para elaborá-lo. O decreto que o encarregou de tal espinhosa tarefa explica porque o govêrno português achou mais prudente confiar tal obra a um jurista do que a uma comissão. E explica desta forma: a "redação dos códigos, para ser metódica, precisa e clara, deve ser feita por uma só pessoa, e revista, depois, por comissões compostas por pessoas idôneas para tão importante trabalho". A comissão revisora, designada pelo decreto de 1850,

compunha-se de V. FERRER NETO PAIVA, M. A. COELHO DA ROCHA, D. J. DE SOUZA MAGALHÃES e J. J. PAIS DA SILVA. Dela fêz parte também SEABRA. Parte do projeto ficou pronto em 1858. Concluído em 1857, foi submetido à referida comissão revisora, muito mais numerosa que a inicialmente designada, pois, além dos nomes citados, dela fizeram parte ALEXANDRE HERCULANO, F. A. FERNANDES DA SILVA FERRÃO, A. DE AZEVEDO DE MELO e CARVALHO, L. MARIA JORDÃO, etc. Foi o projeto examinado também pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pelo Supremo Tribunal, pelos demais tribunais e por outras instituições. Sofreu várias críticas, inclusive por parte de TEIXEIRA DE FREITAS. Em 1859 foi reeditado sem alterações. Novamente submetido à comissão revisora, foi alvo de estudo muito demorado devido à intransigência do autor do projeto, que não concordava com as alterações propostas pela comissão revisora. Finalmente, em 1863, prevaleceu o ponto de vista da comissão revisora, que concluiu a redação do projeto de código civil português. Porém, antes de ser encaminhado ao Legislativo, foi novamente submetido a uma comissão de redação, que concluiu seus trabalhos em 1865. Encaminhado à Câmara dos Deputados, em 9 de novembro de 1865, foi votado e aprovado, tendo sido, em 1.º de julho de 1867, promulgado, para entrar em vigor em 22 de março de 1868. Portanto, a elaboração do código civil português durou dezessete anos. Tal código manteve-se de pé, com várias alterações, até 25 de novembro de 1966, quando, pelo Decreto-lei n.º 47.344, foi promulgado o atual Código Civil português, que entrou em vigor em 1.º de julho de 1967. Resultou do trabalho de vários juristas, dentre os quais MANOEL GOMES DA SILVA, ADRIANO VAZ SERRA, PIRES DE LIMA, GALVÃO TELLES, RUI DE ALARCÃO e ANTUNES VARELA. Coube a PIRES DE LIMA, além da elaboração do ilvro do "direito das coisas", a revisão geral, sistematização e coordenação dos diferentes livros do projeto.

Na Argentina, a campanha para a elaboração de um código civil data de 1863. No ano seguinte, isto é, em 1864, o presidente MITRE, convidou VÉLEZ SARSFIELD para redigir tal código. VÉLEZ SARSFIELD, que confessou ter-se inspirado no projeto TEIXEIRA DE FREITAS, concluiu seu trabalho em 1869, que, no mesmo ano, foi remetido ao Congresso, que, ainda em 1869, o aprovou. Promulgado em 29 de setembro de 1869, entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1871. Em 1926, a comissão encarregada de revê-lo, constituída por REPETTO, SALVAT, BIBILONI, LAFAILLE, MARTINEZ PAZ, RIVAROLA, TOBAL, etc. iniciou seus trabalhos, aprontando, sete anos depois, o primeiro projeto, de autoria de J. A. BIBILONI. Posteriormente, em 1936, partindo do anterior projeto, a comissão concluiu o projeto definitivo, de autoria de H. LAFAILLE e G. TOBAL. Remetido ao Congresso, foi esquecido, não

tendo sido aprovado. Em 1960 nova comissão foi nomeada, da qual faziam parte B. BOGGERO, LEÓN e BUSSO, que não chegou a apresentar projeto algum. Sete anos depois, numerosa comissão, constituída por G. BORDA, A. G. SPOTA, R. MARTINEZ RUIZ, J. M. LÓPEZ OLACIREGUI, J. F. BIDAU, A. FLEITAS e D. ALCINA ATIENZA, que acabou reduzida a três membros (A. FLEITAS, R. MARTINEZ RUIZ e J. F. BIDAU), apresentou um anteprojeto, que serviu de base à lei n.º 17.711, de 22 de abril de 1968, que alterou profundamente o velho código VÉLEZ SARZFIELD, e que entrou em vigor em 1.º de julho do mesmo ano. Houve também um projeto de J. J. LLAMBÍAS, presidente do Instituto de Derecho Civil, com a colaboração de R. J. PONSSA, J. A. MAZZINGHI, J. E. BARGALLÓ CIRIO e R. J. ALBERDI, segundo informa o autor, LLAMBÍAS, em seu *Tratado de Derecho Civil* (Buenos Aires, 1967, I, pág. 201). Assim, quase centenário, o código de 1871, teve uma longa vida, 97 anos, mantendo-se ainda de pé, com os vastos "enxertos" introduzidos pela referida lei. Os perigos de profundas alterações são grandes, pois podem quebrar o sistema. Aliás, sôbre tal risco, em 1904, já havia-se manifestado LARNAUDE: "Todo código comporta necessàriamente um plano, quer dizer, um arranjo sistemático das diferentes partes das quais êle se compõe. Apresenta uma certa harmonia nas proporções. Por isso é bem provável que uma lei especial quando intervém para trocar essa ou aquela disposição quebre harmonia do código (LARNAUDE: "Le code civil et la nécessité de sa revision", in *Le Code Civil. Livre du Centenaire*, cit.).

Também a elaboração de nosso código civil não foi tarefa fácil. Foi penosa e morosa como nos demais países. Tivemos vários anteprojetos destinados a substituir as Ordenações Filipinas, que aqui vieram, com caráter provisório, desde a Independência até que fôsse organizado um "nôvo código civil, fundado nas sólidas bases da justiça e da eqüidade" (Constituição de 1824). O Govêrno Imperial, observando preceito constitucional, contratou TEIXEIRA DE FREITAS para consolidar as leis civis pátrias. Pronta a *Consolidação das Leis Civis*, em 1857, foi submetida a uma comissão revisora composta do VISCONDE DE URUGUAI, NABUCO DE ARAÚJO e C. A. SOARES. Aprovada, foi alvo de críticas, principalmente por parte do Conselheiro REBOUÇAS. Dois anos depois, em 1859, o Govêrno Imperial celebrou nôvo contrato com TEIXEIRA DE FREITAS, dessa vez para a confecção de um projeto de código civil. TEIXEIRA DE FREITAS elaborou um *Esbôço*, que não chegou a concluir, pois, partidário de um Código Geral, unificador do direito privado, interrompeu-o em 1867, submetendo ao Govêrno nôvo plano de código civil, que não sendo aceito, motivou, em 1871, a rescisão do contrato referido. O "Esbôço de Código" publicado não foi aqui

aproveitado, porém o jurista argentino VÉLEZ SARSFIELD, encarregado da elaboração do código civil argentino, aproveitou-o largamente. No ano seguinte, em 1872, foi com o Conselheiro NABUCO DE ARAÚJO celebrado contrato para a elaboração de um projeto de código civil. A morte impediu que NABUCO DE ARAÚJO concluísse o seu trabalho, interrompido na Parte Geral. FELÍCIO DOS SANTOS, em 1878, levou avante a tarefa iniciada pelo Conselheiro NABUCO, tendo-o concluído sob a forma de *apontamentos*. Submetido, em 1881, a uma comissão revisora, composta de LAFAYETTE, RIBAS, COELHO RODRIGUES, FERREIRA VIANA e JUSTINO DE ANDRADE, foi aprovado como plano de trabalho. À comissão revisora foi pelo govêrno encomendado um projeto, que não chegou a apresentar. FELÍCIO DOS SANTOS, então, em 1882, apresentou à Câmara dos Deputados um projeto de Código Civil, que não foi votado. OURO PRÊTO, em 1889, nomeou uma comissão para redigi-lo, composta de CÂNDIDO DE OLIVEIRA, SOUZA DANTAS, SILVA COSTA, AFONSO PENA, COELHO RODRIGUES, que, em virtude da proclamação da República, não pôde concluir seus trabalhos. Em 1890 foi contratado COELHO RODRIGUES para cumprir tal tarefa, tendo, em 1893, apresentado ao Govêrno um anteprojeto que foi submetido a uma comissão revisora, que não o aprovou. Nova comissão, em 1895, foi constituída para, tomando por base os projetos existentes, escolher o melhor. Escolheu a comissão o de COELHO RODRIGUES, que anteriormente havia sido rejeitado, para servir de base à elaboração do projeto definitivo por uma comissão a ser nomeada. Porém tal comissão não foi nomeada. Abandonou, então, o Govêrno a idéia de confiar a uma comissão tal tarefa, contratando, em 1899, CLÓVIS BEVILAQUA para elaborar um anteprojeto de código civil, aproveitando, segundo recomendação do govêrno, no que fôsse possível, o projeto COELHO RODRIGUES. O trabalho ficou pronto no mesmo ano, tendo sido submetido a uma comissão revisora, composta de T. E. SAIÃO BULHÕES DE CARVALHO, F. DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA, A. B. F. DE CARVALHO, J. DA COSTA BARRADAS e O. H. DE AQUINO E CASTRO. Tal comissão só no ano seguinte, isto é, em 1900, concluiu seus trabalhos. Foi então convocado CLÓVIS BEVILAQUA para, integrando a referida comissão, participar de nova revisão do projeto. Feita a revisão final, em 17 de novembro de 1900, foi, pelo Presidente da República, encaminhado o projeto, alterado pela comissão revisora, à Câmara dos Deputados. Na Câmara foi constituída uma comissão para examiná-lo, ao mesmo tempo em que o projeto era objeto de estudos pelos Tribunais Federais e Estaduais, Faculdades de Direito e Instituto dos Advogados. SÍLVIO ROMERO foi o relator do parecer da comissão da Câmara aprovando o projeto com alterações. CLÓVIS BEVILAQUA e ANDRADE FIGUEIRA intervieram nos debates da comissão legislativa. Emendado, foi submetido

NAPOLEÃO E O CÓDIGO CIVIL (*)

OSCAR TENÓRIO

O segundo centenário do nascimento de Napoleão, pelo tempo decorrido da poderosa ação militar e política do Corso, já deveria ter permitido aos historiadores rigorosas conclusões a respeito de quem abriu as portas dos tempos modernos, na passagem do feudalismo para o liberalismo da Burguesia.

Mas assim não tem sido. Os juizos oscilam entre a execração (ainda agora HENRI GUILLEMIN coloca-o na categoria dos canalhas) e a apologia. ALBERT SOREL, egrégio historiador, severo, transborda, entretanto, de entusiasmo. É que a figura contraditória de Napoleão, por sua grandeza e pela influência que exerceu na história da Europa, é da mesma cêpa de Cesar. Êste teria traído a liberdade? Aquêle, apontado como filho da Revolução, não teria traído os ideais revolucionários? São perguntas que justificariam respostas divergentes ou opostas. As regras da heurística, da autenticidade e interpretação dos documenos, encontram dificuldade ante o perfil do homem extraordinário. E mesmo filósofos da história, que reduzem o valor do indivíduo e destacam a preponderância das fôrças coletivas, claudicam ante a figura solar, para reconhecer sua influência na corrente da história européia, e, mesmo mundial.

Nem a ação do administrador, admirável em muitos pontos (lembremos, por exemplo, que êle criou a Côrte de Contas), tem escapado aos juízes extremados. Do legislador civil, a codificação lhe levou o nome, como a completar a galeria de soberanos que os turifurários têm incensado: Hamurabi quase dois milênios antes de Cristo, e Justiniano, no século VI da nossa era. Mas nessa galeria êle não aparece com os traços impessoais de mero sacionador de uma obra trabalhada por ponderados jurisconsultos. Destaca-se seu nome como um obreiro ao lado de outros obreiros, de pá na mão a erigir, num trabalho coletivo, uma obra que honra os padrões da civilização civil. Obreiro a dirigir, com a sua genial intuição, outros muito mais competentes, adestrados na técnica e na aplicação do direito. Levava o Código Civil o seu nome; derrotado Napoleão, o Código retoma o título democrático de Código Civil dos Franceses. Mas, no mundo, especialmente no Nôvo Mundo, os juristas têm permanecido fiéis ao título nominal, personalista.

No estudo, à luz da sociologia e da história, do papel de Napoleão na elaboração do Código Civil, chegamos à conclusão de que mesmo sem o Primeiro Cônsul, as leis civis francêsas seriam inevitàvelmente codificadas, como re-

(*) Conferência proferida no Centro de Estudos Políticos do Tribunal Regional Eleitoral, em 14 de novembro de 1969.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 10 (1ª Fase), jan./abr. 1970, p. 67-76.

sultado de um longo processo histórico a independer da fôrça de qualquer figura carismática. Mas a Napoleão coube refreiar o extremismo inerente a quase tôdas as revoluções, e orientar as leis civis para os caminhos tranqüilos da Burguesia em ascenção. Foi, sem dúvida, a nervosa atividade política de Napoleão que apressou a elaboração do Código e, em parte, lhe modelou a fisionomia. Das 102 sessões da Comissão de Legislação do Conselho de Estado, Napoleão presidiu 57. Participava das discussões de certas matérias, dando aos debates fôrça de expressão e caráter realista. Uma vontade poderosa, estandaliana, no prosseguimento inerradável de seus objetivos, afastou obstáculos para a realização de uma obra longamente desejada.

A Assembléia Constituinte e a Assembléia Legislativa preocuparam-se com a unidade das leis civis, isto é, com um Código de leis civis comuns a todo o Reino. A Convenção, por sua vez, adotou a mesma idéia. A idéia da codificação (cinco foram os Códigos Napoleônicos) correspondia à concepção política da França revolucionária, mas encontrava suas raízes em passado distante.

O regime anterior era o do Antigo Direito. A França estava dividida entre o país do direito costumeiro (o Norte) e o país do direito escrito (o Sul). Naquele, cada província se regia por costume próprio (Paris, Bretanha, etc.), neste dominava o direito romano. A tentativa do Rei para unificar o direito, por intermédio de ordenanças e editos, era de âmbito limitado a determinadas matérias. Os Parlamentos, por sua vez, negavam registro a muitos atos do Rei. Uma tríplice diversidade caracterizava o Antigo Direito: 1) entre o direito dos países de direito escrito e os do costume; 2) entre os diferentes costumes; 3) entre as jurisdições dos diferentes Parlamentos.

Variedade e instabilidade. A instabilidade do direito costumeiro foi remediada com a sua redação oficial, iniciada com a Ordenança de Montilz-Les-Tours, de 1453, de Carlos VII, e prosseguida, com muita amplitude, por Carlos VII. A estabilidade transformou o direito costumeiro numa verdadeira lei, obrigatória para a justiça e para os indivíduos. Subsistia, todavia, a diversidade, a multiplicidade, a divisão territorial. E a legislação do Direito anterior à Revolução francêsa tinha uma outra diversidade, a da categoria social dos indivíduos, assentada no regime feudal, essencialmente anti-democrática. A Revolução buscou a unidade, não apenas territorial; buscou, principalmente, a unidade na igualdade. E é sob êste ponto de vista que devemos fazer justiça à geração que abalou o regime feudal. Barthélemy Terrat sustenta que a unidade da legislação francêsa é obra de oito séculos de trabalho e de esfôrço, devendo-se fazer justiça às gerações passadas. Observa êle que os 360 costumes diferentes, no Século X, tiravam seus elementos de quatro pontos comuns: 1.º) os antigos costumes germânicos; 2.º) o direito romano; 3.º) o cristianismo; 4.º) o direito feudal. Mas o problema essencial não era o das fontes comuns dos costumes, dando-lhes relativa unidade. O problema essencial era o da *igualdade civil*, impossível de ser estabelecido no Antigo Regime. A unidade política, para cujo êxito feliz trabalhou a Revolução, impunha a unidade legislativa, unidade no espírito político, e não apenas técnica e formalmente.

Lùcidamente, SALEILLES expôs as três principais correntes que dominavam na França e na Europa, ao concluir-se a elaboração do Código Civil, exprimia a primeira uma doutrina filosófica, a segunda uma doutrina política e a última uma doutrina jurídica. A filosofia, com raízes no Século XVI e fórmula quase definitiva no Século XVIII, proclamava o princípio segundo o qual o homem tem, desde o nascimento, direitos inerentes à sua própria individualidade, direitos que derivam da natureza. A política é a da democracia: igualdade de direitos civis e igualdade de direitos políticos. A doutrina jurídica é relativa à lei, seus caracteres e seus métodos de interpretação.

Não há dúvida de que a história da humanidade, na sucessão dos acontecimentos, tem raízes comuns. Mas é necessário que não percamos de vista as inovações que o espírito humano leva à própria vida. Encontramos no Código Civil textos que quase reproduzem POTHIER. Encontramos, também, dispositivos que se prendem ao Direito Romano. Mas é o que não encontramos num e noutro que caracteriza o Código Civil, dando-lhe expressão pioneira; a pequena área de sua originalidade é a sua grandeza.

Muitos dos que criticam a obra codificadora da França se aliam ao falso juízo de TAINE de que tudo, na Revolução Francêsa, não passou de uma transferência de propriedade das mãos da nobreza para as da burguesia. É uma ilusão comum aos historiadores que não se apercebem das variações estruturais da sociedade ao impulso revolucionário, vendo nas Revoluções uma simples posse de Poder. É certo que as águas do rio da história, com seus afluentes e confluentes, não correm com tranquilidade; é um correr contínuo no descontínuo. Napoleão é um dos mais fecundos exemplos à respeito. No rio da Revolução Francêsa êle cortou a corrente, nos seus impulsos, refreiou-a. Contra-revolução dentro da Revolução. Mesmo quando chegou ao apogeu do Cesarismo, talvez para fortalecer o poderio militar da França, êle se sente filho da Revolução. Suas atitudes são as da moderação burguesa. Não foi êle quem, por ordem de Barras, em 1796, fechou o Clube do Panteon, o Clube dos Iguais? Os discípulos de Babeuf e de Buonarroti aspiravam à implantação de um regime comunista; Napoleão, a mando do Diretório, destruiu suas veleidades. A corrente extremista quase suprimiu o testamento em 1793. Emerge do caldeirão revolucionário o fogo da destruição da própria burguesia nascente. Pretendem alguns, queimar etapas da evolução histórica. Coube a Napoleão, ou, pelo menos, ao espírito que êle encarnava, levar ao túmulo a aristocracia feudal e consolidar os princípios sociais de 1789, principalmente aquêles consignados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agôsto. O estatuto aprovado pela Assembléia Nacional, é fundamentalmente de direito público; proclama no art. 1.º que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos, e que as distinções sociais sòmente podem ser fundadas na utilidade comum, e declara, no art. 17, que a propriedade é um direito inviolável e sagrado. A Constituição de 24 de julho de 1793 fortalece e amplia a Declaração de 1789, e estabelece no art. 85 que o código das leis civis e criminais é uniforme para tôda a República. E a Constituição de 5 Fructidor ano III (22 de agôsto de 1795) é ainda uma Declaração dos direitos e deveres do homem e dos cidadãos, declaração sôbre a liberdade, a igualdade, as garantias e a pro-

priedade como direitos do homem (art. 39). E que valeriam tantas Declarações e Constituições sem as leis de direito privado para ordenar os princípios fundamentais? O Código Civil foi o instrumento da ideologia democrática nas relações da vida civil. A Revolução (e por isso, uma autêntica revolução), foi a Grande Revolução no dizer de KROPOTKINE, porque permitiu que os Códigos da Europa admitissem a igualdade perante a lei e o govêrno representativo, cumprindo assim sua missão.

A sociedade moderna, isto é, a sociedade saída da Revolução Francesa e, de alguma forma, das duas Revoluções Inglêsas do Século XVII, repousa na liberdade individual, na igualdade de todos perante a lei, no Estado laico, na liberdade de consciência e na liberdade de trabalho. Brotam, com ela, o liberalismo político e o liberalismo econômico, os esteios da nova classe, criadora e fecunda, a cumprir na história o seu papel. Napoleão, com o Código Civil, deu à burguesia triunfante os meios de cortar as amarras com a aristocracia e o feudalismo.

As grandes codificações civis do Século XIX, a da França, a da Itália e a da Alemanha, foram atos políticos que visavam a unidade. Se elas divergem, e até profundamente, na maneira de expor as regras e, até na essência dos institutos, têm uma inspiração política comum. Mas elas, e também várias do Século XX, têm suas nascentes ideológicas na Revolução Francesa, no Código Civil de 1804. SAVIGNY, no seu famoso trabalho publicado em 1814, sôbre a codificação civil, trabalho que se expressa, conforme se disse, quase com rancor, com ódio, e ademais contrário à França, aos seus juristas, às suas instituições, à sua Revolução e ao seu Código Civil de 1804, não deixou de reconhecer, no meio da severidade de sua crítica, a influência do elemento político, a predominância sôbre o elemento técnico, o que lhe permitiu introduzir no direito existente maiores inovações do que aquelas que constam nos Códigos alemães. Mas a censura é na realidade um dos melhores louvores ao Código Civil. E o Código tem suas claudicações, como as pertinentes às nulidades. Não haveremos por isto de condená-lo, a ponto de lhe diminuirmos o valor histórico.

Paradoxalmente, o Código Civil, promessa realizada da Revolução, acalmou excessos do direito intermediário, o direito que se colocou entre o do feudalismo e o do Código, e veio a disciplinar uma sociedade que se tornou conservadora, a favorecer os proprietários da terra.

Sôbre a filosofia do Código Napoleão, duas correntes se formaram. Para uma, encarnada sobretudo em DUGUIT, o caráter do Código é puramente individualista, e o seu sistema jurídico repousa na concepção metafísica do direito subjetivo. Para outra, representada por BONNECASE, a filosofia do Código Civil é experimental, fruto do meio social.

Não seria possível desejar que uma codificação civil se antecipasse a um movimento, hoje traduzido na expressão equívoca "direito social", a justificar uma transformação entre uma suposta ordem metafísica e uma ordem realista. Uma conceção socialista do direito privado, a diminuir o valor da autonomia da vontade, a estabelecer a função social da propriedade e a conceder nova estrutura à família, seria, nos fins do Século XIX, um salto no vazio, uma irrealidade legal a ferir a realidade social.

É criador, e é coordenador. Certamente não rompeu integralmente com o direito anterior. Quando se lhe atribui falta de originalidade, faz-se-lhe legítimo elogio. É o Código da burguesia, não apenas da grande burguesia. Ao estabelecer as regras sôbre a propriedade da terra, assegurou à nova classe social sua estabilidade, no tempo em que a terra constituia a expressão da riqueza, pois o comércio e a indústria eram secundários e exercidos por artesãos e pequenos burgueses. Desde que a Revolução extinguiu os privilégios feudais e estabeleceu os direitos fundamentais do homem e do cidadão, uma população numerosa começou a gozar de direitos até então concedidos a uma minoria detentora de terra. Foi a essa população beneficiada com a extinção da estrutura do feudalismo que os novos princípios iriam exercer maior influência. A situação da França era a de um país com os pilares fincados na terra. E como se tem observado, em 1804 não havia grandes usinas, nem grandes estabelecimentos comerciais, e o patronato tinha fôrça econômica limitada. O assalariado contratava numa relativa igualdade. São observações de SAVATIER. Êle veio a favorecer as classes médias. O espírito democrático que o anima é o das classes médias. Poder-se-á oferecer censura a uma democracia limitada aos interêsses de certas classes. Mas outra democracia não podia emergir das condições sociais da França. O proletariado ainda não era fôrça capaz de impor normas jurídicas. O contrato de trabalho era então um contrato de direito privado. As manifestações quase demagógicas do direito intermédio foram acalmadas pela influência do espírito conservador. E neste ponto se faz sentir a influência do bom-senso ditado por Napoleão. E é êsse espírito conservador, burguês, que preside os trabalhos do Conselho de Estado incumbido da elaboração do Código Civil.

Tinha Napoleão trinta anos quando se deu ao trabalho codificador. Seus predecessores, aquêles que sopraram as labaredas do incêndio da Revolução, eram da mesma geração. SAINT-JUST tinha vinte e sete anos quando subiu ao cadafalso. E havia participado de importante missão junto aos exércitos do Reno. ROBESPIERRE foi guilhotinado aos trinta e seis anos de idade. DANTON desapareceu aos trinta e cinco anos.

Cada um dêles já havia exercido decisiva atividade política. E os grandes colaboradores e companheiros de Napoleão faziam na idade, a média de trinta e cinco anos. Mas entre a atividade política e a atividade jurídica há uma grande distância: a primeira é uma arte marcada pela intuição e pelo instinto; a segunda, uma ciência. Curioso, é que Napoleão, personalidade contraditória, influiu politicamente no Código Civil. Mas influiu, no caso, com extrema coerência, dentro de uma concepção geral. A administração e a vida econômica foram reguladas de tal modo que a França pôde manter guerras externas custosas. A produção aumentou. A obra das reformas seria inacabada se não abrangesse a própria estrutura da sociedade. Naturalmente, ela a concebia, segundo a observação de GODECHOT, à imagem do exército: no cume, o chefe do Estado; na base, a família submetida à autoridade despótica do "pai de família", cujo poder é o reflexo do poder imperial.

E o Primeiro Cônsul sabia que o seu poder se consolidaria com o Código Civil, elaborado à feição de seu espírito hieràrquicamente. O antigo pensamento dos reis da França iria êle levar a têrmo, ao mesmo tempo que atendia ao pensamento das Assembléias revolucionárias.

O Código Civil não foi tècnicamente obra sua. Não poderia ser porque o gênio militar e político de Napoleão tinha as naturais limitações do espírito humano aos esforços criadores da ciência e da arte. Parcialmente foi obra sua, esclarece SAVATIER, porque impregnada de certas idéias suas. Até onde podia ir a sua inteligência intuitiva, em problemas a respeito dos quais é possível a qualquer ter suas opiniões, ter sua filosofia prática, êle o foi com exemplar objetividade. Sôbre a família e a propriedade, o homem do princípio do Século XIX tinha uma nítida orientação; e êle, principalmente, que buscou construir uma sociedade civil estável, através da moralidade familiar e da preservação da propriedade. O direito de família constante do Código Civil teve, na elaboração, a influência direta do Primeiro Cônsul, a ponto de, só por isso, merecer o seu nome. A sociedade civil só é estável com a autoridade paterna e marital reforçada. O direito de suceder dos filhos naturais não reconhecidos não foi admitido; e quanto aos reconhecidos, foi reduzido. Estabeleceu a precedência do casamento civil sôbre o casamento religioso, sob pena de multa à autoridade celebrante infratora.

A ordem civil do Código de 1804 não é exatamente a mesma desejada pela geração revolucionária nas suas primeiras e intensas atividades. E é na organização da família que encontramos, bem clara, a divergência. O casamento civil e o divórcio foram mantidos. A Revolução pretendia estabelecer a liberdade e a igualdade em todos os setores. Conseqüentemente, a mulher seria igual ao homem na esfera dos direitos civis. A família não se regulamentou no Código Civil à imagem da Revolução; estruturou-se à imagem do Império. E GODECHOT enuncia as modificações substanciais que colocam a família sob o signo da autoridade. É uma dissociação que se tem mantido até hoje. A igualdade política da mulher não tem acompanhado a sua igualdade civil, apesar de se proclamar uma liberdade que não corresponde aos textos legislados. As transformações da sociedade contemporânea têm permitido à mulher trabalho fora do lar, livre escolha de profissão e até de domicílio; mas ficam alguns resíduos que tornam mitigada a igualdade e precária a liberdade, em benefício do poder do marido e do pai.

O Código Civil de 1804 desligou-se da Revolução nessa parte. Vedou-lhe participar do Conselho de Família. Vedou-lhe o exercício da tutela. Em matéria de adultério, na via da punição, a desigualdade foi estabelecida. Sustenta GODECHOT que tôda essa legislação constitui violação flagrante do princípio de igualdade proclamado pela Declaração dos Direitos de 1789. Há exagêro na assertiva. A primeira parte do art. 1.º da Declaração de 1789 diz simplesmente que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito; mas é a liberdade no campo dos direitos públicos; é a igualdade no domínio das garantias na sociedade política. Ao transplantar-se para as constituições democráticas dos séculos XIX e XX, a Declaração de 1789 aliás precedida da Declaração dos Estados Unidos de 1776, não influiu, e nem poderia influir, na órbita da sociedade civil, mòrmente na parte do di-

reito de família e do direito sucessório. São esferas distintas de tratamento distinto, mesmo em países de instituições democráticas aperfeiçoadas.

Entretanto, em relação ao Antigo Direito, o progresso no campo do direito de família não foi pequeno, a ponto da transição marcar efetivamente uma nova época na história do direito privado. Lembra-nos, neste particular, SAVATIER, tão arguto no exame das chamadas metamorfoses do direito que, no Antigo Direito, no país de direito escrito, os membros da família, mesmo após sua maioridade, continuavam representados, na sua vida jurídica, pelo chefe de família. Os filhos nascidos fora do casamento eram tratados como estranhos à família. O casamento era indissolúvel.

Coube a Napoleão colocar no Código a adoção e o divórcio por consentimento mútuo. Se em relação a esta instituição parece que o que o levou a admiti-la foi um motivo de ordem política, em relação à primeira, o motivo foi de natureza social da nova ordem, a transformação da família em regime diferente do regime feudal.

A organização da família, no Código, aceitou alguns princípios da época revolucionária, e, ao mesmo tempo, procurou edificar uma nova sociedade. Empenhada no restabelecimento da ordem social, abalada pela Revolução aos limites da desordem e da anarquia, Napoleão, mais uma vez, procurou conciliar as fôrças em choque, antagônicas, tentando unir exigências quase irreconciliáveis, dando-nos a mostra de sua personalidade. A dualidade, na percepção de um crítico, é todo o espírito de Napeloão: fervor romântico, visionário, e lucidez, precisão matemática. Essa dualidade do espírito de Napoleão estêve presente em quase todos os atos de sua vida. O cesarismo tem freqüentemente no uso dos dinheiros públicos uma fonte de corrupção; mas êle criou a Côrte de Contas, severa fiscalizadora dos gastos da Administração. Êle se dizia filho da Revolução, e bem o foi; mas, a liberdade que pregava era outra. Gênio militar, objetivo, suas batalhas eram impulsionadas pelo arrebatamento de epopéias românticas. Gênio civil, lançou as bases da vida administrativa da França Moderna. O Código Civil de 1804 reflete no espelho da Revolução a face de Napoleão.

Para uma sociedade civil equilibrada, não é necessário apenas que a família se constitua sob padrões de autoridade; necessário também, que a propriedade tenha segurança. Não se poderia conceber uma burguesia liberal apta ao exercício de seu papel dominador, sem a destruição dos privilégios, especialmente os antigos privilégios da riqueza.

O regime dos bens no casamento e o direito sucessório, foram regulados de acôrdo com o espírito da burguesia liberal. Daí se dizer que "ela regula as condições de existência da família, considerada sob o ângulo da propriedade". Propriedade individual com livre gôzo e de uso absoluto, desde que não faça uso proibido pela lei. Ao proclamar a Declaração dos Direitos do Homem a propriedade como direito inviolável e sagrado, a Revolução Francesa não punha roupagem vistosa na concepção do direito romano; não a prolongava. O movimento de 1789 foi anti-feudal. Conseqüentemente, o nôvo direito de propriedade era o da burguesia. O direito de propriedade era sagrado — observa SAVATIER — ao sair da Revolução, porque êle era

feito de uma libertação: a libertação da terra francesa em relação às antigas emprêsas feudais e as congregações.

E a sociedade civil baniu os privilégios de pessoas. A nobreza, o clero e o Terceiro Estado, como expressões de classe, desapareceram; perderam seu sentido de poder diferenciado. A propriedade perdeu também sua estrutura privilegiada, para ser a propriedade individual, acessível a todos e tratada igualmente pela lei. Ainda aqui, a propriedade aparece unida aos interêsses da instituição da família, a ponto de um historiador assinalar que o Código considera a propriedade como o efeito e a consagração do trabalho, como o lugar, a condição de existência e de estabilidade da família.

Nenhum país guarda, como a França, no meio das grandes transformações da técnica moderna, a fidelidade à pequena propriedade enriquecida pelos vinhedos e pelas pastagens, fontes de sua riqueza, fontes da pequena propriedade que lhe dá personalidade quase singular na civilização. Está na evidência que a propriedade privada disposta no Código Civil é a das *Institutas* de JUSTINIANO. Mas a volta de JUSTINIANO se faz noutro cenário histórico, com outra sociedade civil, mas com outro sentido.

A concepção nacional do nôvo Estado francês levou Napoleão a influir, nas sessões do Conselho de Estado, no sentido de restringir o gôzo dos direitos civis pelo estrangeiro. O art. 726 declarava-o incapaz de suceder, e o art. 912 o de receber por doação ou legado; ambos os artigos foram abrogados por uma lei de 14 de julho de 1810.

Na discussão sôbre a nacionalidade propõe Napoleão Bonaparte o seguinte: "Todo o indivíduo nascido na França é francês".

Na apreciação do título primeiro, relativo à publicação, efeito e aplicação das leis em geral, o Primeiro Cônsul participa, desde logo, da discussão, quando PORTALIS apresenta a matéria. O prazo de vacância de quinze dias após a promulgação das leis merece sua objeção, mòrmente em relação às leis repressivas, cuja execução não pode ser protelada. Entende que a lei deve ser obrigatória logo que conhecida, conforme o direito romano e a opinião unânime dos jurisconsultos. E insiste o Primeiro Cônsul no assunto, ao dizer que seria ofender a majestade da vontade nacional tornar obrigatória a lei vinte e cinco dias (dez dias dados pela Constituição e os outros mais pelo dispositivo em discussão) depois de conhecida. E ainda se exprime nestes têrmos: "... o princípio da igualdade dos direitos é respeitado quando todos os franceses ficam sujeitos à lei quando ela chega no lugar onde êles moram". Insiste na matéria perante os juristas que formam a Comissão no Conselho de Estado: PORTALIS, TROUCHET, BIGOT-PRÉAMENEU e MALLEVILLE. Homens moderados que eram inquiridos e ouvidos pelo Primeiro Cônsul. Êles deram atenção maior às três questões que, em 9 de setembro de 1794, CAMBACÈRES apresentava como essenciais a um Código Civil, e que se reduziam aos direitos de liberdade, de propriedade e de contratar.

O Discurso Preliminar sôbre o Projeto do Código Civil, embora assinado pelos quatro membros da Comissão, foi trabalho exclusivo de PORTALIS. Nêle se diz que "o legislador não deve perder de vista que as leis são elaboradas para os homens, e não os homens para as leis; que estas

devem ser adaptadas ao caráter, aos hábitos, à situação do povo para o qual elas se destinam". E no discurso de apresentação do Código, em 3 Trimaire Ano X, dizia PORTALIS, ao dirigir-se aos cidadãos legisladores, da necessidade de uma legislação única para a França, na linha do equilíbrio, pois assim devemos entender as suas palavras relativas às leis passageiras que tinham sido publicadas durante a Revolução e que se assemelhavam a pilastras flutuando no meio de um mar tempestouso".

Uma ordem civil tendo por base uma ordem política, tese que PORTALIS enuncia na "Exposição de Motivos do projeto de lei relativa à reunião das leis civis num só corpo de leis", pois várias já tinham sido elaboradas, sob o título de Código Civil Francês, êle proclamava, dentro do próprio espírito de Napoleão, o seguinte: "Não somos mais provençais, bretões, alsacianos, mas franceses. A uniformidade não é só estabelecida nas relações que devem existir entre as diferentes partes do Estado; a uniformidade deve ser também estabelecida nas relações entre os indivíduos. As distinções humilhantes que o direito político havia estabelecido entre as pessoas, inclusive no direito civil, são obra do passado.

Se as idéias de PORTALIS, a quem se chamou "o pai do Código Civil", eram as de um técnico, de um homem profissionalmente dedicado ao estudo do direito; elas eram, na essência, as idéias de Napoleão, no contexto de suas concepções políticas. Exato, portanto, o julgamento de que Napoleão foi mais o autor do Código do que de seu conteúdo. Autor mais pela ação do que pelo pensamento. As Exposições de Motivos das leis e dos Códigos, freqüentemente são peças oficiais de técnicos, de profissionais, que correspondem às idéias de seus elaboradores. Mas no caso do Código Civil o pensamento de Napoleão está nela, em várias passagens, como se êle tivesse sido o seu autor, como se traduzisse na escrita até os seus mais caros pensamentos políticos e suas ambiciosas aspirações. Eis um trecho de PORTALIS: "Assegurando por boas leis nossa prosperidade no interior, teremos aumentado nossa glória e nosso poder no exterior". E a glória da França não se erigiu apenas no campo de batalha; erigiu-se, bem mais alta, na Expansão do Código Civil. E na Itália, e na Bélgica e na Polônia, em tantos países dominados, os princípios da liberdade civil luziam nas pontas das baionetas dos infantes, no aço dos artilheiros. A morte de PORTALIS em 29 de agôsto de 1807, comoveu Paris. Os povos sabem, por intuição, qual a medida da perda de suas figuras egrégias. O cortejo (são palavras dos Ministros do Interior e da Guerra, em comunicado à Nação ferida) partiu a pé, dirigindo-se à Igreja de São Tomás de Aquino, cercado por duas filas de tropas, ao resplendor de tochas e no meio de um cortejo de espectadores sensivelmente comovidos".

Napoleão queria que o Código Civil servisse de base a um código europeu. Aos que se opunham à sua implantação no exterior, reagia. A seu irmão Jerônimo, rei da Westfália, esclarecia que contava mais, para a consolidação do poder, com o Código Civil do que com o resultado das grandes vitórias. Determinava-lhe que aos que fizessem objeção opusesse uma firme vontade.

Em Santa Helena reafirmava o mesmo pensamento. E a resistência que certas fôrças sociais, como o alto clero da Polônia, opunham ao Código Civil, significava a importância de um direito aparentemente conservador, mas que iria exercer influência no Velho e no Nôvo Mundo, quer direta, quer indiretamente.

Ainda agora, cento e sessenta e cinco anos de sua promulgação, o Código Civil continua o centro de apreciações críticas que, nos seus extremos, são da mesma intensidade daquelas feitas ao próprio Napoleão. Detratores e apologistas deformam o julgamento sôbre um e o outro; é que ambos estão identificados no mesmo destino histórico. Outros Códigos, o da Itália, o da Alemanha, o de outros países, contam com virtudes técnicas que êle não possui; vários lhe são superiores na disciplina de institutos jurídicos importantes. Mas nenhum exerceu maior influência do que êle na civilização ocidental. Não lhe exageramos, mesmo assim, seu grande papel. Num mau gôsto literário foi dito que êle é como as Tábuas da Lei no Monte Sinai. É um Código claro, de fácil compreensão, didático, se assim podemos dizer, sem maiores preocupações científicas. Condena-se-lhe a ausência de originalidade, mas não se lhe nega o valor da primeira grande codificação dos tempos modernos. Represou a logística revolucionária dos seus primeiros anos e buscou manter padrões do passado, mòrmente através de POTHIER.

A concepção da unidade européia, de uma Europa constituída à feição da França, teve no Código Civil uma de suas fôrças realizadoras. As derrotas militares compeliram a França a voltar às suas antigas fronteiras; mas não detiveram a expansão do Código Civil.

Ao assumir as funções de Primeiro Cônsul, Napoleão, consciente de seu despreparo em vários problemas de administração e da política, teve a virtude de calar e ouvir, para compreender. E ainda com essa conduta, foi grande.

Numa "Introduction aux images de la France", o grande poeta PAUL VALÈRY desperta-nos para uma observação. A história da França é um quadro de situações extremas, uma cadeia de cimos e abismos desconhecidos em qualquer outra história. É um país devotado por sua natureza e por sua estrutura a realizar uma espécie de figura de equilíbrio, apesar das vicissitudes da vida, das explosões interiores, dos abalos políticos exteriores, das tempestades vindas de fora.

O Código Civil de 1804 é o melhor exemplo dessa figura de equilíbrio, quase singular, na história da civilização contemporânea.

SUGESTÃO AO ANTEPROJETO DO CÓDIGO CIVIL:

"Do nome civil da mulher desquitada: especialmente a renúncia aos apelidos do marido condenado na ação de desquite".

Luiz Roldão de Freitas Gomes

1. Do Nome Civil de Mulher Casada e Casos Particulares de sua Alteração.

1.1. O art. 240 do Código Civil estatui: "A mulher *assume* com o casamento os apelidos do marido...".

Mantém o Anteprojeto Revisto a redação com o mesmo verbo no art. 1.749: "Pelo casamento, a mulher *assume* o patronímico do marido...".

1.2. Em torno da natureza desse aditamento situam-se os juristas em posições distintas: uns, minoritariamente, como SPENCER VAMPRÉ e o Prof. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO consideram-no um direito da mulher, ao passo que outros o reputam um dever para ela. Entre estes SERPA LOPES (*in* "Tratado dos Registros Públicos", vol. 1, pág. 174), ORLANDO GOMES (*in* "Direito de Família", pág. 136) e PONTES DE MIRANDA ("Tratado de Direito Privado", tomo VII, pág. 72). HÉSIO FERNANDES PINHEIRO em monografia publicada na Rev. Forense, vol. 126, págs. 589/596, e R. LIMONGI FRANÇA em sua premiada obra "Do Nome Civil das Pessoas Naturais", pág. 238, nele vislumbram o duplo aspecto de direito e obrigação.

Analisando o Direito Comparado, o jurista argentino ADOLFO PLINER, em seu profundo livro "El Nombre de Las Personas",

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 20 (1ª Fase), jul./dez. 1974, p. 77-82.

classifica as legislações em seis grupos conforme a orientação que imprimem à natureza jurídica do aditamento do sobrenome. No primeiro grupo, dos países cujas leis dispõem que a mulher toma ou assume diretamente o apelido do marido sem nenhuma indicação sobre o destino do seu inclui a Rumânia, a Alemanha, a Suíça, Itália, Turquia e o *Brasil* (pág. 258).

A própria origem do art. 240 do Código esclarece, através da elaboração legislativa do texto, inspirado diretamente no dispositivo correspondente do Código Civil Alemão (§ 1.355), que se cuida de uma norma cogente. Leia-se a este propósito o excelente voto vencedor proferido pelo Juiz Dr. JOSÉ GOMES BEZERRA CÂMARA no julgamento do Recurso de Revista n.º 1.033 no E. Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara, publicado na Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara, vol. 19, pág. 186.

Aliás, essa Corte já proclamara especificamente esta obrigatoriedade em acórdão publicado em sua Revista n.º 4, pág. 185, em 1968.

1.3. Entre as principais causas de perda do patronímico adquirido pelo casamento arrola LIMONGI FRANÇA na obra citada, pág. 305, as seguintes: o desquite (art. 324 do C.C.), a anulação do casamento, a viuvez, o casamento posterior da viúva e o mau procedimento da viúva ou desquitada.

2. A Perda do Nome do Marido pela Mulher Culpada na Ação de Desquite.

Neste sentido preceitua expressamente o art. 324 do Código Civil, mantido *ipsis litteris* pelo art. 1.758 do Anteprojeto:

> "A mulher condenada na ação de desquite perde o direito a usar o nome do marido".

É uma sanção. Comentando-o, diz CLÓVIS BEVILAQUA:

> "O Código Civil, como o Penal, refere-se à mulher condenada na ação de desquite, porque é precisamente esta que pode abusar, enxovalhando, o nome do marido, de quem se separou. E, se a mulher for o cônjuge inocente, ou se o divórcio for amigável? Subsiste, da parte da mulher, o direito de usar o nome do marido, porque o casamento se mantém, e não há uma razão moral para lhe retirar" ("Comentários", vol. 2, pág. 222).

3. A Opinião da Doutrina e a Interpretação da Jurisprudência.

Ainda LIMONGI FRANÇA *(ibidem,* pág. 305), ao tratar do desquite como causa de perda do patronímico pela mulher, acrescenta:

"Se o desquite for amigável *ou se a mulher for inocente*, no desquite litigioso, como observa WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, assiste-lhe o direito de conservar os apelidos do marido.

Entretanto, *entendemos que deixa de haver, no caso, a respectiva obrigação*, porquanto a união total dos cônjuges, bem como o poder marital, união e poder, dos quais o nome do marido é a afirmação e o símbolo, passam a inexistir na sua integridade.

Como em espécies análogas, se a mulher optar pelo nome de solteira, deve providenciar a sua averbação à margem do registro civil" (grifo nosso).

Com efeito, aduz o ilustre Professor por ele citado, em seu "Curso de Direito Civil", 2.º vol., ed. 1966, pág. 217, reportando-se, por último, a uma decisão judicial (RT 279/778):

"A desquitada só tem direito de continuar usando o nome do marido se inocente, ou então, sendo amigável o desquite, se não houver convenção em contrário. Todavia, homologado este, faculta-se à mulher o direito de voltar a usar o nome de solteira, suprimindo-se o apelido do marido."

No mesmo diapasão é o pronunciamento do eminente Prof. SERPA LOPES ("Tratado dos Registros Públicos", vol. 1, pág. 193):

"No *desquite*, perde a mulher o direito de usar o nome do marido se for condenada na respectiva ação (Cód. Civ., art. 324).

A contrario sensu, deduz-se daí se for considerada inocente, que lhe cabe optar pelo uso ou não dos apelidos adquiridos com o casamento" (grifo nosso).

Categórico é o pensamento do Des. VICENTE FARIA COELHO, expendido em seu livro "O Desquite na Jurisprudência dos Tribunais", págs. 107/108:

"De sorte que considerada inocente no desquite litigioso ou desquitada por mútuo consentimento, onde não há cogitar da culpabilidade de qualquer dos cônjuges, a mulher poderá continuar a usar o nome do marido, o que se explica por não haver rompimento do vínculo conjugal e não existir razão moral para que dela se retire esse direito. A sanção imposta à mulher condenada em ação de desquite pelo art. 324 do Código Civil

tem sua razão de ser no prejuízo que decorreria para o marido em ver seu nome ligado a u'a mulher que o desonrou.

Nada há, entretanto, que possa obrigar a mulher ao uso do nome, que adquiriu pelo matrimônio, após a dissolução da sociedade conjugal, mesmo que considerada inocente. Por isso, admite-se a renúncia, pois o uso pela mulher do nome de seu marido é um direito e não uma obrigação.

No caso de desquite por mútuo consenso, essa renúncia poderá ser feita no início, quer dizer, por ocasião do acordo, ou posteriormente à homologação, mesmo que tenha a mulher expressamente se reservado o direito de usar o nome do esposo, pois poderão advir razões determinantes do seu propósito em não mais querer conservar o seu uso" (grifo nosso).

Também o douto PONTES DE MIRANDA em seu Tratado de Direito Privado, vol. VIII, pág. 135, fazendo menção a um aresto do Tribunal de Justiça do então Distrito Federal, de 1947:

"Se a mulher se desquita, ou se divorcia, ficando com direito a usar o nome do marido entende-se que lhe cabe optar por um ou outro, ou usar os dois, ou renunciar, depois, ao nome do marido".

4. *O Direito Comparado.*

Sintetizando-o nesta parte, escreve o erudito EDUARDO ESPÍNOLA *in* "A Família no Direito Civil Brasileiro", pág. 488:

"Dispõe o Cód. Civ. francês (art. 311, nos termos da lei de 18 de fevereiro de 1949): "Le jugement qui prononce la séparation de corps, ou un jugement postérieur peut interdire à la femme de porter le nom de son mari ou à l'autoriser à ne pas le porter". Assim também, tratando da separação de corpos, o Cód. Civ. italiano, art. 156, 5.ª al.

Os sistemas divorcistas naturalmente dispõem de modo semelhante quanto à mulher culpada, ou não, quando, pelo casamento, tomou o nome do marido."

Refe-se ainda aos preceitos do art. 55 da lei alemã, que contém disposições da mesma natureza, e do art. 149 do Código Civil Suiço, que transcreve:

"Art. 149 — La femme divorcée est maintenue dans la con-

dition qu'elle avait acquise par son mariage, mais elle reprend le nom de famille qu'elle portait avant le célébration du mariage dissous. Si elle était veuve au moment du mariage, elle peut être autorisée par le jugement de divorce à reprendre le nom de sa famille."

Prescreve de igual forma o recente Código Civil Português no art. 1.675, 1.º.

5. *Conclusões.*

5.1. O Anteprojeto Revisto do Código Civil mantém no art. 1.758 literalmente a redação do art. 324 do diploma vigente, prevendo de modo exclusivo a perda do nome do marido pela mulher condenada na ação de desquite. É uma posição legislativa unilateral, eis que omissa diante da hipótese contrária, ou seja, do desquite decretado pela culpa apenas do cônjuge varão. Nenhuma alusão traz igualmente à alteração do nome em caso de desquite amigável, já consagrada pela jurisprudência.

5.2. O fundamento básico para a perda do nome pela mulher culpada é o de que, não trazendo mais os apelidos do ex-cônjuge, não se constituirá em motivo de desonra e infâmia para aquele. Que dizer da situação oposta, em que o marido é julgado o único culpado? Não ocorreria, também nesta hipótese, o mesmo agravo para a reputação daquela que teve proclamada judicialmente uma ofensa aos mais graves deveres conjugais por parte do marido? E por que terá ela de suportar o pesado fardo de carregar o nome dele, que, *lato sensu*, a injuriou no mais elevado grau?

5.3. Tudo isto — note-se — diante da redação parcialmente mantida no art. 1.749 do Anteprojeto, a qual enseja a interpretação predominante de que o aditamento dos apelidos de família do marido ao nome da mulher assume um caráter de obrigação, no mínimo o duplo aspecto de direito-obrigação. Conviria, pois, que dele constasse expressamente a hipótese da extinção do dever e conseqüente faculdade concedida à mulher de renunciá-los, nas situações examinadas, a exemplo do que sucede nas legislações alienígenas verificadas.

5.4. Como está, prevalece um tratamento discricionário, atribuindo posição de nítida prerrogativa ao marido, resquício do sepultado poder marital, que o Anteprojeto timbra em repudiar. Não fossem a elaboração da doutrina e a construção jurisprudencial em face da omissão de nosso Código vigente, e na prática estaríamos assistin-

do a um cortejo de casos eivados de profunda injustiça. Mas, no momento em que se cogita da revisão de nossas leis e os doutos membros da Comissão a que se cometeu esta ingente tarefa empenham-se em deixar assinalada em todas as passagens pertinentes dessa obra a igualdade jurídica dos cônjuges, não se justifica permaneça a lacuna que tão má impressão deixa em desfavor da mulher.

Eis a razão deste trabalho, que mais visa a suscitar esta questão do que a sugerir-lhe a fórmula da solução, a qual os ilustres membros dessa Comissão, após sua apreciação, se julgarem procedentes os argumentos nele contidos, melhor haverão de adotar em conformidade com a sistemática do Anteprojeto. Imbuídos deste propósito é que o apresentamos, visando expor a constatação de fato que está a merecer a adequada e justa previsão legislativa.

INOVAÇÕES DA PARTE GERAL DO PROJETO DO CÓDIGO CIVIL (*)

Luiz Roldão de Freitas Gomes

1. Sumamente honrados em participar deste Ciclo de Palestras promovido pelo Instituto Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, escolhemos o tema em face de sua atualidade no momento em que se retomaram os trabalhos no sentido da noticiada aprovação do Projeto do Código Civil na Câmara dos Deputados no final deste ano de 1983.

Quer-nos parecer que, após longa tramitação naquela Casa do Congresso, desde 1975, ano em que enviado e a partir de quando recebeu inúmeras emendas, já com parecer final do Relator da Comissão Especial encarregada de examiná-lo, Deputado *Ernany Sátiro,* esteja o Projeto a merecer, novamente, as atenções nacionais, que dele se desviaram em intensidade, naquele extenso período, talvez descrentes de uma intensificação dos trabalhos legislativos em torno de sua iminente votação.

Iremos expor, de início, brevemente, as diretrizes e principais inovações de sua Parte Geral, tais como anunciadas basicamente em sua Exposição de Motivos pelo Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, eminente Professor *Miguel Reale,* assim como pelo douto autor daquela Parte, conspícuo Professor e Ministro *José Carlos Moreira Alves.*

Diretrizes

2. Seus autores principiam por refutar a alegação de que a Parte Geral, como a do BGB, nada mais representaria que a experiência acadêmica de distinções conceituais, fruto tardio da pandectística do século passado. Ao contrário, atende ao fim de fixar as linhas ordenadoras do sistema, firma os postulados ético-jurídicos essenciais, constituindo-se em instrumento fecundo na hermenêutica e aplicação do Direito. Mais ainda, exerce uma função positiva em face dos imperativos de *socialização* e *concretude* jurídica, que leva em consideração, a última, não a idéia do homem abstrato, mas situado em função de suas circunstâncias (Prof. *Miguel Reale, in* "O Sentido Inovador do Código Civil", "Jornal do Brasil" de 13-11-83). Na Exposição de Motivos, explicita este renomado jurista consistir a concretude na abstração ou olvido de características transpessoais ou comuns aos atos humanos. Nela, ainda se destaca, com suma propriedade, que, antes do Código Civil Alemão, *Teixeira de Freitas* já assentara a tese de erigir-se a Parte Geral em elemento básico da sistemática do Direito Privado, sendo este o critério adotado na

(*) Palestra realizada em ciclo promovido pelo Instituto Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em 12.12.1983.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 20 (2ª Fase), jul./dez. 1984, p. 90-104.

"Consolidação das Leis Civis" e no "Esboço do Código Civil", reputado ponto culminante da Dogmática Jurídica nacional. Foi conservada nos Anteprojetos de Felício dos Santos e Coelho Rodrigues, compondo e governando o sistema do Código Civil, nas expressões dos autores do Projeto, graças à lúcida colocação de problemas por *Clóvis*.

Inovações e pontos relevantes

3. Arrola a Exposição de Motivos os seguintes, de maior destaque:

3.1. Buscou-se melhor adequação dos termos às distintas configurações jurídicas, procedendo-se, nesta parte, a uma rigorosa atualização do Código, em que se nota o emprego indiscriminado de palavras de sentido unívoco. Assim, no que respeita à distinção entre validade e eficácia do negócio jurídico, compreendida a primeira como o "complexo de requisitos ou valores formais que determina a vigência de um ato, por representar o seu elemento constitutivo, dada a sua conformação com uma norma jurídica em vigor, imperativa ou dispositiva". Já a eficácia diz com a produção dos efeitos que podem existir, ou não, sem prejuízo da validade, observando-se que a incapacidade de produzir efeitos pode ser contemporânea da ocorrência do ato ou da estipulação do negócio, ou sobrevir em virtude de fatos e valores emergentes.

3.2. No que respeita à *capacidade da pessoa física*, norteou-se o Projeto por critérios distintivos válidos entre a incapacidade absoluta e relativa. A enfermidade ou retardamento mental, *v.g.*, determina a primeira; a fraqueza da mente, a segunda.

3.3. Estabeleceu-se ainda a *incapacidade absoluta* dos que, mesmo por causa transitória, não podem exprimir sua vontade, considerando-se, por outro lado, relativamente incapazes, não apenas os surdos-mudos, mas os excepcionais sem desenvolvimento mental completo.

3.4. Disciplinaram-se os *direitos da personalidade*, concedendo-se proteção ao nome, à imagem e ao direito de dispor do próprio corpo, dentre outros, mediante poucas normas, porém com rigor e clareza para permitir o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência. Estendeu-se aquela proteção, no que couber, à pessoa jurídica.

3.5. Relativamente ao instituto da *ausência*, a par de passar a ser regulado na Parte Geral, mais adequadamente do que no Direito de Família, onde é tratado no Código vigente, perfilharam-se critérios mais consentâneos com as facilidades de informação e comunicação de nosso tempo, reduzindo-se prazos.

3.6. Dispensou-se tratamento novo às *pessoas jurídicas*, em decorrência de lacunas e vacilações do Código atual. Tornou-se preci-

sa a distinção entre pessoa jurídica de fins não econômicos (associações e fundações) e com escopo econômico (sociedade simples e empresária), a que são aplicáveis, no que couber, as normas referentes às associações. As fundações tiveram sua destinação restrita a fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

3.7. Prescreveram-se regras sobre causas e formas de exclusão de associados e quanto à repressão do uso indevido da personalidade jurídica, quando desvirtuada de objetivos sócio-econômicos para a prática de atos ilícitos ou abusivos.

3.8. Reformularam-se disposições pertinentes às pessoas jurídicas de direito público, para que assim fossem considerados os Territórios, que não são unidades político-administrativas.

3.9. Procedeu-se à discriminação mais precisa dos *bens públicos,* mantida sua imprescritibilidade, inclusive quanto aos dominicais, com ressalva de leis especiais, no interesse da Fazenda.

3.10. Atualizaram-se as normas concernentes aos fatos jurídicos, com especial ênfase na disciplina dos *negócios jurídicos,* determinando-se, de forma mais rigorosa, sua constituição, defeitos e invalidade.

3.11. Prevê-se a *lesão* enorme como causa de anulação do negócio jurídico, quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

3.12. Estabeleceu-se correlação mais harmônica entre a disciplina dos *atos ilícitos* e a parte do Direito das Obrigações respeitantes à responsabilidade civil.

3.13. Consagrou-se a distinção entre *representação* e *mandato,* com a disciplina da primeira na Parte Geral e do segundo no Direito das Obrigações.

3.14. Atualizou-se a terminologia, com a superação da obsoleta sinonimia entre "jurisdicidade" e "licitude", porque, a partir de *Kelsen,* na Teoria Geral do Direito, os atos, embora ilícitos, geram efeitos jurídicos.

3.15. A *simulação* passa a ser causa de nulidade do negócio jurídico simulado, com a subsistência do dissimulado, se for válido na substância e forma.

3.16. No tocante à *prescrição* e à *decadência,* partiu-se do princípio de que não se extremam em função de rigorosos critérios lógico-formais. A distinção mais depende de motivos de conveniência e utilidade social, reconhecidos pela política legislativa. Eis por que adotou o Projeto a fórmula de serem de prescrição só os prazos taxativamente fixados na Parte Geral. De decadência, os fixados em cada caso, em complemento de cada artigo, tanto na Parte Geral como na Especial. Optou ainda o Projeto pela solução terminológica

da prescrição da pretensão, ao invés da ação, por coadunar-se com a melhor posição do Direito Processual, em que resulta superada a teoria da ação como projeção de direitos subjetivos.

4. Em magna conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, em 1973, o culto Prof. *Moreira Alves* justificou as inovações estruturais da Parte Geral, enfatizando estas outras modificações:

4.1. Salientou o tratamento dos direitos da personalidade e o mais alongado que se emprestou às associações.

4.2. Destacou a disciplina da representação, distinguindo-se a legal da convencional.

4.3. Em matéria de defeitos do negócio jurídico, chamou a atenção para a introdução das figuras da lesão e do estado de perigo.

4.4. Deu relevo à distinção que se traçou entre negócio jurídico e ato jurídico lícito.

4.5. Lembrou, ainda, no tocante capacidade de fato das pessoas físicas, a incapacidade absoluta por causa transitória, assim prevista na Revisão do Anteprojeto, abrangendo casos de pessoas que, por causa transitória, sofram de perturbação de ordem mental, que não configurem propriamente moléstia, ou, em decorrência de amnésia ou força hipnótica, não possam celebrar negócio jurídico. Enquadra-se, aí também, a hipótese de pessoa atacada de paralisia geral que não lhe causa perturbação de ordem mental e não possa falar.

4.6. Alterou-se, *pari passu*, disposição sobre curatela, para declarar que esta incapacidade por causa transitória, a critério do juiz, nem sempre exige nomeação de curador. Bastaria, muitas vezes, o administrador de bens, desnecessária a interdição.

5. Ressaltou ainda o preclaro mestre a inclusão de normas acerca do valor do silêncio, da fraude à lei e outras relativas a alguns meios de provas antes não cogitadas, bem assim a proteção a direitos eventuais, não só quando fosse suspensiva a condição, mas, igualmente, resolutiva, ensejando a prática de atos conservatórios.

Tramitação na Câmara dos Deputados

6. Nesta Casa legislativa recebeu o Projeto um total de 1.063 Emendas, das quais 303 à Parte Geral, sendo que destas apenas 23 receberam parecer favorável do Relator Geral da Comissão Especial, Deputado *Ernany Sátiro*.

Dentre as que tiveram seu acolhimento recomendado, constam as pertinentes às seguintes matérias: à incapacidade relativa, eman-

cipação, direitos da personalidade, sucessão provisória, domicílio, bens imóveis, invalidade dos negócios jurídicos em geral, dolo, ato ilícito e prescrição.

Falhas e críticas do Anteprojeto

7. Em alentado trabalho sobre a matéria, publicado na "Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros" n.º 20, o emérito civilista brasileiro, Prof. *Caio Mário da Silva Pereira,* deteve-se na análise de todo o Anteprojeto, tecendo as críticas a seguir expostas, no que respeita à Parte Geral. Principia por asseverar que desmerece as reformas pretendidas: "Numa visão de conjunto, repete a Parte Geral que Clóvis Bevilaqua redigiu em 1899, sem as graças do estilo de 1916. Aponta a tendência acanhada ou tímida de suas soluções. E as três grandes novidades que se proclama conter não o são. Destarte, os direitos da personalidade já vinham tratados no Projeto de 1965.

A doutrina do negócio jurídico lá também fora versada, com base na doutrina alemã do *Rechtsgeschäft (Enneccerus, Oertmann).* Sobre a representação, por igual, se dispôs naquele Projeto, à semelhança do Código Civil Italiano de 1942, como ensinado por seus doutrinadores *(Ruggiero* e *Maroi).*

8. Arrola o mestre outras imperfeições:

8.1. Preceitua o artigo 110 do Projeto que "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que o sentido literal da linguagem". Segundo o Prof. *Caio Mário,* melhor é o texto do artigo 85 do Código atual, espelhando inclinação pela *Willemstheorie,* em contraposição à da *Erklärungstheorie,* a saber: "Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem". A seu pensar, cristaliza-se aí uma integração ética da vontade, que recebeu consagração da doutrina, aplicação da jurisprudência e reflete elegância de estilo. Indaga: mudar apenas pela mudança ou para corresponder à teoria da declaração?

8.2. No artigo 128 do Projeto, se dispôs: "ao titular de um direito eventual nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido exercer os atos destinados a conservá-lo". Conforme o artigo 121 do Código vigente, tal só se dá, quando se trata de condição suspensiva.

Argumenta, pois, o Prof. *Caio Mário* que o Projeto se contradiz ao reputar eventual tal direito, quando tem em vista a condição resolutiva, porque, nesta, o titular exerce plenamente o direito desde logo, conforme, aliás, prescrito em seu artigo 125.

O Ministro *Moreira Alves*, refutando a crítica, na Exposição de Motivos do Projeto Revisto, esclarece que o preceito do Projeto dirige-se não ao titular do direito sob condição resolutiva, mas à parte a que retorna o direito, se se verificar a condição. Assim, no Código Civil Italiano, artigo 1.356.

8.3. No atinente ao erro, sustenta o Prof. *Caio Mário* haver o Projeto enveredado por doutrina perigosa, ao qualificar o erro substancial como o que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio. Há aí forte dose de subjetivismo deixada ao Juiz, indesejável na interpretação da lei, máxime em matéria de erro, que deve ser aferido em função do agente. Haveria, entretanto, de indagar-se se o Projeto se orientou pela doutrina da cognoscibilidade, acolhida no Código Civil Português.

8.4. Acrescenta ainda o jurista mineiro haver-se adotado fórmula rebuscada para definir o erro de direito, nestes termos: "Quando, sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o móvel único ou principal do negócio jurídico".

Ora, impugna o Prof. *Caio Mário*, erro não é o móvel único ou principal da declaração de vontade. Móvel desta é o objetivo de adquirir, resguardar, transferir ou modificar ou extinguir direito. Melhor, portanto, seria estabelecer: "O erro de direito pode viciar a vontade, quando haja influído decisivamente em sua declaração, e não importe recusa à aplicação da lei".

8.5. No que tange ao dolo do representante, o Projeto distingue a representação legal da convencional. Na primeira, limita a responsabilidade do representado ao proveito auferido. Na segunda, condena-o a responder solidariamente com o representante pelos danos causados. Não é como se prevê no Código Civil, que não distingue a respeito e onde o limite da responsabilidade e o do proveito auferido. Exemplifica: o mandatário age abusivamente e com malícia, contrariando os poderes recebidos. Age com dolo com referência ao terceiro. O mandante, neste caso, de acordo com o Projeto, fica sujeito ao desfazimento do ato e ainda vai responder por danos, o que se atrita com os princípios dos efeitos da culpa: cada um responde pela sua *(unuscuisque sua culpa nocet)*.

8.6. Comina ainda o Projeto a nulidade do negócio jurídico, quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa. Refuta o Prof. *Caio Mário:* ou a lei foi infringida, ou não foi. Em caso afirmativo, o ato poderá ser nulo, se a lei não fixar sanção diferente. Em caso negativo, o agente suportará outras conseqüências que não a nulidade.

Contesta o Ministro *Moreira Alves*, no Anteprojeto Revisto, a crítica, porque o dispositivo é alusivo a negócio *in fraudem legis*, não *contra legem*. O Projeto seguiu a solução dominante, de que o ato fraudulento é sempre nulo (Cita *Alvino Lima, A Fraude no Direito Civil*), porque *fraus omnia corrumpit*.

8.7. Em torno da terminologia ato jurídico lícito, aduz o Prof. *Caio Mário* ser o ato jurídico sempre lícito. O ilícito a ele se contrapõe. A liceidade é requisito essencial ao ato, ínsito a ele. Como está no Projeto, a seu ver, erigem-se dúvidas quanto à mudança de conceito que houvesse pretendido o legislador na matéria. Aduz que, a admitir-se aquela conceituação, seria de falar-se em casamento lícito e ilícito, como se tal fora possível.

O Ministro *Moreira Alves,* no Anteprojeto Revisto, rebateu a crítica, alinhando que todo ato que produza efeito jurídico é jurídico. Por igual, o ilícito. Neste rumo, a lição de juristas alienígenas, dentre os quais *Bekker, Enneccerus, Arndts, Buggiero-Maroi, Gropali* e o próprio *Regelsberger.* Desenvolvendo melhor o tema, na conferência antes referida, classifica o ato jurídico em três espécies: negócios jurídicos, atos jurídicos em sentido estrito (quase negócio jurídico ou atos jurídicos assemelháveis a negócio jurídico) e uma terceira espécie.

Na primeira categoria, o efeito decorre diretamente da vontade. Na segunda, a vontade não é considerada no mesmo grau que na primeira, *v.g.,* na ocupação, em que a vontade é levada em conta apenas para que se verifique se o ato pelo qual alguém se apossa de uma coisa sem dono traduz a vontade e a consciência de tornar-se proprietário da coisa. Torna-se suscetível, por conseguinte, de ser praticado por uma criança.

Na terceira espécie, em que enquadra, por exemplo, a invenção, a lei não exige a vontade negocial nem a intenção, contentando-se com o ato material do achado, de encontrar-se o tesouro, o que se admite viável para o louco.

Em conclusão, a primeira espécie constitui o negócio jurídico, caracterizando as duas últimas os atos jurídicos lícitos, a que se aplicam disposições do negócio jurídico, no que couber.

8.8. Em sede de responsabilidade civil, segundo o Prof. *Caio Mário,* o Projeto repete basicamente o artigo 159 atual, incidindo no mesmo erro deste Código, ao não unificar os princípios atinentes ao tema, definindo a culpa na Parte Geral e estendendo o dever de ressarcimento para além desta, na Parte Especial.

8.9. Relativamente ao abuso do direito, acoima o mestre de acanhado e tímido o texto do Projeto que dele se ocupa (art. 185), nestas expressões: "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". No pensamento do jurista mineiro, o abuso de direito é mais amplo do que os limites que nesta redação se lhe impõem. Reitera a solução de seu Projeto, ao definir que "aquele que manifestamente abusar de seu direito será obrigado a reparar o dano que a outrem causar". Argumenta que a jurisprudência e a doutrina se encarregaram de ampliar aquele restrito conceito.

8.10. No que toca à prescrição, ainda consoante o Prof. *Caio Mário*, o Projeto ignora a doutrina moderna de que, assente o conceito de prescrição na "pretensão utilmente invocável em juízo", não começa a correr enquanto o interessado não pode fazer valer seu direito. Não haveria, ainda, cogitado da imprescritibilidade das faculdades legais nem dos direitos indisponíveis.

Salienta, todavia, a utilidade da simplificação dos prazos, que, afora a *praescriptio longi temporis* (10 anos), passam a ser apenas de 1, 3 e 5 anos, salvo para as ações relativas à tutela (4 anos). Acresça-se, por oportuno, que a prescrição só se interrompe uma vez, inclusive pelo protesto cambial.

8.10.1. Com relação à decadência, o Projeto, porém, no dizer do Professor, não consigna princípio já integrado no Direito positivo (Decreto-lei n.º 6.790, de 15-8-44), que considera exercido o direito se o interessado promove medidas hábeis a efetivar-se a instância, na forma da lei processual.

8.10.2. Quanto à prova, critica a redação do artigo 211 (confissão), parágrafo único do art. 219 (prova de instrumento particular) e a eficácia conferida à prova mediante reproduções fonográficas, cinematográficas etc., para a qual sugere caráter subsidiário, se não aceita pelo interessado.

Outras observações

9. A par das já destacadas, das quais algumas ora serão enfatizadas, registraríamos ainda as seguintes:

9.1. Em matéria de *incapacidade absoluta*, adotou-se o critério da falta de discernimento derivada de enfermidade ou retardamento mental para determiná-la (art. 3.º, II), em lugar da expressão "loucos de todo o gênero", tradicional, agasalhada pelo Código Civil, ao invés de "alienados de qualquer espécie" *(Clóvis)*.

Era aquele, o da falta de discernimento, por igual, o critério do Projeto do Prof. *Orlando Gomes* (art. 6.º).

9.2. Relativamente também à incapacidade absoluta, resulta determinada para os que, ainda por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (art. 3.º). Em decorrência, por exemplo, de paralisia geral etc., como já se expôs, não se configurando hipótese de interdição. Embora louvável o propósito da solução, à vista dos casos que pretende contemplar, é de perquirir-se se não haveria risco de excessiva amplitude do dispositivo diante de fatores inibitórios passageiros do agente, abrindo-se ensejo a que acabasse por ser externada vontade que não corresponderia à sua.

9.3. Sobre a *incapacidade relativa,* inscrevem-se como incapazes os que, por fraqueza mental, tenham o discernimento reduzido (art. 4.º, II). No primeiro Anteprojeto, falava-se de "fraqueza de espírito"; no Revisto, de "fraqueza da mente".

Qual o critério para caracterizá-la? Traduz-se por expressão vagas ou concretas, que permitam objetividade em sua verificação, na Psiquiatria? Não se proporia, a igual, o risco de se tomarem paradigmas isolados, de enfoque meramente subjetivo, incompatíveis com a segurança que se requer em matéria de incapacidade de ordem pública. Diante da dificuldade de determinação de situações transitórias, de precisar-se o exato limite para a redução de discernimento, não seria conveniente fixar-se apenas o princípio da anulabilidade do ato, quando ocorresse incapacidade mental, notória ou conhecida do declaratório (art. 257 do Código Civil Português)?

9.4. Frise-se a boa iniciativa de se considerarem relativamente incapazes os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo (art. 4.º, III).

9.5. Com respeito aos *direitos da personalidade* (arts. 11 a 19), qualificam-se de irrenunciáveis, intransmissíveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária. Pode-se requerer a cessação da ameaça ou lesão, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções.

Prevê-se a possibilidade de dispor a pessoa do próprio corpo, gratuitamente, com objetivo científico ou altruístico, para depois da própria morte. Finca-se o direito de não se submeter a tratamento médico e à intervenção cirúrgica com risco de vida. Consagra-se o direito ao nome.

Seguiu o Projeto, nesta parte, as linhas do Projeto Orlando Gomes, cuidando-se de tema que já restara consagrado nos Códigos suíço, grego, egípcio, japonês, italiano e português. Trata-se de categoria que recebeu a influência do jusnaturalismo, melhor compreendida como tendo por objeto manifestações ou projeções da personalidade humana, e se desenvolveu ante a iminência de hipertrofia do Estado e do avassalador progresso técnico e científico.

Eis por que é de reputar-se boa e de toda conveniência, nos dias que correm, a emenda acatada no parecer do Relator Geral da Câmara dos Deputados, que resguarda a proteção da intimidade ("o direito de estar só", na feliz expressão do Professor *Mota Pinto*), em termos que releva transcrever:

> *"Art. — 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."*

9.6. No que respeita às associações, revela-se boa a possibilidade de sua dissolução por *desvio da pessoa jurídica,* quando ser-

vir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos ou abusivos, a requerimento de qualquer dos sócios ou do M.P. (art. 48), respondendo os bens pessoais do administrador ou representante que dela se utilizou de modo abusivo, conjuntamente com os da pessoa jurídica. Poder-se-ia, inclusive, ter ido mais além.

Percebe-se aí reflexo da moderna teoria da transparência da pessoa jurídica, assim como do abuso da forma, que não se reduz à simulação e se insinua quando um modelo jurídico é utilizado sem correspondência com a substância econômica subjacente, ou seja, a essência íntima do negócio, com prejuízo para terceiros. Citem-se como exemplos casos de evasão fiscal.

9.7. Quanto às *fundações*, passam a só poder constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência (par. ún. do art. 90). Se, por um lado, denota-se razoável a norma na medida em que procura recolocar a fundação na ambiência em que surgiu, de outro, impor-se-ia não fosse olvidada, expressamente, a finalidade científica, destacadamente a de pesquisa, área em que tem vicejado com louváveis resultados. De outra parte, não seria, igualmente, de ignorar-se a fundação, hoje tão comum, com fins de seguridade social, constituída no âmbito de grandes empresas para seus funcionários.

9.8. Adotou-se a regra do *domicílio* profissional: "É também domicílio da pessoa física, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida" (art. 70). Acaba com a equiparação, para efeito de domicílio, entre residência com ânimo permanente e centro de ocupação habitual, como admite o Código Civil no artigo 32. Prevê-se o domicílio profissional, entretanto, só para questões adstritas à profissão, remanescendo o geral para o lugar onde a pessoa resida com ânimo de permanência.

Má, porém, se apresentava a redação do parágrafo único do artigo 72 do Projeto com referência à prova da intenção de mudança do domicílio, falando em pessoa mudada, ora corrigido na Câmara. Continua vetusto, contudo, em sua primeira parte, ao aludir à declaração da pessoa às municipalidades como prova daquela intenção, prática de que não se cogita nos grandes centros e praxe já abandonada nas menores comunas, além do que excessivamente burocratizante.

9.9. Com pertinência aos *bens*, afora as definições constantes nos artigos 77 a 101 (imóveis, fungíveis, consumíveis, singulares), umas por exclusão de outras, anote-se o conceito de pertença dentre os reciprocamente considerados, assim conceituadas: "São os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, serviço ou aformoseamento de outro" (art. 81). Estabelece-se, mais adiante, no artigo 92, que os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso. Citem-se como exemplos as molduras

em relação aos quadros, a estátua colocada para ornamento no nicho, os animais destinados à cultura, em geral, os imóveis por destinação, categoria exalçada por *Ruggiero.* Não se compreendem, em regra, na alienação da coisa principal.

Define, ainda, o Projeto as universalidades de fato e de direito (arts. 88 e 89), deixando entrever a possibilidade de existência de patrimônios separados.

9.10. O *negócio jurídico,* "declaração de vontade do indivíduo tendente a um fim protegido pelo ordenamento jurídico", na singela e completa definição de *Ruggiero,* de elaboração da doutrina alemã *(Rechtsgeschäft),* logrou aceitação na italiana e consagração em diploma como o Código Civil Português, constando ainda do Projeto anterior do Código de Obrigações.

Justificável sua inclusão no Projeto para que se extremasse dos atos jurídicos em sentido estrito (denominação empregada por *Soriano Neto, Pontes de Miranda, Vicente Ráo, Orlando Gomes* e *José Paulo Cavalcanti*), em que os efeitos não decorrem diretamente da vontade, como exposto pelo Ministro *Moreira Alves.* Mas, daí a classificar estes últimos na categoria de atos jurídicos lícitos, como se pudesse havê-los ilícitos, vai certa distância, medida pela receptividade ou rejeição do organismo jurídico.

No plano da pura Dogmática, haveria que se admitir, então, os negócios jurídicos ilícitos, posto que também produzem efeitos, conquanto não os desejados, com o que concorda o Ministro *Moreira Alves.* Mas, não ressoa bem na acústica de nossa tradição jurídica essa terminologia, repercutindo como palavras que *hurlent de se trouver ensemble.*

Aliás, o Código Civil Português, cujo artigo 295 o Projeto reproduz, em parte, no artigo 183, fala apenas em atos jurídicos que não sejam negócios jurídicos, para mandar que se lhes aplique, no que couber, o regime destes. Por que tanto inovar, então?

Em candente crítica, o Prof. *José Paulo Cavalcanti,* de Recife (*Sobre o Projeto do Código Civil: Exposição ao Instituto dos Advogados Brasileiros,* 1978, págs. 32 e segs.), tacha de pretensioso e inútil o artigo 183, ao cuidar dos atos jurídicos lícitos. Primeiro, porque, em diversidade conceitual, não se distinguem dos negócios jurídicos com fundamento em nada que esteja por fora da vontade. Depois, cumpria ao Projeto estabelecer a disciplina da figura supostamente autônoma, o que não fez, e, ao invés de remeter à uma aplicação analógica dos preceitos relativos ao negócio jurídico — o que seria também desnecessário, por ser a analogia um critério legal genérico de integração das lacunas da Lei —, pelo menos que dissesse quais as normas referentes àquele negócio que não se aplicam.

Vê-se quão questionável é o tema.

9.11. Reitere-se a disposição acerca da *reserva mental* (art. 108), de que implica a insubsistência da manifestação de vontade, salvo se o destinatário tinha conhecimento de não querer seu autor o que manifestou.

9.12. Bom o tratamento, em separado, da *representação,* como já constava do Projeto de Código de Obrigações anterior, só que, ao deixar a disciplina para o mandato da voluntária, neste não se cuidou do mandato sem representação, como se este contrato se circunscrevesse ao representativo, o que hoje já é pacificamente afastado pela doutrina e já figurava no Código Civil Alemão, como bem salienta a Prof.ª *Regina Gondim* em conferência sobre "Novas Diretrizes do Direito Civil Brasileiro" ("Cadernos de Direito Privado da UFF" n.º 1, pág. 33).

No capítulo da representação, dispõe o Projeto ainda sobre o *contrato consigo mesmo* (art. 115 — *Selbstvertrag* do Direito Alemão), preceituando ser anulável, salvo se o permitir a lei ou o representado, o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo. Boa a prescrição.

Não cogitou, todavia, da teoria da aparência aqui, em proteção e homenagem aos terceiros de boa fé, quando poderia e talvez conviesse fazê-lo.

9.13. Em matéria de *defeitos do negócio jurídico,* já se assinalou a admissibilidade do *erro de direito,* com os limites previstos (art. 137, III), e que já vinha consagrado em Projetos anteriores, inclusive o de Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas, do Prof. *Haroldo Valladão,* e já se insinuara em nosso Direito no casamento putativo.

Assinala-se, por oportuno, interessantes disposições em sede *coação de terceiros* e *fraude contra credores,* nesta permitindo-se ao adquirente do bem o depósito do preço real em juízo, para não devolver a coisa (art. 157).

Boa a introdução ainda das figuras do *estado de perigo* e da *lesão,* ambas constantes do Projeto anterior.

Com efeito, o primeiro não se confunde com a coação, visto que o razoável temor sob que praticado o ato é provocado por um perigo natural ou por fato humano estranho (naufrágio, terremoto, guerra), propiciando a anulação do negócio. É um reflexo, nas relações de direito privado, do estado de necessidade *(Ruggiero).*

No que respeita à lesão, sustentada por insignes juristas que sobrevive em nosso ordenamento jurídico na Lei de Economia Popular (Lei n.º 1.521/51, art. 4.º — *Caio Mário da Silva Pereira*), de raízes no Direito pré-codificado, corresponde à chancela de ética inspiração, por ensejar o desfazimento do ato em que alguém, sob pre-

mente necessidade, ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. Repudia o dolo de aproveitamento.

9.14. Em tema de *nulidade*, deve-se observar haver a simulação, "manto diáfano que encobre a realidade" *(Galvão Telles)*, hoje defeito que ocasiona sua anulação, sido elevada à causa de nulidade do negócio simulado, subsistindo o dissimulado, se válido for na forma e substância (art. 165). Assim, no Código Civil Alemão e no Português. Contudo, em decorrência, desaparece a boa regra do artigo 104 atual, que veda aos simuladores requerer a anulação do ato um contra o outro, ou terceiro, em atenção ao princípio de que a ninguém é lícito invocar sua própria torpeza, quando a bilateral continua coibida em caso de dolo (art. 148).

Anotem-se ainda a nulidade do negócio, quando o *motivo determinante*, comum às partes, for ilícito (art. 164 — fim comum às partes do Código Civil Português, art. 281), a possibilidade de *conversão* do ato em outro (art. 168), de acordo com a vontade hipotética das partes, consoante o princípio de aproveitamento dos atos jurídicos e sua redução (art. 182). E o emprego do termo confirmação (art. 170), ao invés de ratificação, do ato anulável, mais técnico, como já figurava no Projeto de Obrigações.

9.15. Em sede de *ato ilícito*, consignada a crítica do Prof. *Caio Mário*, é de louvar-se a proclamação expressa do ressarcimento do *dano moral*, em si e por si, hoje inclusive com c caráter de apenação do ofensor no Direito europeu.

Contudo, se os autores do Projeto quisessem realmente inovar, deveriam ter aprimorado a norma para fixar a obrigação de indenizar não só quando se viola direito de outrem, mas qualquer disposição legal destinada a proteger *interesses alheios*, que, uns e outros, nem sempre andam juntos na previdente normação do artigo 483 do Código Civil Português e orientação da moderna doutrina.

9.16. No concernente ao *abuso de direito*, reproduz o artigo 175 do Projeto o preceito do artigo 334 daquele Código, ao proscrever o exercício de um direito, por ilegítimo, quando seu titular exceder os limites impostos pela boa fé, bons costumes ou pelo fim econômico do mesmo. Retrata-se aí a noção objetiva do abuso, respeitante, nas palavras do Prof. *Manoel de Andrade* (*Teoria Geral das Obrigações*, pág. 63), aos direitos "exercidos em termos clamorosamente, ofensivos da justiça".

9.17. Em torno da *interpretação das declarações de vontade*, se o Projeto ainda desejasse inovar, desapegando-se do texto do artigo 85 do Código Civil, poderia seguir a moderna doutrina da impressão do declaratório, na concepção de que o negócio jurídico é mais um ato social do que exclusivamente voluntário, agasalhada no artigo 236 do Código luso. Na lição do eminente Prof. *Galvão Telles*, a declaração, que se desliga do agente e é lançada no mundo exte-

rior, despersonaliza-se, entra no comércio jurídico e alcança um sentido objetivo. Parece razoável entendê-la como a entenderia o seu destinatário, se fosse um homem de qualidades médias (Manual dos Contratos em Geral n.º 179, pág. 356). Propugna-se esta tese a bem da segurança das relações sociais.

Boa, todavia, a regra, já constante do Projeto do Prof. *Caio Mário,* de que devam interpretar-se os negócios jurídicos, segundo a boa fé objetiva (art. 111), reiterada no artigo 421, no que diz com os contratos, em cuja conclusão e execução deverá observar-se ainda o princípio da probidade. Constante dos artigos 239 e 157 do Código lusitano, corresponde à fórmula *Treu und Glauben* do BGB, desenvolvida na jurisprudência alemã. Traduz a assertiva de *Larenz* de que "a confiança é a base ética imprescindível das relações humanas" *(apud Rui de Alarcão).*

A oportunidade de um código

10. O movimento em prol das codificações teve como respaldo filosófico, esclarece-o *Ferrara* (*Trattato di Diritto Civile Italiano,* pág. 163), o advento da escola de direito natural, com origem na França e raízes na Antigüidade. Parte da compreensão de um direito ditado pela razão humana, universal e justo, que vale para todos os homens e deve informar todas as instituições políticas e sociais.

Tornava-se imperioso, portanto, compendiar as normas elaboradas pela razão.

11. Contudo, a evolução histórica demonstra que, se o revestimento da fórmula é obra do engenho do jurista, seu conteúdo é plasmado pelos valores econômicos e sociais subjacentes, a par dos princípios absolutos imanentes. Neste sentido, fora, com as ressalvas próprias, o posicionamento da escola histórica.

12. Há, destarte, quem, como o emérito Prof. *Haroldo Valladão, in* trabalho sobre "A Reforma do Código Civil", 1975, advogue a elaboração de diplomas separados, como um Código de Família, de Direitos Reais, de Obrigações, mais dúcteis e suscetíveis de serem alterados, sob a diretriz do que chama a *maior desconcentração dos Códigos Civis* do século XIX. Cita exemplos do México (Lei das Relações de Família), Suécia, URSS, Polônia (Código de Família), Iugoslávia (Lei básica sobre casamento, adoção, relações entre pais e filhos, e sucessão), Tchecoslováquia, RDA, Bolívia (Código de Família) e Tunísia (Código sobre Direitos Reais e Lei sobre Obrigações). Sustenta que a idéia de um Código Civil magno, integral, no estilo napoleônico, tende a desaparecer. Propõe sua substituição por Códigos ou leis especiais, da Família e das Sucessões, da Propriedade Urbana, Rural ou Agrária, das Obrigações Civis ou Comerciais, das Sociedades Comerciais, das Empresas, dos Títulos de Crédito.

13. Anote-se ainda o risco de elaborar-se um Código sem que estejam plenamente divisados os rumos da evolução social e defi-

nida a organização política do País. Lembre-se o exemplo de Portugal, onde, com o advento de nova Constituição, viu-se o legislador obrigado a proceder a alterações várias no Código Civil, de longa e amadurecida elaboração. A propósito da íntima vinculação entre um Código destinado a regular as relações de ordem privada de um povo e sua estratificação política, evoque-se a observação do eminente Desembargador *Oscar Tenório* em conferência sobre "Napoleão e o Código Civil" ("Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara", vol. 22), de que as grandes codificações civis do século XIX, a da França, a da Itália e a da Alemanha, foram atos políticos que visavam à unidade. Uma ordem civil tendo por base uma ordem política foi a tese — esclarece o Desembargador — enunciada por *Portalis* na Exposição de Motivos do Código gaulês, ao enfatizar que as leis transitórias publicadas durante a Revolução francesa se assemelhavam a "pilastras flutuando no meio de um mar tempestuoso".

14. Não se recomenda, assim, a aprovação de um Código Civil, sem que seja precedida do mais amplo debate nacional, que ora se impõe renovar, em atendimento ao sereno, modesto e democrático conselho de *Teixeira de Freitas*, nas sábias palavras cravadas na capa de seu Esboço, oportunamente lembradas pelo Prof. *Haroldo Valladão:*

Quod omnes tangit ab omnibus debet approbari — O que a todos interessa por todos deve ser aprovado.

ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

Osvaldo Hamilton Tavares

Sumário

I — A Elaboração do Projeto. II — A Unificação do Direito Privado. III — Estrutura do Projeto. IV — Da Parte Geral do Projeto. V — Direito das Obrigações. 1) Aspectos da Teoria Geral das Obrigações. Considerações Gerais. Visão topográfica. 2) Inovações na teoria geral das obrigações contratuais e na estruturação dos contratos. 3) Normação das obrigações extracontratuais. Inovações. VI — Direito de Empresa. 1) Regime Jurídico do empresário e estrutura positiva das sociedades. 2) O Estatuto do Estabelecimento e outras inovações. VII — Direito das Coisas. 1) Visão topográfica da nova sistemática. 2) A posição sistemática da descoberta e aspectos da aquisição da propriedade mobiliária. 3) O problema da normação da propriedade imaterial. 4) A superfície e outros desmembramentos da propriedade. 5) Direitos reais de garantia. VIII) Direito de Família. IX — Direito das Sucessões

I — *A Elaboração do Projeto*

Uma douta comissão de juristas, supervisionada pelo Professor Miguel Reale e composta dos Professores Moreira Alves (parte geral), Agostinho Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Atividade Negocial), Ebert Chamoun (Direito das Coisas), Clovis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões), desincumbiu-se de honrosa missão, apresentando ao Ministro da Justiça novo anteprojeto de Código Civil.

O anteprojeto foi remetido pelo Sr. Presidente da República ao Congresso Nacional, através da Mensagem n.º 160 (1975) e publicada no Diário do Congresso Nacional (suplemento n.º 061), em 13 de junho de 1975. Ali foi classificado como Projeto de Lei n.º 634, de 1975.

Na Câmara dos Deputados, onde primeiro foi discutido e votado, foi o projeto de lei aprovado, sendo publicada sua redação final no Diário do Congresso Nacional de 17 de maio de 1984 (suplemento ao n.º 047).

Remetido o projeto ao Senado Federal, lá se nomeou comissão especial para estudá-lo, encontrando-se em tramitação.

Esperemos os seus trabalhos.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 22 (2ª Fase), jul./dez. 1985, p. 103-125.

II — *A Unificação do Direito Privado*

O projeto, na esteira da proposição feita por Teixeira de Freitas em 1867 (Código Civil — Esboço, Ministério da Justiça, Rio de Janeiro, 1952), representa a segunda manifestação concreta de tentativa de unificação do direito privado feita no Brasil.

Propõe o direito constituendo a unificação formal do direito privado, disciplinando, num mesmo código, as matérias civil e comercial, como se procedeu na Itália, com o Código Civil de 1942.

Assim sendo, vingando o projeto, desaparecerá a autonomia formal do Direito Comercial no Brasil, pois entrando em vigor o futuro Código Civil ficarão revogadas a Parte Primeira do Código Comercial, de 25 de junho de 1850, e toda a legislação mercantil abrangida pela nova lei, ou com ela incompatível. Mas, sem dúvida, continuarão os comercialistas a defenderem a autonomia substancial do Direito Comercial, em correspondência às forças e relações sociais da multifária vida mercantil.

De qualquer forma, não se pode englobar em um texto único a matéria toda de Direito Comercial (falência, concordata, títulos cambiários, transportes marítimos e aeronáuticos, a propriedade industrial etc.). A legislação mercantil é maior e mais dispersa do que qualquer outra. Verifica-se, destarte, uma multiplicidade de leis sobre uma variedade de matérias heterogêneas, às vezes sem qualquer afinidade de conteúdo. Aliás, já declarava o Professor *Conrad Cosak,* da Universidade de *Munich,* que o Direito Comercial é um conjunto de normas extremamente fragmentário; e o fragmentarismo é, sem dúvida, uma das características do Direito Comercial, que o diferencia dos demais ramos do Direito.

Por isso, a dificuldade da codificação mercantil está, a nosso ver, na quantidade de material a ser empregado na sistematização em texto único.

Por outro motivo, também não pode a vasta e variada matéria comercial ser cristalizada em um código único. Com efeito, não é suscetível de codificação o direito comercial pela sua natureza, ante as relações jurídicas que regem e a flexibilidade das normas, de que necessitam as atividades mercantis.

Por tudo isso, o projeto de codificação civil reúne apenas os dispositivos de Direito Comercial que apresentam maior estabilidade e generalidade das normas fundamentais. Devem, portanto, permanecer em estatutos separados, com normação especial, vários institutos que atualmente fazem parte do Direito Comercial, como a falência, as concordatas, a propriedade industrial, os títulos cambiários, os transportes marítimos e aeronáuticos, as sociedades anônimas etc.

III — *Estrutura do Projeto*

Com raízes na tradição jurídica de nosso país e na linha do B.G.B. *(Bugerliches Gesetzbuch)* e de outros Códigos contemporâneos, o Projeto de codificação civil tem uma Parte Geral e uma Parte Especial.

A Parte Geral apresenta os princípios fundamentais da Teoria Geral do Direito ajustáveis ao Direito Civil e referentes às pessoas físicas e jurídicas (sujeitos de direitos), aos bens (objeto do direito) e aos fatos jurídicos, como forças geradoras e extintoras do direitos.

O anteprojeto do jurisconsulto Orlando Gomes, entregue ao Governo em 31 de março de 1963 e contendo 963 artigos, suprimia a Parte Geral que existe no vigente diploma civil. O ilustre Professor da Universidade da Bahia incorporou as normas que ali se acham nos livros dedicados ao Direito de Família, aos Direitos Reais e ao Direito das Sucessões.

Também Caio Mario da Silva Pereira e, anteriormente, o Ministro Hahnemann Guimarães propugnaram *à outrance* pela supressão daquela parte da lei civil.

A Parte Geral dos Códigos Civis é criação original e autêntica dos pandectistas germânicos. Nela se disciplina o direito subjetivo e seus elementos, delineando as normas relativas ao sujeito de direito, ao objeto de direito e aos fatos jurídicos, como regras de aplicação comum a qualquer relação jurídica.

Não poucas virtudes tem uma Parte Geral na sistemática de um Código Civil e, por isso, a Comissão Elaboradora e Revisora do Projeto dela não prescindiu.

A Parte Especial encerra as relações jurídicas de caráter específico, e não genérico. Na Parte Especial, o Direito Civil é classificado por instituições. A classificação dessas instituições jurídicas em espécie, segundo um critério sistemático, é exigência de boa técnica legislativa.

Classificando o Direito Civil por instituições específicas, a Parte Especial se desdobra em cinco livros. O Livro I é dedicado ao Direito das Obrigações; o Livro II cuida do Direito de Empresa; o Livro III é reservado ao Direito das Coisas; o Livro IV é consagrado ao Direito de Família, e, finalmente, o Livro V, ao Direito das Sucessões.

Abre-se a Parte Especial do Projeto com o Direito das Obrigações. Inverteu, assim, a ordem das matérias do Código de 1916, que tem começo pelo Direito de Família. Adota-se, portanto, o método do B.G.B. *(Bugerliches Gesetzbuch)*, código de grande perfeição técnica, que entrou em vigor a 1.º de janeiro de 1900. Pelo seu minucioso rigor sistemático, melhor é o critério do Projeto. Senão vejamos:

O Direito das Obrigações interliga a Parte Geral do Código Civil (noção do direito subjetivo e seus elementos) com as instituições jurídicas específicas incorporadas no Direito das Coisas, Direito de Empresa, Direito de Família e Direito das Sucessões. Assim, as obrigações devem ser disciplinadas logo depois da Parte Geral, porque estão coordenadas sistematicamente com a normação dos fatos jurídicos, enquadrada naquela e na Parte Especial. Por isso, a ordem de classificação adotada pelo Projeto não só corresponde à ordem de apresentação histórica dos institutos de Direito Civil, como atende ao critério metodológico da complexidade crescente de *Auguste Comte*, partindo dos fatos mais simples para atingir os fenômenos mais complexos.

IV — *Da Parte Geral do Projeto*

O direito constituendo, em linhas gerais, mantém, na Parte Geral, a mesma estrutura do Código vigente, adotando, assim, os princípios tradicionais da Teoria Geral do Direito, sobre pessoas, como sujeitos de direitos (Livro I), sobre bens, como objeto de direito (Livro II) e sobre fatos jurídicos, como causas que geram ou extinguem direitos (Livro III).

O Livro I (Das Pessoas) se desdobra em três títulos, com as seguintes rubricas: das pessoas físicas, das pessoas jurídicas e do domicílio, este representando tema correlato daquelas.

O Título I (Das pessoas físicas), por sua vez, se subdivide em três capítulos, na seguinte ordem: da personalidade e da capacidade, dos direitos da personalidade e da ausência.

À denominação pessoa natural, tradicional no Direito Civil, o projeto preferiu o nome pessoa física, que apresenta maior conotação operacional nas aplicações práticas das regras jurídicas.

Foi afastada a impropriedade terminológica "loucos de todo gênero" do Código Civil vigente (art. 5.º, II). Abrangendo a categoria dos alienados e dos oligofrênicos, o projeto emprega as expressões "enfermidade ou retardamento mental" (art. 3.º, II).

Atualmente, a emancipação por outorga paterna pode ser feita por instrumento público ou particular, pois não há texto proibitivo do instrumento particular. Inovando, o projeto exige que a emancipação por outorga dos pais concedida por instrumento público independentemente de homologação judicial (art. 5.º, parágrafo único, letra *a*).

Além de instituir, entre nós, a emancipação pela existência de relação de emprego, o projeto mantém a emancipação pelo estabelecimento, com economia própria, mencionando a idade mínima de dezoito anos completos em que tal "estabelecimento" emancipará o menor (art. 5.º, parágrafo único, letra *e*).

O capítulo reservado aos "direitos da personalidade" veio enriquecer a Parte Geral. Nele se encontram várias normas relativas à ofensa do direito da personalidade (art. 12), à disposição do próprio corpo (art. 13) e do cadáver (art. 14), ao direito ao nome (art. 16) e à inviolabilidade da vida privada da pessoa física (art. 21).

Na nova ordem metódica na classificação das matérias e sua distribuição sistemática, o projeto enquadrou o instituto da ausência na Parte Geral, desdobrando-o nas três etapas sucessivas de Curadoria dos Bens do ausente, da sucessão provisória e da sucessão definitiva.

O Título II (Das Pessoas Jurídicas) compreende os capítulos referentes às disposições gerais, às associações e às fundações, dando o projeto tratamento mais sistemático e disciplina definida e clara à matéria.

São aqui novidades dignas de destaque o capítulo autônomo sobre as associações (arts. 53 a 61) e o inciso II do artigo 41, que defere a personificação de direito público interno aos territórios.

Também merece ser citado como inovação o artigo 43, que afirma a integral adoção da responsabilidade objetiva, já acolhida pelo artigo 107 da Constituição da República. A ação regressiva só é cabível quando tiver havido culpa ou dolo do agente da pessoa jurídica de direito público interno.

Outrossim, alterando profundamente os problemas decorrentes da personificação, o artigo 50, inspirado pelo estudo "Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica" ("Rev. dos Tribs.", 410/12), do Prof. Rubens Requião, consagra a doutrina do superamento da personalidade jurídica *(disregad legal entity)*.

O Projeto não introduz modificações substanciais no título dedicado aos bens. Apenas deslocou a posição sistemática do instituto do bem de família para a Parte Especial, no que foi criterioso e fundado nos ensinamentos do direito científico. Com efeito, o Professor Washington de Barros Monteiro já advertia que "mal colocado na Parte Geral se acha, evidentemente, esse instituto. Nela se estudam os elementos da relação jurídica, sujeito, objeto e fatos que determinam a origem, conservação e extinção dos direitos", para completar que "o bem de família é relação jurídica de caráter específico, e não genérico" e "seu lugar apropriado seria no direito de família, já que a finalidade do instituto é a proteção da família, proporcionando-lhe abrigo seguro" (*Curso de Direito Civil,* Parte Geral, 5.ª edição, Edição Saraiva, 1967, pág. 167).

Por fim, quanto aos fatos jurídicos, o Livro III se divide em cinco Títulos, com as seguintes rubricas: Do negócio jurídico, dos atos jurídicos lícitos, dos atos ilícitos, da prescrição e da decadência e da prova.

O Título do negócio jurídico, por seu turno, se desdobra em cinco capítulos: o primeiro reservado às disposições gerais, o segundo, à representação, o terceiro, à condição, ao termo e ao encargo, o quarto, aos defeitos dos negócios jurídicos e o quinto reservado à invalidade do negócio jurídico.

Alargando o campo de incidência dos defeitos dos negócios jurídicos, o projeto introduz o estado de perigo e a lesão.

O Projeto desenvolveu o instituto do estado de perigo no artigo 156. Entretanto, não se pode atribuir à expressão "pessoa da família", empregada pelo artigo 156, conceito muito amplo. Deve o conceito abranger apenas o ascendente, o descendente, o cônjuge ou o parente na linha colateral, em segundo grau.

Originária do direito romano, era a rescisão por lesão admitida só no contrato comutativo. A codificação filipina não desconheceu a existência da lesão, acolhendo-a com as mesmas características e efeitos jurídicos do direito romano.

O Código Civil vigente não contemplou a lesão no quadro de nossas instituições jurídicas. Entretanto, em face das contingências econômicas específicas do nosso século, a Lei n.º 1.521, de 26-12-1951, em seu artigo 4.º, letra *b*, procurando proteger o economicamente fraco em face do economicamente forte, lançou a semente para que fosse ressuscitada no Projeto a rescisão lesionária. *Nihil novum*...

Outrossim, ao disciplinar os atos ilícitos, o Projeto prevê, expressamente, a indenização do dano moral, como se verifica do artigo 186.

Finalmente, propondo alteração, o Projeto destacou a separação da prescrição e da decadência, dedicando-lhes capítulos autônomos. A doutrina brasileira sempre apontou numerosas hipóteses consignadas no artigo 178 do Código Civil como sendo típicos casos de caducidade de direito e não de prescrição liberatória. Entre outros, citem-se o prazo de dez dias para a anulação do casamento contraído com mulher já deflorada; prazo de quinze dias, contados da tradição da coisa, para a ação para haver abatimento do preço da coisa móvel recebida com vício redibitório ou para rescindir o contrato; prazo de um ano para a ação do doador para revogar a doação; ação rescisória etc. Entretanto, o Código Civil de 1916 não alude à decadência, mencionando apenas a prescrição.

O projeto faz distinção entre os dois institutos, estabelecendo que, "salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição" (art. 207).

V — *Direito das Obrigações*

1) *Aspectos da Teoria Geral das Obrigações. Considerações Gerais. Visão topográfica*

No Código vigente predomina critério empírico e meramente formal na distribuição da matéria obrigacional. Catalogando de maneira mais racional, os tipos de instituições jurídicas, o Projeto divide o Livro do Direito das Obrigações em dez títulos, com as seguintes rubricas: das modalidades das obrigações, da transmissão das obrigações, do adimplemento e extinção das obrigações, do inadimplemento das obrigações, dos contratos em geral, das várias espécies de contrato, dos atos unilateriais, dos títulos de crédito, da responsabilidade civil e das preferências e privilégios creditórios.

Trata-se, como se vê, de sistematização mais compreensiva e científica.

Atingem a várias dezenas as inovações do Projeto em matéria obrigacional, em face do que dispõe o Código Civil vigente.

Vamos apresentar essas inovações reunidas em grupos formados pelos institutos onde elas se concentram e que equivalem aos pontos nevrálgicos da ação reformista do Direito Civil.

No que tange ao setor das modalidades das obrigações, existe inovação do mais alto significado. O Código de 1916 inclui a cláusula penal entre as modalidades das obrigações. Mal colocado, assim, se acha esse instituto. A cláusula penal não é modalidade das obrigações. É ela relação jurídica que funciona como causa modificadora das obrigações. Por isso, como as perdas e danos, os juros legais e as arras ou sinal, o projeto de codificação a situa no Título "Do Inadimplemento das Obrigações", que é o seu *habitat* no campo da teoria geral do Direito das Obrigações.

Segue-se o título II, com a rubrica "da transmissão das obrigações", onde se registra o instituto da assunção de dívida paralelo à cessão de crédito.

Trata-se de inovação útil, que a moderna doutrina do direito obrigacional já havia assentado. Já disciplinada pelos códigos civis alemão, helvético e da Itália, o Projeto abriu as portas da sistemática obrigacional ao instituto da assunção da dívida.

Na definição de Orlando Gomes (*Obrigações*, Forense, 2.ª edição, 1968, pág. 256), assunção de dívida "é o negócio jurídico, em virtude do qual terceiro assume a responsabilidade da dívida contraída pelo credor originário, sem que a obrigação deixe de ser ela própria".

O Projeto, seguindo a doutrina dominante, distingue a assunção de dívida (arts. 299 a 303) da novação subjetiva passiva (art. 360,

II). Efetivamente, tratam-se de espécies diferentes. Opera a novação subjetiva passiva, exterminando a obrigação anterior. Isso não ocorre na assunção de dívida.

Ambas têm em comum a mudança do devedor; mas, enquanto na novação subjetiva passiva a relação obrigacional se extingue, na assunção de dívida a obrigação não fenece, conservando sua individualidade. Caracteriza-se, assim, a novação por sua feição negativa, eliminando a anterior relação obrigacional; notabiliza-se a assunção de dívida sem a eliminação da dívida anterior, operando apenas sucessão de novo devedor ao antigo.

O Projeto, como já vimos, dedica um Título ao tema do adimplemento e extinção das obrigações; é o título III. Esboçando critério de classificação menos extrínseco, subdivide-se o Título III em nove capítulos, na seguinte ordem: do pagamento, do pagamento por consignação, do pagamento com sub-rogação, da imputação do pagamento, da dação em pagamento, da novação, da compensação, da confusão, da remissão das dívidas.

O capítulo I (do pagamento), por sua vez, desdobra-se em cinco seções, com as seguintes rubricas: de quem deve pagar; daqueles a quem se deve pagar; do objeto do pagamento e sua prova; do lugar do pagamento; do tempo do pagamento.

O Código vigente, sem muito método e sistematização, enquadra a mora e o pagamento indevido na seção "do pagamento". Entretanto, sistematicamente mal colocados se encontram esses institutos.

O pagamento indevido nada tem a ver com o instituto do pagamento. Aliás, já Clóvis Beviláqua reconhecia o pagamento indevido como espécie de enriquecimento sem causa (*Direito das Obrigações*, 8.ª ed., 1954, § 37). Entretanto, incongruentemente, preferiu justificar a colocação do instituto do pagamento indevido no capítulo relativo ao pagamento.

Nítida a diferenciação entre as duas figuras jurídicas. No instituto do pagamento se faz sentir a força que extermina a obrigação. É o pagamento prestação por parte do devedor para extinguir a obrigação.

Por outro lado, opera o pagamento indevido, criando o direito em favor de quem sofre o empobrecimento. É, por isso, causa geradora das obrigações, sendo modalidade do enriquecimento ilícito.

Assim, não se justifica a permanência do instituto no capítulo referente ao pagamento, pois não se acomoda em nenhuma de suas categorias.

Os autores do Projeto, cuidando de apresentar um diploma escoimado de vícios de técnica legislativa e dentro de rigorosa estrutura sistemática, colocaram o instituto do pagamento indevido (arts.

878 a 885) no Título "dos atos unilaterais", onde recebeu adequado tratamento normativo, ao lado da promessa de recompensa, da gestão de negócios e do enriquecimento sem causa.

Outrossim, o Código Civil de 1916, que trata das obrigações em geral de maneira ostensivamente assistemática, colocou a mora no capítulo referente ao pagamento. Tal colocação é descabida, porque a mora é instituto relativo ao inadimplemento das obrigações. Aliás, Lacerda de Almeida já a conceituava como o injusto retardamento no cumprimento da obrigação (*Obrigações*, Rio de Janeiro, 2.ª ed., 1916, § 41).

No Projeto, havendo cuidado de classificação mais rigorosa da matéria, o instituto da mora foi enquadrado no Título dedicado ao "inadimplemento das obrigações", juntamente com os institutos referentes às conseqüências da mora e que são as perdas e danos, os juros legais, a cláusula penal e as arras ou sinal.

2) *Inovações na teoria geral das obrigações contratuais e na estruturação dos contratos*

No Título reservado aos Contratos em Geral, o Projeto, acolhendo a solução dada pelos praxistas lusitanos e brasileiros, admite a evicção da coisa arrematada (art. 447), sendo que por ela deve responder o devedor perante o arrematante evicto.

Outrossim, o Projeto alarga o campo das várias espécies de contratos, introduzindo institutos novos.

Faremos observações resumidas a respeito das inovações que existem no Projeto.

Com reduzido número de preceitos essencialmente novos, o texto do Projeto em grande parte reedita, às vezes com ligeiras alterações, os dispositivos do Código vigente a respeito do instituto da compra e venda.

Assim, no que tange à taxação do preço, elemento constitutivo do contrato de compra e venda, o Projeto, trazendo modelo jurídico da órbita do Direito Administrativo para o Direito Civil, proclamou que "é lícito às partes fixar o preço em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação" (art. 487).

Como cláusulas especiais à compra e venda, permanecem a retrovenda, a venda a contento e a preempção ou preferência, sendo que duas novas figuras jurídicas vieram enriquecer a matéria, como a venda com reserva de domínio e a venda sobre documentos. Esta última figura é a novidade digna de destaque e se conceitua da seguinte forma: "Na venda sobre documentos, a tradição da coisa é substituída pela entrega do seu título representativo e dos outros documentos exigidos pelo contrato ou, no silêncio deste, pelos usos" (art. 529).

Ao disciplinar as cláusulas especiais à compra e venda, do pacto de melhor comprador não cuida o Projeto. Entretanto, a retrovenda, instituto pouco utilizado e que se presta à agiotagem, foi mantida no Projeto. Trata-se de instituto que não tem grande voga entre nós e não haveria inconveniência na sua extinção, como já ocorreu no Código Civil da Romênia.

No Título consagrado às várias espécies de contrato, o Projeto é fertil em novidades e nele vamos encontrar o delineamento de novos institutos, como o contrato estimatório, a comissão, a agência e distribuição, a corretagem, o contrato de transporte, com regras especiais sobre o transporte de pessoas e o transporte de coisas.

O direito constituendo disciplinou o contrato estimatório como contrato típico, seguindo as linhas mestras do Direito Positivo Italiano. Pelo contrato estimatório, o consignante entrega bens móveis ao consignatário, que fica autorizado a vendê-los, pagando àquele o preço ajustado, salvo se preferir, dentro no prazo estabelecido, restituir-lhe a coisa consignada.

A agência é a representação comercial autônoma. A representação comercial está disciplinada pela Lei n.º 4.886/65. O Projeto disciplina o instituto com o nome de agência e distribuição, que é o contrato pelo qual uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, por conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada.

O Projeto de codificação civil, como já vimos, objetiva a unificação formal do direito privado, sob um código único, com o nome de Código Civil. Assim, como manifestação concreta da unificação formal do direito civil e do direito comercial, notável se revela a unificação da matéria obrigacional. Destarte, são disciplinados os contratos de comissão, fiança, mandato, mútuo e depósito — agora sem distinção entre as espécies civis e mercantis.

Na disciplina dos contratos de comissão e mandato, o Projeto os regulou na linha do Código Civil Italiano de 1942. O Projeto ainda manteve o nome de *comissão del credere* (art. 698), já disciplinada pelo vetusto Código Comercial de 1850 (art. 179).

Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude do mandato, de prestação de serviços ou qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas. A corretagem constitui contrato autônomo, que não se confunde com a comissão. Define-se esta como o contrato pelo qual o comissário fica diretamente obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes. Por isso, as dis-

posições concernentes à corretagem se agrupam, no Projeto, em capítulo único e independente, com rigoroso tratamento sistemático.

Rompendo com a dicotomia do direito obrigacional no Brasil, o direito constituendo regula o contrato de seguro, distinguindo-o em seguro de dano e seguro de pessoa.

Por outro lado, a prestação de serviço é contrato autônomo, que não se confunde com a locação. Daí a orientação do Projeto, que dela trata em capítulo independente, rompendo com a sistemática do Código Civil vigente, que regula a *locatio operarum* como seção da locação.

O contrato de transporte, que existe no direito positivo brasileiro como contrato inominado, fundando-se em normas fragmentárias, recebeu tratamento orgânico no Projeto, que dele tratou como contrato típico, nas modalidades de transporte de pessoas e transporte de coisas.

Na sistemática do Código Civil de 1916, o compromisso e a transação se apresentam mal colocados na disciplina da teoria geral das obrigações, no Título dedicado aos efeitos das obrigações, como modos de extinção das obrigações.

Espelhando a mais moderna orientação técnica e científica, o Projeto regula o compromisso e a transação como contratos.

No compromisso existe acordo de vontades, fundamental em todas as convenções. As partes, sempre capazes, exprimem acordo de vontades e, para dirimirem suas questões, preferem o juízo arbitral ao Poder Judiciário.

Entre nós, Lacerda de Almeida foi o primeiro a conceituar o compromisso como contrato (*Dos Efeitos das Obrigações*, pág. 313). Seguiram-lhe Franzen de Lima (*Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Obrigações*, 1/288) e Serpa Lopes (*Curso de Direito Civil*, 2/367). O Projeto, adotando as doutrinas mais recentes, regulou-o como contrato.

Por outro lado, ensina *Messineo* que, na transação, a reciprocidade de concessões possui natureza constitutiva (*Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol. 3.º, pág. 236), sendo, pois, um contrato. Entre nós, Afonso Fraga sustentava a natureza contratual da transação (*Da Transação ante o Código Civil Brasileiro*, São Paulo, 1928, pág. 19), Lacerda de Almeida (*Dos Efeitos das Obrigações*, pág. 295), Franzen de Lima (*Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Obrigações*, 1/275) e Serpa Lopes (*Curso de Direito Civil*, 2/339), seguindo as pegadas de Afonso Fraga e abundando nas mesmas considerações, também consideram a transação como contrato.

O Projeto, acompanhando a quase totalidade dos códigos civis contemporâneos, regula a transação como contrato, dedicando-lhe os artigos 840 a 850.

No Código de 1916 existe o contrato agrário, previsto no capítulo dedicado à parceria rural, com duas seções: parceria agrícola e parceria pecuária. Na legislação vigente, o contrato de parceria rural tem sua normação no Estatuto da Terra (Leis n.ºs 4.504/64 e 4.947/66). A complexidade da regulamentação da parceria rural indica a conveniência de submetê-la ao regime normativo de leis especiais e, por isso, dela não cuida o Projeto de Código Civil.

Foi a constituição de renda regulada pelo Código de 1916, não tendo vingado seu uso, consoante registram os juristas nacionais. Afirma o Professor Washington de Barros Monteiro, com sua incontestável prática de magistrado, advogado e autor de pareceres, que "inexistem tais avenças, que podem passar, como mera curiosidade histórica, para o museu da arqueologia jurídica" (*Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, 2.ª parte, Edição Saraiva, 1967, pág. 344).

Desde que um instituto não é usado, presume-se sua inutilidade, deixando de haver motivo para que subsista em texto de lei. O desinteresse, por longo tempo, indica a inexistência de vantagem. Embora permanecendo instituto morto, existente apenas nos textos legislativos, o contrato de constituição de renda consta do projeto de codificação, que consagrou a essa matéria nada menos do que onze artigos (arts. 803 a 813).

Reagindo contra a dualidade existente no direito obrigacional brasileiro, o Projeto deslocou a sociedade do Direito das Obrigações (arts. 1363 a 1409 do Código vigente) para o livro do Direito de Empresa (arts. 984 a 1141). No direito constituendo, essa é a verdadeira posição sistemática do instituto da sociedade.

3) *Normação das Obrigações Extracontratuais. Inovações*

O Código Civil de 1916 considera a gestão de negócios como contrato, a ela consagrando os artigos 1331 a 1345. Não obstante existam traços comuns entre a gestão de negócios e o mandato, aquela não é contrato, por lhe faltar convergência de vontade das partes sobre o objeto da *negotiorum gestio*. Entretanto, a gestão de negócios gera vínculo obrigacional e constitui obrigação por declaração unilateral de vontade do gestor. Daí sua posição sistemática no Projeto, enquadrada no Título dedicado aos atos unilaterais, ao lado da promessa de recompensa, do pagamento indevido e do instituto do enriquecimento sem causa.

Por outro lado, o Projeto disciplina a teoria geral dos títulos de crédito e suas formas ao portador, à ordem e nominativo, dedicando-lhe um título autônomo, mas relegada à legislação extravagante a disciplina das várias modalidades de títulos de crédito.

Assim, se o Projeto for convertido em lei, os vários títulos de crédito existentes no direito brasileiro (letra de câmbio, nota promis-

sória, cheque, duplicata comercial, duplicata de serviços, conhecimento de depósito, *warrant*, títulos de crédito rural, etc.) continuarão a receber sua normação de leis especiais.

Cumpre, também, assinalar que o Projeto, em vários dispositivos, altera a disciplina dos títulos de crédito dada pela Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias. Só para citar um exemplo, lembre-se que a Lei Uniforme da Convenção de Genebra permite, de forma expressa, o aval limitado (art. 30). Entretanto, o parágrafo único do artigo 899 do Projeto, disciplinando de modo diferente a concessão da garantia cambiária, proíbe expressamente o aval parcial.

No Título IX, do Livro I, da Parte Especial, o Projeto alarga em profundidade o conceito de responsabilidade civil, formulando regras referentes à obrigação de indenizar (arts. 929 a 945) e à indenização (arts. 946 a 956).

VI — *Direito de Empresa*

1) *Regime jurídico do empresário e estrutura positiva das sociedades*

O Livro II (Do Direito de Empresa) funda-se na teoria da empresa e se divide em quatro títulos, com as seguintes rubricas: do empresário, da sociedade, do estabelecimento e dos institutos complementares.

O Título I, dedicado ao empresário, por sua vez, subdivide-se em dois capítulos, na seguinte ordem: da caracterização e da inscrição, e da capacidade.

Seguindo o sistema do Código Civil unificado da Itália, o Projeto não define a empresa e apenas conceitua o empresário, que é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Proscreveu-se do Projeto a figura do comerciante e o conceito de empresário é erigido a centro da nova sistemática.

Operando unificação do direito privado, o projeto de codificação não mais estabelece direta distinção entre a empresa comercial e a empresa civil. Também denomina Registro de Empresas o tradicional Registro do Comércio, destinado às atividades mercantis.

O Título II, que coordena as regras gerais das sociedades, desdobra-se, por seu turno, em dois subtítulos: da sociedade não personificada e da sociedade personificada.

As sociedades de fato são disciplinadas com o nome de sociedade em comum (arts. 989 a 993), dispondo o Projeto sobre sua prova e que todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído o benefício de ordem.

Seguindo a tradição do direito brasileiro, o Projeto dá qualificação societária à sociedade em conta de participação, incluindo-a entre as espécies de sociedades não personificadas. Os artigos 994 a 999 visam adequar a sociedade em conta de participação às novas formulações econômicas.

Estruturando a sociedade simples, o Projeto evitou defini-la, adotando os mesmos critérios do Código helvético e do Código italiano unificado de 1942.

Mantendo a sociedade em comandita simples no quadro de nossas sociedades, propõe o Projeto algumas alterações. Assim, o artigo 1048 estatui que os sócios das sociedades em comandita simples sejam sempre pessoas físicas e permite que os sócios comanditários sejam procuradores da sociedade.

Reformulando inteiramente o instituto, denomina simplesmente "limitada" a sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

O Decreto n.º 3.708, de 10-01-1919, disciplinou a sociedade por quotas de responsabilidade de modo demasiadamente lacônico, em apenas dezoito artigos, sem muita clareza e sistemática na distribuição das matérias.

O Projeto dá uma formulação mais precisa à configuração da sociedade limitada, harmonizando-a com os traços da realidade econômica brasileira, regulando-a minuciosamente nos artigos 1055 a 1087.

O direito constituendo proscreve a sociedade de capital e indústria do quadro de nossas instituições jurídicas, mas mantém a sociedade em comandita por ações, regida pelas normas relativas à sociedade anônima, com as modificações constantes dos artigos 1090 a 1092.

Finalmente, os artigos 1042 a 1047 representam tentativa de revitalização da sociedade em nome coletivo e o artigo 1089 relega à legislação especial a normação da sociedade anônima.

2) *O Estatuto do Estabelecimento e outras inovações*

Parcimonioso é o direito positivo brasileiro a respeito do estabelecimento comercial. Até hoje não foi editada uma lei normativa do estabelecimento. A respeito dele apenas existem regras esparsas, como os artigos 2.º, V e VII, e 7.º do Decreto-Lei n.º 7.661/4, além do Decreto n.º 24.150/34.

O Projeto, conceituando o estabelecimento como o complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou sociedade empresária, regula as relações jurídicas dele decorrentes nos artigos 1.142 a 1.149. Assim, o Projeto vem a atender às necessidades que têm as empresas de normas legais para regularem esse instituto.

Ademais, o Projeto prevê a inclusão do aviamento, como verba no balanço, entre os valores do ativo, conforme se verifica do artigo 1.187, VI, letra *c*.

No Título dedicado aos Institutos Complementares, o direito constituendo regula o nome comercial, conceituado como a firma ou a denominação adotada para o exercício da empresa.

Determina, ainda, que o nome do empresário não pode ser objeto de alienação, mas ressalva que o adquirente de estabelecimento, por ato entre vivos, pode, se o contrato o permitir, usar o nome do alienante, precedido do seu próprio, com a qualificação de sucessor.

Outrossim, as atribuições jurídicas do gerente, contabilista e outros prepostos da empresa são disciplinadas nos artigos 1.170 a 1.179.

Finalmente, se vingar o projeto, as regras uniformes de escrituração estender-se-ão a todos os empresários e sociedades empresariais, que são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, com base na escrituração uniforme de seus livros, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

Os artigos 1.181 a 1.190 configuram o resultado das novas conquistas da ciência contábil e das práticas contábeis mais recentes, que se explicam e se justificam pela maior segurança a ser conferida ao sistema de contabilidade das empresas.

VII — *Direito das Coisas*

1) *Visão topográfica da nova sistemática*

O projeto segue, com alterações no setor dos direitos reais sobre as coisas alheias, o sistema do Código atual.

O Livro III, consagrado ao Direito das Coisas, divide-se em dez títulos, com as seguintes rubricas: da posse; dos direitos reais; da propriedade; da superfície; das servidões; do usufruto; do uso; da habitação; do direito do promitente comprador; do penhor, da hipoteca e da anticrese.

O Título I, reservado à posse, subdivide-se em quatro capítulos, na ordem seguinte: da posse e sua classificação; da aquisição da posse; dos efeitos da posse; da perda da posse.

O Título, dedicado aos direitos reais, apresenta, como capítulo único, disposições gerais, onde são enumerados como direitos reais a propriedade, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador do imóvel, o penhor, a hipoteca e a anticrese.

2) *A posição sistemática da descoberta e aspectos da aquisição da propriedade mobiliária*

Subdivide-se o Título III, consagrado à propriedade, em nove capítulos, na ordem seguinte: da propriedade em geral; da aquisição da propriedade imóvel; da aquisição da propriedade móvel; da perda da propriedade: dos direitos de vizinhança; do condomínio geral; do condomínio edifício; da propriedade resolúvel; da propriedade fiduciária.

O capítulo I, dedicado à propriedade em geral, por sua vez, desdobra-se em duas seções, a saber: disposições preliminares; da descoberta.

Descoberta é o achado de coisa alheia. Não se trata de modo de aquisição da propriedade mobiliária, como de forma assistemática o situa a lei civil vigente. Não é a descoberta modalidade de ocupação, como claramente se deflui do art. 63, do Cód. Civil e do art. 1.234, do projeto de codificação.

Não é, destarte, a descoberta modo de aquisição da propriedade mobiliária, pois o descobridor não pode se assenhorar do objeto achado, tendo a obrigação de restituí-lo ao dono ou ao legítimo possuidor. Assim, o Código de 1916 colocou indevidamente o instituto no capítulo referente à aquisição e perda da propriedade.

Impunha-se, portanto, sua localização na parte reservada à disciplina da propriedade em geral, como o fez o projeto. Mas à denominação invenção, sem justificação plausível, preferiu a comissão elaboradora do projeto o nome descoberta. Invenção tem origem na palavra latina *inventio*. Tinha esse nome no art. 890, da Consolidação de Teixeira de Freitas. Esse também foi o nome empregado pelo Código Penal de 1890 (art. 331, n.º 3). E nas Ordenações Afonsinas havia o *praemium inventionis* (Livro V, Título 54, § 6.º). Assim, o termo invenção deveria ter sido mantido no projeto pelo seu sabor luso-brasileiro.

Outrossim, rigorosamente falando, a caça e a pesca são modalidades de ocupação. Ou melhor, são particulares formas de ocupação de animais. Entretanto, a Lei n.º 5.197/67 incorporou a fauna silvestre ao domínio da União, contrariando o disposto na lei civil, que considerava os animais silvestres *res nullius*.

Na legislação vigente, o Código de Caça relaciona os locais, instrumentos e métodos da atividade venatória. Por sua vez, o Código de Pesca disciplina as três modalidades de pesca: profissional, desportiva e científica. Destarte, na legislação atual, a pesca e a atividade venatória são disciplinadas pelo Direito Administrativo, tendo seu regulamento normativo feição essencialmente publicística. Correta, portanto, a orientação do projeto, não consagrando um único artigo à caça ou à pesca, cujo exercício está disciplinado em leis especiais.

3) *O problema da normação da propriedade imaterial*

O projeto não contém disposição sobre a propriedade literária, científica e artística.

Com efeito, não mais se justifica a permanência da propriedade imaterial no bojo de um Código Civil. A propriedade intelectual é figura tão singular que não é suscetível de ser encaixada no quadro das instituições jurídicas deste ou daquele livro da Parte Especial de um código civil.

Força é, portanto, relegar a matéria para a legislação especial, aliás já preexistente, onde tem sua adequada normação.

4) *A superfície e outros desmembramentos da propriedade*

A principal inovação introduzida no Direito das Coisas é a normação do instituto da superfície. Pela superfície, o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente inscrita no Registro de Imóveis.

O direito real de superfície, de bem grande importância econômica, foi estruturado no Direito Romano, onde já consistia esse *jus in re aliena* no direito de construir ou de plantar em terreno de outrem.

O vigente Código Civil, adotando o princípio *superficie solo cedit*, não contemplou, entre as nossas instituições jurídicas, a superfície.

O projeto, reconhecendo sua incontestável utilidade de melhor aproveitamento do solo, fê-lo ressurgir, acompanhando, nesse passo, as legislações mais modernas e avançadas, como o Código Civil alemão. Efetivamente, a superfície corresponde, em nossos dias, a uma necessidade do direito, em face da aguda crise de habitações.

A Revolução Francesa, proclamando que a enfiteuse se constituía num dos esteios do feudalismo, aboliu expressamente o instituto do emprazamento. Muitos autores entendem que a enfiteuse entrava a livre circulação das riquezas. De muitas legislações a enfiteuse veio a desaparecer. Das legislações modernas, só não desconheceram o aforamento o Código Civil de 1916, o Código Português e o Código Italiano *(Arminjon-Nolde-Wollt, Traité de Droit Comparé,* Paris, 1950, 1/268 e 272).

O projeto de codificação civil proibiu formalmente a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil de 1916, e leis posteriores, ressalvada a enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos, que deve continuar regulada por lei especial.

Sendo válidas as enfiteuses e subenfiteuses, anteriores à conversão em lei do projeto *(tempus regit actum),* podem ser hipotecados

o domínio do senhorio direto e o domínio do enfiteuta (art. 1.471, II e III do projeto). Outrossim, achando-se em terreno aforado, o tesouro será dividido por igual entre o descobridor e o enfiteuta, ou será deste por inteiro quando ele mesmo seja o descobridor (art. 1.266, do projeto).

Os institutos do uso e das rendas constituídas sobre imóveis são entidades anacrônicas, destituídas de qualquer importância entre nós. Se nos dermos ao trabalho de compulsar repertórios de jurisprudência, verificaremos que não encontramos nenhum acórdão a respeito dos institutos referidos.

O projeto prescreve as rendas constituídas sobre imóveis do quadro de nossas instituições jurídicas, mas mantém o contrato de constituição de renda (arts. 803 a 813). Entretanto, o uso, instituição jurídica caída no olvido, é mantido pelo projeto. Instituto existente apenas nos textos legislativos, é de ser considerada a hipótese de eliminar a instituição do uso no direito constituendo.

O Código de 1916 não discriminou os modos de constituição do usufruto e das servidões. O projeto, em distribuição sistemática e ordenada, discriminou os modos de constituição das servidões (art. 1.376) e o usufruto (art. 1.389).

5) *Direitos Reais de Garantia*

O Título X é consagrado aos institutos do penhor, da hipoteca e da anticrese. Desdobra-se o título em quatro capítulos, sendo que o capítulo I é dedicado às disposições gerais sobre os direitos reais de garantia.

Afastada a dicotomia de princípios aplicáveis aos negócios civis e comerciais, o projeto disciplinou os diferentes tipos de penhor, inclusive aqueles que, pelo sistema vigente, garantem obrigações comerciais (penhor industrial e mercantil, penhor de direitos e penhor de veículos). O direto constituendo dá uma configuração mais precisa ao instituto do penhor, regulando-o minuciosamente nos artigos 1.429 a 1.470.

Na atual lei civil, a hipoteca pode ser convencional, legal e judicial.

A hipoteca judicial é instituto jurídico relativamente moderno, surgindo no direito francês. É um dos efeitos secundários da sentença condenatória proferida no processo civil.

O estatuto processual civil vigente disciplina a hipoteca judicial no art. 466. É a sentença condenatória que produz a hipoteca judiciária. Sendo matéria de direito processual civil, foi a hipoteca judicial suprimida no projeto de codificação civil.

Bem móvel por excelência, está a aeronave sujeita à hipoteca. O primitivo Código Brasileiro do Ar, instituído pelo Decreto-Lei

n.º 483, de 1938, admitiu a constituição da hipoteca de aeronaves. Declarou o projeto, em seu art. 1.471, n.º VII, ser a aeronave suscetível de hipoteca, regendo-se esta por lei especial.

A aplicação prática da anticrese é rara em nossos dias. O Código português e o Código Civil holandês não mais a disciplinam. Instituto caído no olvido, existente apenas nos textos legislativos, os artigos 1504 a 1508 do projeto representam tentativa de revitalização da anticrese no Brasil.

VIII — *Direito de Família*

No setor da família, o Direito Civil constituendo sofre modificações, já na divisão da matéria, já na terminologia, já na própria conceituação dos fenômenos jurídicos, principalmente os de direito matrimonial.

O projeto inova profundamente o plano estrutural do Direito de Família, constante do Código de 1916.

O Livro IV, dedicado ao Direito de Família, divide-se em três títulos, com as seguintes rubricas: Do direito pessoal; do direito patrimonial; da tutela e da curatela.

O projeto, como já vimos, consagra ao direito pessoal o título I. Subdivide-se esse título em dois subtítulos, na ordem seguinte: do casamento; das relações de parentesco.

O subtítulo I (do casamento), por seu turno, desdobra-se em onze capítulos: disposições gerais; da capacidade matrimonial; dos impedimentos; das causas suspensivas; do processo de habilitação matrimonial; da celebração do casamento; das provas do casamento; da invalidade do casamento; da eficácia do casamento; da dissolução da sociedade conjugal; da proteção da pessoa dos filhos.

Da mesma forma, para melhor visualização topográfica da matéria pertinente às relações de parentesco, reproduzimos, aqui, os seis capítulos em que se subdivide o subtítulo II: disposições gerais; da filiação legítima; da legitimação; do reconhecimento dos filhos ilegítimos; da adoção e do pátrio poder.

De referência ao direito pessoal, vale destacar alguns preceitos inovadores, referentes ao casamento e às relações de parentesco.

Os impedimentos matrimoniais impedientes (art. 183, XIII a XV do Código atual) são agrupados, no projeto, em capítulo independente, com a rubrica "das causas supensivas".

O capítulo "do casamento nulo e anulável", do Código de 1916, assume, no direito constituendo, terminologia própria, sob a rubrica "da invalidade do casamento". Ademais, a anulação do casamento passa a ter mais flexibilidade, com limitações que se restringem apenas à intangibilidade da ordem pública e dos bons costumes. E

"eficácia do casamento" é a rubrica que virá substituir "os efeitos do casamento" do atual direito legislado.

O Título II, consagrado ao direito patrimonial, por sua vez, se desdobra nos três subtítulos seguintes: do regime de bens entre os cônjuges; do usufruto e da administração dos bens de filhos menores; do bem de família.

Verifica-se, de pronto, que o projeto inova quando coloca o bem de família na sistemática do direito patrimonial. No Código de 1916, a posição sistemática do bem de família é na Parte Geral, no livro dedicado aos bens. Entretanto, não se pode negar o caráter de instituição jurídica específica ao bem de família. As normas que regulam esse *typus* são especiais em relação às normas que disciplinam as diferentes classes de bens (bens imóveis e móveis, bens fungíveis e consumíveis, bens divisíveis, bens singulares e coletivos, bens reciprocamente considerados).

Ademais, o bem de família tem por finalidade precípua a proteção do organismo familiar, tendo, portanto, seu *habitat* no campo do Direito de Família.

O instituto da ausência também está assistematicamente colocado no Direito de Família (arts. 463 a 484 do Código de 1916). Tratando-se de instituto singular, tão pouco suscetível de ser enquadrado no quadro das instituições componentes da Parte Especial, o projeto prefere encaixá-lo na Parte Geral, no título dedicado às pessoas físicas. Este, aliás, é o critério prevalente ou moderno.

O regime dotal tem suas raízes históricas no direito romano. É instituto anacrônico e morto, existente apenas no texto da lei civil, sendo nula sua repercussão nos costumes da vida privada brasileira. Se compulsarmos os repertórios de jurisprudência, não iremos deparar com nenhum caso de dote constituído. Bem por isso, o projeto prescindiu desse regime de bens entre os cônjuges.

Finalmente, uma última palavra sobre garantia da tutela. O Código de 1916 traça nos artigos 418 a 421 rigorosas normas a respeito dessa garantia, que não entrou na prática de nossos tribunais. Portanto, a garantia da tutela (inscrição e especialização das hipotecas legais ou mediante caução real ou fidejussória) não passa de superfetação. Sem nenhum inconveniente, o instituto da garantia da tutela é suprimido do projeto, sem que se afete a estrutura positiva da tutela.

IX — *Direito das Sucessões*

O projeto mantém, em linhas gerais, a mesma estrutura do código vigente em matéria de direito sucessório, o que, aliás, corresponde à tradição do direito luso-brasileiro.

O Livro V, dedicado ao Direito das Sucessões, divide-se em quatro títulos, com as seguintes rubricas: da sucessão em geral; da sucessão legítima; da sucessão testamentária e do inventário e partilha.

No Título consagrado à sucessão em geral, o projeto não introduz maiores inovações. Com efeito, o artigo 1.810 prevê, com a lei civil vigente, as duas espécies de sucessão, por lei ou por disposição de última vontade.

Até hoje não temos dispositivos que regulem especificamente a matéria da petição de herança. O projeto disciplina a busca do reconhecimento sucessório e as relações jurídicas dela decorrentes, dedicando-lhe cinco dispositivos (artigos 1.847 a 1.851).

No título referente à sucessão legítima, é de se ressaltar o art. 1.860 como novidade digna de destaque. Proclama o referido dispositivo que "o filho adotivo, por força de adoção plena, equipara-se ao legítimo ou legitimado, para os efeitos da sucessão, tanto com referência ao adotante como aos seus descendentes".

Outrossim, adaptando as regras da sucessão intestada às modificações operadas no Direito de Família, o projeto confere ao cônjuge a posição de herdeiro necessário. Assim, o projeto altera profundamente o capítulo da lei vigente relativo aos herdeiros necessários. E vai além. Restringe o campo de incidência da vontade do testador, dispondo que a legítima não pode ser clausulada de inalienabilidade ou impenhorabilidade, nem convertida em bens de outras espécies, salvo se houver justa causa devidamente expressa no testamento (art. 1.875).

O título consagrado à Sucessão Testamentária traz pequenas inovações, ao remodelar alguns institutos e introduzir uma nova instituição jurídica.

Assim, houve simplificação de formalidades na feitura dos testamentos públicos e cerrado.

Ademais, o projeto, além das duas formas especiais de testar (testamento marítimo e testamento militar), contempla também o testamento aeronáutico, lavrado a bordo de aeronave militar ou comercial.

Caducará o testamento aeronáutico se o testador não morrer na viagem, nem nos três meses subseqüentes ao seu desembarque em terra, onde possa fazer, na forma ordinária, outro testamento.

No tocante ao tema dos legados, o texto de codificação reedita os dispositivos da atual lei civil, mas lhe dá melhor sistematização. Assim, enfeixa toda a matéria num capítulo autônomo, que se desdobra em três seções, com as seguintes rubricas: disposições gerais; dos efeitos do legado e do seu pagamento e da caducidade dos legados.

Outrossim, o direito constituendo dá novo tratamento sistemático ao tema da substituições; e consagra uma seção à substituição vulgar e à substituição plural e recíproca, e outra à substituição fideicomissária.

No projeto subsiste o fideicomisso, imbuído de feição diferente da que lhe é conferida pelo legislador de 1916.

O fideicomisso vem sofrendo inúmeras censuras.

O Prof. Orlando Gomes, por exemplo, apresenta-o como entrave à livre circulação de bens e propõe sua supressão do quadro de nossas instituições jurídicas ("Variações sobre a Reforma do Código Civil", na "Revista Forense", 92/651).

Comungando desse mesmo sentimento, José Augusto César tem a substituição fideicomissária como instituto aristocrático e feudal (*Ensaio sobre os atos jurídicos,* 1908, p. 23). E *Pacifici-Mazzoni (Trattato delle Sucessioni,* 3/368) afirma que tal instituto constitui, sem dúvida, sementeira de litígios.

O direito romano continha disposição sobre o fideicomisso. No direito intermédio, a substituição fideicomissária teve grande voga, favorecida pelo sistema feudal então vigorante. Tanto foram os abusos e males do fideicomisso, que a Revolução Francesa aboliu a substituição fideicomissária, quando o clero e a nobreza, na memorável noite de 4 de agosto de 1789, expressamente abdicaram de todos os seus privilégios.

Não obstante, reconhecendo a vantagem prática do instituto, vários códigos civis, como o alemão, o helvético e o italiano tornaram a restabelecê-lo. Modernamente, essa forma de substituição vem desfrutando de grande favor, na sucessão em ações de sociedades anônimas, numa época em que a riqueza mobiliária é incomparavelmente mais importante que a dos bens de raiz. Entre nós, o fideicomisso que grava as ações está previsto no art. 40, da Lei n.º 6.404, e é da tradição de nosso direito societário (art. 29 do Decreto-Lei n.º 2.627, de 1940).

Mantendo o fideicomisso como modelo jurídico de repercussão freqüente nas sucessões testamentárias, o projeto limita consideravelmente seu raio de ação.

Assim, a substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador. Ademais, se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicomitidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.

O projeto, com base na doutrina dominante, cindiu o capítulo XVI do atual Código Civil (da revogação dos testamentos), separando as causas de revogação do testamento (artigos 1.995 a 1.998) das causas de rompimento (superveniência de descendente e ignorância de herdeiros necessários). Com efeito, o rompimento do testamento é de

ser reputado figura autônoma, pois é ele aspecto da ineficácia do ato de última vontade, que não deriva de determinação volitiva do testador.

No título dedicado ao inventário e partilha, o projeto não introduz maiores inovações, limitando-se a proscrever dos quadros dessa instituição jurídica normas de natureza processual.

Bibliografia Consultada

1) "Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados", 1902.
2) *Roberto Baldi, Il Contrato di Agenzia*, 2.ª ed., *Milano*, 1977.
3) Oscar Barreto Filho, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 1969.
4) Projeto de Código Civil. *Redação final do projeto de lei* n.º 634-B, de 1975, *Sugestões Literárias*
5) Teixeira de Freitas, *Código Civil* - Esboço, Ministério da Justiça, Rio de Janeiro, 1952.
6) Anteprojeto de Código Civil do Prof. Orlando Gomes.
7) Rubens Requião, *Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Juridica.*
8) Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, Parte Geral, 5.ª ed., Saraiva, 1967.
9) Orlando Gomes, *Obrigações*, Forense, 2.ª ed., 1968.
10) Clóvis Beviláqua, *Direito das Obrigações*, 8.ª ed., 1954.
11) Lacerda de Almeida, *Obrigações*, Rio de Janeiro, 1916.
12) Franzen de Lima, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Obrigações.*
13) Lacerda de Almeida, *Dos Efeitos das Obrigações.*
14) Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil.*
15) Afonso Fraga, *Da Transação ante o Código Civil Brasileiro*, São Paulo, 1928.
16) Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, 2.ª parte, Saraiva, 1967.
17) *Consolidação das Leis Civis*, de Teixeira de Freitas.
18) *Arminjon-Nolde-Wolff, Traité de Droit Comparé*, Paris, 1950.
19) Orlando Gomes, "Variações sobre a Reforma do Código Civil", na "Revista Forense", 92/651.
20) José Augusto César, Ensaio sobre os atos jurídicos, 1908.
21) *Pacifici-Mazzoni, Trattato delle Successioni.*
22) *Tullio Ascarelli, Teoria Geral dos Títulos de Crédito, Saraiva* & Cia. S. Paulo, 1943.
23) *Francesco Messineo, I Titoli di Credito*, Cedam, Pádua, 1964.
24) Anteprojeto de Código de Obrigações, Ministério da Justiça, Serviço de Reforma de Código, Rio de Janeiro, 1965.
25) Anteprojeto de Código Civil, Ministério da Justiça, Comissão de Estudos Legislativos, 1972.
26) *Ebert Chamoun, Instituições de Direito Romano.*
27) Código Civil Comentado, Clóvis Beviláqua.
28) *Voci, Istituzioni di Diritto Romano.*

O contrato no Projeto de Código Civil (Da evolução dos interesses conflitantes do passado até a parceria do futuro)

ARNOLDO WALD (*)

Poucos institutos sobreviveram, por tanto tempo, e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou a sociedades com estruturas e escalas de valores tão distintas quanto as que existiam na Antigüidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista. Para os juristas, magistrados e advogados brasileiros, ainda acostumados aos princípios do Código Civil vigente, mesmo quando flexibilizados pelas chamadas leis extravagantes, o atual projeto de Código Civil apresenta um contrato sob novas vestimentas, com finalidades e regime jurídico que se afastam do nosso direito clássico, justificando uma reflexão sobre a matéria.

Na realidade, o contrato nasceu formalista e típico, no direito romano, para transformar-se num instrumento válido pelo fato de ser uma manifestação de vontade do indivíduo e, em conseqüência, um instrumento vinculatório, que fazia o papel da lei entre as partes, na concepção dos enciclopedistas que inspiraram a Revolução Francesa.

Por longo tempo, entendeu-se que os pactos deviam ser respeitados (*pacta sunt servanda*), pois refletiam um ato de liberdade individual. O contratual, pela sua própria natureza, por decorrer de um acordo de vontades, devia ser considerado justo e, conseqüentemente, o contrato era intangível, devendo ser executado, custasse o que custasse, ressalvados tão-somente os casos excepcionais da força maior e do caso fortuito.

Podendo transferir a propriedade no sistema franco-italiano, ou não podendo fazê-lo no direito alemão e na legislação brasileira, o contrato foi, certamente, o grande instrumento jurídico do capitalismo incipiente que dominou o mundo até o fim da Primeira Guerra Mundial.

Com o advento do comunismo, na Rússia, e a Constituição de Weimar, na Alemanha, o sopro do socialismo, sob as suas diversas formas e com densidades distintas, abalou, em parte, a mística contratual sedimentada pelo Código Napoleão, sem que todavia o contrato perdesse a sua função e utilidade.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 09 (3ª Fase), jan./jun. 1999, p. 45-51.

Aos poucos, surgiram as limitações tanto à liberdade de contratar, ou de não contratar, quanto à liberdade contratual, ou seja, à fixação do conteúdo do contrato. Embora se mantivesse, como regra geral, a onipotência da vontade individual, com a possibilidade de criação dos mais variados contratos atípicos e mistos, o legislador, ampliando a área da ordem pública econômica, foi restringindo o conteúdo da autonomia da vontade.

A liberdade no plano contratual tem sofrido amplas restrições, especialmente no tocante à faculdade de fixar o conteúdo do contrato (liberdade contratual), pois muitos contratos são hoje verdadeiros contratos de adesão, cujo texto depende de aprovação prévia de organismos governamentais. Quanto à liberdade de contratar, tem sido mantida em termos gerais, embora, em determinados casos, possa constituir infração à lei o fato de deixar de vender determinado artigo, por considerar o sistema legislativo vigente tais omissões como contrárias à ordem econômica e social estabelecida.

Em tese, a liberdade contratual só sofre restrições em virtude da ordem pública, que representa a projeção do interesse social nas relações interindividuais. O *ius cogens*, o direito imperativo, defende os bons costumes e a estrutura social, econômica e política da comunidade. Em determinada fase, a ingerência da ordem pública em relação aos contratos se fazia sentir pelo combate à usura, proibindo as leis medievais as diversas formas de agiotagem. Quanto aos outros contratos, não havia maiores limitações, até o século XIX.

As idéias solidaristas e socialistas e a hipertrofia do Estado levaram, todavia, o direito ao dirigismo contratual, expandindo-se a área das normas de ordem pública destinadas a proteger os elementos economicamente fracos, favorecendo o empregado, pela criação do direito do trabalho, o inquilino, com a legislação sobre locações, e o consumidor, por uma legislação específica em seu favor. Por outro lado, o *dirigismo contratual* restringiu a autonomia da vontade, em virtude da elaboração de uma série de normas legislativas, fixando princípios mínimos que os contratos não podem afastar (salário mínimo, tabelamento de gêneros alimentícios, fixação de juros).

O contrato passou, assim, em certos casos, a ter um conteúdo de ordem pública, decorrente da lei, podendo alcançar até pessoas que nele não foram partes, como ocorre na convenção coletiva de trabalho. Temos então uma *convenção-lei*, definida como "um ato legislativo, elaborado por via convencional".

A obrigatoriedade dos contratos constitui, por sua vez, uma projeção, no tempo, da liberdade contratual, pois as partes são obrigadas a realizar as prestações decorrentes do contrato. O direito contemporâneo limitou, todavia, também tal obrigatoriedade, interpretando-a *rebus sic stantibus*, ou seja, enquanto as situações das partes não sofrerem modificações substanciais, e

permitindo, no caso de haver tais transformações imprevisíveis, uma revisão ou a resolução do contrato.

Durante muito tempo, considerou-se que o contrato normalmente compunha interesses divergentes, que nele encontravam uma forma de solução, como acontece nos casos da compra e venda, da locação, da empreitada *etc.* Os contratos que constituem liberalidades são relativamente menos importantes e só recentemente é que a doutrina foi admitindo a importância crescente dos chamados contratos de colaboração, que existem tanto no direito privado quanto no direito público.

Nos últimos anos, deixou-se, no entanto, de conceber o contrato como decorrente ou representativo de interesses antagônicos, chegando os autores e a própria jurisprudência a admitir, inicialmente nos contratos de longo prazo mas, em seguida, em todos eles, a existência de uma *affectio* — a *affectio contractus*, com alguma semelhança com outras formas de colaboração como a *affectio societatis* ou o próprio vínculo conjugal. Em vez de adversários, os contratantes passaram a ser caracterizados como parceiros, que pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e igualitária, tendo em vista uma maior fraternidade e justiça. Já no início do século, alguns autores, como René Demogue, se referiam ao contrato como sendo "uma união de interesses equilibrados, um instrumento de cooperação leal, uma obra de confiança mútua". Mais recentemente, outros autores franceses desenvolveram a tese da equação contratual, inspirada no direito administrativo, para vislumbrar no contrato um ponto de equilíbrio necessário, um instrumento de colaboração entre os contratantes, no interesse de ambos e da própria sociedade.

Há, pois, uma evolução na qual, após termos abandonado a conceituação do contrato como manifestação ilimitada da liberdade individual, damos-lhe uma nova conceituação em que prepondera, ou deve preponderar, sobre a vontade individual de cada um dos contratantes, o consenso que entre eles se formou, sem que seja lícito, a qualquer um deles, tirar uma vantagem maior do que a racionalmente aceitável, no momento tanto da celebração do contrato como da sua execução.

Tradicionalmente, o contrato permitia às partes evitar todos os riscos futuros, garantindo-lhes a imutabilidade das prestações convencionadas e a sobrevivência da convenção diante de fatos imprevistos, mesmo quando alteravam substancialmente a equação contratual. Hoje, o contrato perdeu essa perenidade, mas ganhou em flexibilidade, sacrificando-se alguns eventuais benefícios ao interesse social e ao interesse comum das partes.

Em recente estudo, pretendeu-se que o contrato, no passado, era uma espécie de bolha ou uma ilha, independente, alheia aos acontecimentos e prevalecendo sobre as eventuais modificações fáticas e legislativas.

Atualmente, o contrato se transformou num bloco de direitos e obrigações de ambas as partes, que devem manter o seu equilíbrio inicial, e num vínculo ou até numa entidade. Vínculo entre as partes, por ser obra comum das mesmas, e entidade, constituída por um conjunto dinâmico de direitos, faculdades, obrigações e eventuais outros deveres, que evolui como a vida, de acordo com as circunstâncias que condicionam a atividade dos contratantes. Assim, em vez do contrato irrevogável, fixo, cristalizado de ontem, conhecemos um contrato dinâmico e flexível, que as partes querem e devem adaptar para que ele possa sobreviver, superando, pelo eventual sacrifício de alguns dos interesses das partes, as dificuldades encontradas no decorrer da sua existência. A plasticidade do contrato transforma a sua própria natureza, fazendo com que os interesses divergentes do passado sejam agora convertidos numa verdadeira parceria, na qual todos os esforços são válidos e necessários para fazer subsistir o vínculo entre os contratantes, respeitados evidentemente os direitos individuais.

Dentro desse conceito de parceria, admite-se a anulação do contrato por lesão, a sua resolução ou a sua revisão em virtude da excessiva onerosidade, a cessão do contrato e a assunção da posição contratual, a oponibilidade das cláusulas contratuais a terceiros não contratantes, a relação que se estabelece entre contratos conexos e subordinados uns aos outros, inclusive com a eventual substituição de cláusulas e a mitigação das sanções.

Trata-se de uma verdadeira nova concepção do contrato, já agora como ente vivo, como vínculo que pode ter um conteúdo variável, complementado pelas partes, por árbitros ou até pelo Poder Judiciário, e no qual, ao contrário do que acontecia no passado, a eventual nulidade ou substituição de uma cláusula não põe necessariamente em perigo toda a estrutura da relação jurídica. Estas modificações surgiram, em parte, na jurisprudência e, em parte, em virtude do trabalho doutrinário realizado pela extensão do conceito de boa-fé e pelas obrigações implícitas de leal execução do contrato, significando um dever, imposto às partes, de encontrar uma solução para os eventuais impasses que possam surgir. Também houve a influência das normas extravagantes e das chamadas leis de emergência, assim como de certos ramos mais recentes da ciência jurídica, como o direito do consumidor.

Num mundo em que nada mais é absoluto, o contrato, para subsistir, aderiu ao relativismo, que se tornou condição *sine qua non* da sua sobrevivência no tempo, em virtude da incerteza generalizada, da globalização da economia e da imprevisão institucionalizada. A indeterminação das prestações contratuais, que era inconcebível no passado, também está vinculada à inflação e às rápidas mudanças tecnológicas, fazendo com que as partes adotem determinados critérios para definir os seus direitos, aceitando prestações indeterminadas, no momento da celebração do contrato, mas determináveis no momento de sua execução. Por outro lado, a eventual ne-

cessidade de substituir certas cláusulas contratuais, sem afetar as bases da equação contratual, obrigou os contratantes e os juristas a realizarem uma verdadeira sintonia fina para distinguir as cláusulas principais ou essenciais das demais, destacando aquelas sem a presença das quais o contrato não teria sido assinado das que foram consideradas inicialmente como meramente complementares ou acessórias.

O contrato, realidade viva, forma de parceria, com direitos e obrigações relativas, constitui uma verdadeira novidade para os juristas clássicos, mas decorre de um imperativo categórico do mundo de hoje caracterizado pelos economistas como sendo o da descontinuidade, da incerteza e da mudança, ao contrário daquele que existia no fim do século passado, definido como "o mundo da segurança". Assim, autores recentes puderam afirmar que as regras do direito dos contratos se tornaram relativas, pois "o contrato é mais ou menos obrigatório, mais ou menos oponível, mais ou menos sinalagmático ou mais ou menos aleatório e uma nulidade ou uma resolução é mais ou menos extensa".

Por longo tempo, manteve-se a estrutura tradicional do contrato, considerando como exceções as regras que, aos poucos, estavam alterando a escala de valores em que se fundamentou. A generalização das exceções está agora exigindo uma reformulação do regime jurídico do contrato, pois não houve tão-somente modificações técnicas, mas uma verdadeira mudança de concepção, que exige uma reformulação dogmática. Trata-se de passar do absoluto para o relativo, sem perder um mínimo de segurança que é indispensável ao desenvolvimento da sociedade.

Em certo sentido, foi essa revolução dogmática que encontramos em vários dos artigos do Projeto do Código Civil, já aprovado pelo Senado e em fase de votação na Câmara dos Deputados. Assim, por exemplo, o legislador atribui expressamente ao contrato uma função social, limitando a liberdade de contratar em razão da mesma, ao mesmo tempo em que considera a lesão como causa de anulação dos negócios jurídicos e admite a resolução ou a revisão do contrato por excessiva onerosidade.

Quanto à função social do contrato, por si mesma, em nada altera o respectivo regime jurídico, que já repelia o abuso de direito, com base no próprio Código Civil e em virtude de construção jurisprudencial. Por outro lado, a partir do momento em que o direito constitucional brasileiro considerou que a propriedade tinha uma função social (art. 5º XXIII), tendo a palavra propriedade uma conceituação ampla, o mesmo princípio haveria de ser aplicado aos direitos de créditos, ou seja, às obrigações e, conseqüentemente, aos contratos. Assim, à primeira vista, em termos gerais, pode-se considerar que o Projeto se limitou a explicitar uma norma constitucional e a ratificar tanto a legislação anterior quanto a construção jurisprudencial. Deve-se, entretanto, ponderar que a função social do contrato

não deve afastar a sua função individual, cabendo conciliar os interesses das partes e da sociedade. Assim, os direitos contratuais, embora exercendo uma função social, gozam, nos termos da Constituição, do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV), em virtude do qual ninguém pode ser privado dos seus bens — e dos seus direitos que também se incluem entre os bens — sem o devido processo legal. Com essa interpretação, que é a única aceitável em nosso regime constitucional, a inovação do Projeto não põe em risco a sobrevivência do contrato, como manifestação da vontade individual e acordo entre as partes interessadas para alcançar um determinado objetivo, por elas definido em todos os seus aspectos.

A lesão já foi reconhecida no direito brasileiro anterior ao Código Civil e a ela se refere a legislação de economia popular. Trata-se, agora, no Projeto, de caracterizá-la como um dos vícios da vontade que enseja a anulação dos atos jurídicos em geral e dos contratos em particular. É matéria que mereceria ser definida com maior precisão, tanto mais que, anteriormente, havia referência aos diversos tipos de lesão, como por exemplo a lesão enorme ou até enormíssima.

Finalmente, o dinamismo dos contratos fez com que o legislador admitisse a sua resolução por excessiva onerosidade e a revisão dos contratos unilaterais pelo mesmo motivo. É preciso lembrar que, seguindo o modelo italiano, o Projeto considera que só se justifica a resolução por onerosidade excessiva, que incide sobre um dos contratantes, quando também ocorre uma extrema vantagem, para o outro. O Projeto admite que haja revisão do contrato, se o réu, na ação de resolução, modificar eqüitativamente as condições do contrato. Finalmente, nos contratos nos quais as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá a mesma pleitear a redução de sua prestação ou a alteração do modo de execução, a fim de evitar a onerosidade excessiva. Nesta última disposição, não há referência à extrema vantagem do outro contratante, cabendo, todavia, ao intérprete considerar que é uma condição necessária da revisão, pois os dois artigos que tratam da matéria devem ser interpretados construtiva e sistematicamente. Na realidade, diante de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, melhor seria admitir simplesmente que se mantivesse a equação contratual, ou seja, a relação inicialmente estabelecida entre as partes, permitindo, outrossim, que, especialmente nos contratos aleatórios, se pudesse convencionar o afastamento da teoria da imprevisão, pela própria natureza e finalidade do negócio jurídico.

Também em relação à imprevisão, o projeto não chega a inovar radicalmente, por já existir a revisão legalmente prevista em determinados contratos, como os de locação comercial, e ter sido a mesma generalizada pela jurisprudência no tocante ao contrato de empreitada, tanto no campo do direito privado como na área do direito administrativo. Houve, no caso, a

transformação de uma norma, que já foi considerada excepcional, em verdadeiro princípio geral do direito, que, no fundo, deflui da própria vedação do enriquecimento sem causa.

Na realidade, estamos modificando substancialmente o contrato, dando-lhe conteúdo e efeitos que não tinha no passado, e introduzindo, no secular direito civil, com as necessárias cautelas, alguns dos princípios do direito do consumidor e do direito administrativo. Embora seja uma evolução necessária e justa, ela deve ser temperada pelo atendimento dos direitos dos contratantes e da segurança jurídica.

De um lado, já não bastam os retoques incidentais para manter um instituto que, tendo sofrido grandes transformações, exige o reconhecimento das respectivas conseqüências pela dogmática jurídica, a fim de evitar que os conceitos se afastem da realidade. Trata-se, pois, de repensar os institutos, redefinindo as suas características, não bastando manter o nome, ou a forma, para que uma técnica jurídica se mantenha com o mesmo conteúdo.

Por outro lado, se o Direito tem a dupla finalidade de garantir tanto a justiça quanto a segurança, é preciso encontrar o justo equilíbrio entre as duas aspirações, sob pena de criar um mundo justo, mas inviável, em vez de uma sociedade eficiente mas injusta, quando é preciso conciliar a justiça e a eficiência.

Não devem prevalecer nem o excesso de conservadorismo, que impede o desenvolvimento da sociedade, nem o radicalismo destruidor que não assegura a continuidade das instituições. O momento é de reflexão e construção para o jurista, que, abandonando o absolutismo passado, deve relativizar as soluções, tendo em conta tanto os valores éticos quanto as realidades econômicas e sociais. Entre princípios antagônicos, num mundo dominado pela teoria da relatividade, cabe adotar, também no campo do Direito, o que alguns juristas passaram a chamar os princípios de geometria variável, ou seja, o equilíbrio entre justiça e segurança, com a prevalência da ética mas sem desconhecer a economia.

Surge, assim, um novo contrato, tão afastado daquele que foi concebido pelo Código Napoleão quanto o da lei francesa estava distante do contrato romano. A força das palavras e das instituições se mantém no tempo, mas para tanto é preciso adaptá-las à evolução constante do mundo e da tecnologia, para evitar a revolta dos fatos contra o direito, à qual aludia, há longos anos, GASTON MORIN.

São Paulo, 25.3.98.

(*) ARNOLDO WALD é Advogado em São Paulo e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

DIREITO
ROMANO

FALHAS DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL

FRANCISCO PEREIRA DE BULHÕES CARVALHO

Sem nos abalançarmos, no momento, a fazer um cotejo minucioso e completo entre o Anteprojeto e o texto do Código Civil vigente, atualizado pelas leis subseqüentes, vamo-nos limitar a apontar alguns pontos controvertidos no atual Código Civil e comparar a solução dada por este com a trazida pelo novo Anteprojeto.

I

INCAPACIDADE DOS MENORES DE DEZESSEIS ANOS NO CÓDIGO CIVIL VIGENTE

1. — Ao regular a matéria da incapacidade de exercer pessoalmente os atos da vida civil, o legislador teria de optar entre dois grandes sistemas jurídicos: a) o do Código Civil Alemão ou Suíço; b) ou o do direito francês (e o dos Códigos que nele se inspiraram, como o italiano, antigo e novo; português, antigo e novo; espanhol, chileno, colombiano, uruguaio, etc.).

O direito alemão e o suíço distinguem radicalmente a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa.

Incapacidade absoluta, cuja sanção é a nulidade absoluta do ato, é a que resulta da falta total de discernimento, como acontece com os menores de sete anos de idade ou pessoas privadas permanente ou temporariamente do uso da razão (arts. 104 e 105 do Cód. Civil Alemão, e art. 17 do Cód. Civil Suíço).

Incapacidade relativa é a daqueles cujos atos, para obterem eficácia, dependem de autorização de tutor ou curador, como sejam os atos de menor com mais de sete anos e dos interditos capazes de discernimento. Enquanto não aprovados, tais atos, que não são nulos nem anuláveis, permanecem em estado de pendência. A parte capaz, para fazer cessar esse estado de pendência, teria de notificar o representante do incapaz para ratificar ou não o negócio e só poderia revogá-lo se não conhecia o impedimento, ao contratar (arts. 108, 109 e 114 do Cód. Civil Alemão; art. 410 do Cód. Civil Suíço; e art. 38 do Cód. de Obrigações Suíço).

O direito francês rejeitou essa distinção entre incapacidade absoluta e relativa. Para ele, toda incapacidade é uma simples medida de proteção, que torna anulável o ato anulável, somente a requerimento do próprio incapaz, seja ele um menor de qualquer idade, ou um interdito ou seu representante legal (De Page, 2, n.º 311; Planiol, 1, n.º 2.083; Planiol et Ripert, 1, n.º 724; Colin et Capitant, 1, n.ºs 860 *in fine*, 870 e 876).

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 16 (1ª Fase), jun./dez. 1972, p. 20-46.

Observe-se que a doutrina alemã nada tinha de novidade já que era um desenvolvimento das antigas doutrinas romanas sobre contrato claudicante.

2. — No nosso direito anterior à vigência do Código Civil, Lacerda de Almeida ensinava a doutrina do direito alemão (Obrigações, § 57). Observava, entretanto, que sobre a matéria reinava confusão e incoerência, causadas, em grande parte, pela defeituosa e intrincada classificação de nulidades do Regulamento 737, de 1850, (obra citada, nota G, pág. 398).

Note-se, entretanto, que o Regulamento 737 parece ter acolhido a doutrina francesa sobre nulidade relativa dos atos praticados pelos menores em geral, quando determinou: "as nulidades relativas, fundadas na preterição de solenidades estabelecidas em favor de certas pessoas, como a mulher casada, MENORES, presos, réus e outros, só podem ser alegadas e propostas por essas pessoas, ou por seus herdeiros, salvo os casos expressos na lei" (art. 687, alínea 1.ª).

3. — O nosso Código Civil, ao elaborar o seu sistema de nulidades dos atos jurídicos, obedeceu às mais diversas influências e acabou por se apresentar inteiramente incoerente e contraditório.

É assim que, no seu art. 145, n.º I, ao declarar nulo o ato praticado pelo absolutamente incapaz, reproduziu o sistema do direito alemão. Isso não o impediu de, no art. 83, adotar o sistema do direito francês sobre a nulidade relativa dos atos dos incapazes em geral, ao dizer, reproduzindo o art. 1.125, alínea do Código Civil Francês: "A incapacidade de uma das partes não pode ser invocada pela outra em proveito próprio..."

O art. 5.º sobre incapacidade absoluta é dos mais imperfeitos do Código. Basta dizer que incluiu entre seus casos de absolutamente incapazes os ausentes, que certamente têm capacidade para agir no local onde se encontrem presentes. Também o Código esqueceu os psicopatas que, só em 1934, foram regulados pela lei.

O mais estranho, entretanto, é o art. 5.º, n.º I, que declarou absolutamente incapazes não os menores sem discernimento ou menores de sete anos, como é evidente, mas os menores adultos com menos de 16 anos. E, como os atos dos absolutamente incapazes são declarados nulos pelo art. 145, n.º I, chega-se às conseqüências mais estranhas.

Esqueceu-se o legislador de que, se a incapacidade só pode ser alegada pelo próprio incapaz, nos termos do art. 83, a nulidade por incapacidade deveria ser tida como relativa e não absoluta.

Outros dispositivos do Código também contrariam o texto do art. 145, n.º I.

Assim é que:

a) o casamento contraído pelo menor de 16 anos, como o dos loucos, é anulável e não nulo (art. 183, n.ºs 9 a 12, comb. com o art. 209);

b) é *válido* o casamento do menor de 16 anos para evitar a imposição de pena criminal (art. 214);

c) as obrigações nulas assumidas pelos referidos menores são afiançáveis (art. 1.488);

d) pode o referido menor aceitar doação pura (art. 1.170) e, portanto, também adquirir posse;

e) pode ele administrar os bens adquiridos no exercício de qualquer profissão (art. 391, n.º II);

f) e, o que é mais grave do que tudo, pode o menor de 16 anos ser EMANCIPADO pelo casamento (art. 9.º, parágrafo único, n.º II) e pelo estabelecimento civil e comercial com economia própria.

Não devemos esquecer, também, as normas de direito internacional privado, quer pelo princípio da nacionalidade, quer pelo do domicílio, que admitem que menores púberes de 12 e 14 anos possam casar-se, emancipando-se pelo casamento, testar, reconhecer filho natural, administrar livremente seu pecúlio profissional ou industrial e exercer mandato (vide Incapacidade Civil e Restrições de Direito, vol. 2, n.ºs 911 e seguintes).

Do ponto de vista prático, parece absurdo falar em incapacidade absoluta de menores de 16 anos num país que teve um *Imperador* proclamado maior com menos de 15 anos de idade e onde os menores com discernimento livremente exercem os atos comuns da vida civil e podem trabalhar desde os doze anos, fazendo seu próprio pecúlio.

II

INCAPACIDADE DOS MENORES DE 16 ANOS E O NOVO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

1. — Em 1957, tive a oportunidade de publicar um livro em dois volumes demonstrando, fartamente, os erros do sistema de nulidades do Código Civil, particularmente no que diz respeito aos menores de 16 anos.

Em 1964, em repetidos artigos, publicados em edição de domingo do "Correio da Manhã", fiz a mesma crítica aos dispositivos do Anteprojeto do Código Civil, em artigos, muitos dos quais transcritos em revistas jurídicas desta Capital e até de Portugal.

Em 1966, novamente focalizei longamente o assunto no livro "A Ineficácia do Ato Jurídico e a Reforma do Código Civil", o qual se acha também publicado na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Guanabara, vol. 12.

Certamente, minha autoridade é nenhuma. Mas, pelo menos, era de esperar um certo cuidado em corrigir as imperfeições por mim tão insistentemente assinaladas.

Ora, eis que agora surge novo Anteprojeto de Código Civil reincidindo em quase todos os pontos criticados.

Especialmente, é censurável a orientação do Anteprojeto no seu sistema de nulidade de atos jurídicos e na insistência em considerar absolutamente incapazes os menores de 16 anos e nulos os seus atos (art. 4.º, n.º I, comb. com o art. 168, n.º I).

a) Para se comprovar o absurdo de tal dispositivo e a incoerência do Projeto a esse respeito, basta citar os seus arts. 1.736, n.º I, e 1.737.

"Art. 1.736. É nulo o casamento contraído: I — pelo absolutamente incapaz" (entre eles, portanto, o menor de 16 anos, art. 4.º, n.º I).

"Art. 1.737. A nulidade do casamento da MENOR DE DEZESSEIS ANOS ou do menor de dezoito SERÁ REQUERIDA PELO PRÓPRIO CÔNJUGE MENOR OU POR SEUS REPRESENTANTES LEGAIS."

Uma nulidade que só pode ser alegada pela própria parte incapaz ou seu representante legal é tipicamente uma nulidade relativa.

O casamento de menor de 16 anos é, portanto, anulável e não nulo.

b) Como no caso do atual Código Civil, é VÁLIDO o casamento de menor "incapaz" (qualquer que seja sua incapacidade) para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, ou para resguardo da honra da mulher que não atingiu a maioridade (art. 1.707).

c) "Por defeito de idade (qualquer que ela seja) não se anulará (e, portanto, será válido) o casamento de que resultou gravidez" (art. 1.741).

d) "O casamento do menor que não atingiu a idade nupcial (de 16 anos para a mulher e de 18 para o homem, sem limitação do mínimo inferior ao legal) poderá ser por ele confirmado ao completar aquela idade, desde que autorizado por seus representantes legais, com efeito RETROATIVO à data da celebração" (art. 1.738).

Eis aí um casamento "nulo" que pode ser "confirmado".

e) "Cessará, para os menores, a INCAPACIDADE (sem especificação) PELO CASAMENTO" (art. 6.º, parágrafo único, n.º II).

O menor de dezesseis anos, portanto, que se casa, EMANCIPA-SE nos casos em que o casamento é declarado válido, ratificado ou não anulado. Torna-se em tal caso ABSOLUTAMENTE CAPAZ para todos os atos jurídicos!

2. — É verdade que, no art. 104, o Projeto modificou o texto do art. 83 do atual Código Civil, determinando que, no caso de incapacidade RELATIVA, a mesma não possa ser invocada pela outra em benefício próprio.

Com isso, porém, somente tornou mais odioso o preceito que considera o menor de 16 anos incapaz para qualquer ato jurídico sob pena de NULIDADE ABSOLUTA.

Justificar-se-ia esse preceito para o caso do menor de sete anos, que não possui discernimento.

Não assim para os maiores de sete e menores de 16 anos, que possuem discernimento, não são autômatos, podem trabalhar legalmente a partir de doze anos e amealhar seus bens.

Não se justifica juridicamente que seus atos sejam nulos de pleno direito e a nulidade possa ser pleiteada pelos próprios que com ele contrataram.

Muito menos há tal justificativa perante um Código que considera meramente ANULÁVEL O NEGÓCIO JURÍDICO realizado por pessoa não interditada, que POR QUALQUER CAUSA, MESMO TRANSITÓRIA, esteja IMPOSSIBILITADA DE ENTENDER OU DE QUERER, NO MOMENTO EM QUE FOI CELEBRADO" (art. 174).

No caso de louco não interditado, ou de ato praticado por quem, por fraqueza de espírito, embriaguez ou outra causa, estivesse privado de discernimento, o ato deveria ser considerado nulo, porque estaria desacompanhado de consentimento.

Eis, entretanto, que o Projeto declara ANULÁVEL o ato praticado sem discernimento pelo louco não interditado e NULO o ato praticado COM DISCERNIMENTO, por um menor de 16 anos.

Como disse Lacerda de Almeida a propósito do sistema de nulidade do Reg. 737, "as coisas andam aqui trocadas" (livro citado, pág. 399).

Se a incapacidade do louco não interditado é considerada RELATIVA por motivo de proteção ao mesmo louco, por que, também, não dar igual medida de proteção ao menor de dezesseis anos, considerando-o relativamente incapaz?

E veja-se o rigor com que o Projeto trata o menor de 16 anos, negando-lhe a administração dos bens que ele adquiriu no exercício de atividade profissional (art. 1.907).

Nesse caso, dentro do rigor da incapacidade absoluta, tais menores deveriam ter proibida qualquer atividade profissional própria, pois seriam incapazes de exercer pessoalmente qualquer atividade jurídica. Seus atos seriam nulos, e nulos seus proventos.

3. — Diz a Exposição de Motivos do Anteprojeto que preservou a Parte Geral do atual Código, "cuja estrutura e papel se vinculam aos imorredouros ensinamentos de Teixeira de Freitas, que seria absurdo desprezar para dar-se preferência a modelos alienígenas".

Parece bastante estranho preferir o sistema de Teixeira de Freitas a modelos alienígenas, quando, como é fácil demonstrar, Teixeira de Freitas inspirou-se, no seu sistema de nulidades, em Toullier, um dos primeiros comentadores do Código Civil Francês, que também inspirou o sistema de nulidades do Reg. 737, de 1850.

Se o autor do Projeto acha insuperável o sistema de Teixeira de Freitas, por que não adotou, também, o sistema de nulidade manifesta e dependente de julgamento conjugada com a divisão da nulidade em absoluta e relativa? "Entende-se que há nulidade manifesta (diz o art. 787 do Esboço Teixeira de Freitas), quando, na lei, se declarar que os atos jurídicos são nulos, ou se decretar nulidade ou a pena de nulidade". "Entenda-se que há nulidade dependente de julgamento, quando, na lei, se declarar que os atos jurídicos são anuláveis ou podem ser anulados" (acrescenta o art. 788 do Esboço).

Todavia, há atos declarados NULOS pelo art. 789 que têm mera NULIDADE RELATIVA (art. 810) e há atos declarados ANULÁVEIS pelo art. 790 que têm NULIDADE ABSOLUTA (art. 805).

É fácil verificar, pela simples leitura do Esboço, a extrema complexidade do seu sistema de nulidades, semelhante ao do Reg. 737.

E se o autor do Projeto considera tão perfeita a enumeração dos absolutamente incapazes, feita pelo Esboço Teixeira de Freitas, por que o Projeto não incluiu entre tais incapazes os AUSENTES, como o faz o art. 44, n.º 5,

do Esboço? E por que não incluiu os FALIDOS entre os relativamente incapazes, como estatuiu o art. 42, § 3.º, do Esboço?

O formidável talento de Teixeira de Freitas não significa que em tudo tenha dado a última palavra, quando fez seu Esboço em 1860, há mais de um século, e que o seu modelo alienígena (Toullier) e nacional (Reg. 737) sejam perfeitos.

Temos de optar ou pelo modelo francês, baseado em longo estudo doutrinário e não apenas nos primeiros estudos de Toullier; ou pelo modelo alemão e suíço, fundado na sã razão e nos eternos ensinamentos do direito romano, e que eram também a tradição de nosso antigo direito.

III

O "TERCEIRO GÊNERO" DA INEFICÁCIA DO ATO JURÍDICO

1. Os grandes juristas franceses do século passado, ao comentarem o Código Civil Francês de 1804, dada a omissão do Código quanto à classificação das nulidades do ato jurídico, procuraram traçar princípios gerais, apoiados na letra do Código e nas antigas tradições do direito romano.

Para isso, cada um emitiu idéias próprias, sendo que os primeiros comentadores, como Toullier, as apresentaram altamente complexas e obscuras, que passaram para o nosso Regulamento 737, de 1850, e para o Esboço Teixeira de Freitas.

Mais modernamente, prevaleceu o sistema mais simples preconizado por Planiol, segundo o qual os atos ou são nulos de pleno direito, ou são anuláveis.

Esta distinção, escreve ele, vem do direito romano, para o qual "havia duas maneiras para um ato ser nulo: havia *nulidade civil*, que se produzia de pleno direito, automaticamente; e, ao lado dela, havia a *nulidade pretoriana*, que supunha o exercício duma ação em justiça e não se realizava senão em virtude duma sentença judiciária" (Planiol, *Traité El.*, vol. 1, ed. 1906, n.º 328, pág. 124).

A nulidade de pleno direito seria a verdadeira nulidade, a que sanciona as proibições da lei, pode ser alegada por qualquer pessoa interessada, não desaparece pela ratificação do ato nem pela prescrição.

O ato anulável seria uma MEDIDA DE PROTEÇÃO POR UMA PESSOA DETERMINADA, somente pode ser por esta alegada em juízo e desaparece pela ratificação do ato ou sua prescrição.

Duas seriam as principais causas que tornam um ato anulável: a) os vícios de consentimento (violência, erro, dolo, e, às vezes, a lesão); b) a incapacidade do autor do ato.

Sobre a "incapacidade do agente" a doutrina francesa firmou o princípio, fundado no art. 1.125 do Código, de que a mesma seria sempre causa de anulabilidade do ato, pouco importando que a incapacidade fosse absoluta, pela total falta de discernimento do agente, ou apenas relativa.

Desde então, pouco importaria que o agente fosse um menor de sete anos, sem discernimento, ou um louco: a nulidade de seus atos seria sempre apenas

RELATIVA e somente poderia ser alegada pelo próprio incapaz, quando adquirisse a capacidade, ou por seu representante legal.

2. Depois de haver assim firmado o princípio de que toda a incapacidade de exercício produz a simples ANULABILIDADE DO ATO, o direito francês, estendeu essa mesma regra à falta de poder de representação, como são caracteristicamente os atos irregulares do pai ou do tutor, ou do vendedor de coisa alheia.

Tais atos seriam apenas ANULÁVEIS, ou seja, sua nulidade seria RELATIVA.

3. O Direito, porém, aperfeiçoa-se, como todas as ciências.

Coube a Windscheid a glória de fazer surgir, perante a ciência jurídica, a existência dum *TERTIUM GENUS* de INEFICÁCIA, diferente da nulidade e da anulabilidade, ou seja, a chamada INEFICÁCIA SIMPLES, e seus princípios foram desenvolvidos em todas as suas conseqüências pelos juristas alemães e consagrados no Código Civil Alemão, que entrou em vigor em 1900, e no Código Civil Suíço, entrado em vigor em 1907.

Pode, com efeito, um ato reunir todas as condições intrínsecas de validade e, entretanto, não possuir EFICÁCIA por falta dum elemento extrínseco ou COMPLEMENTAR exigido pelo contrato ou pela lei.

São duas as modalidades principais da ineficácia restrita ou simples: a) a ineficácia pendente, ou negócio incompleto; b) a ineficácia relativa ou inoponibilidade.

a) Ocorre ineficácia pendente ou negócio incompleto, quando falta um elemento integrativo à plena eficácia do negócio em formação, quer se trate dum elemento acessório exigido pela vontade das partes (como no negócio sob condição suspensiva) quer dum elemento estranho a essa vontade e exigido pela lei, como, por exemplo: 1.º, transferência da propriedade, já contratada em escritura pública, mas pendente de transcrição ou tradição; 2.º, testamento até a abertura da sucessão e aceitação da herança; 3.º, qualquer negócio que exija a aprovação de terceiro até que ela seja outorgada.

São exemplos deste último caso:

a) se um menor RELATIVAMENTE INCAPAZ conclui um contrato sem consentimento do seu representante legal, a eficácia do contrato depende dessa aprovação (art. 108, do C. C. Alemão);

b) se alguém conclui sem poder de representação um contrato em nome de outro, a eficácia desse contrato depende da ratificação deste último (artigo 177);

c) se a mulher casada dispõe dos bens trazidos à comunhão por contrato, sem consentimento do marido, a eficácia do contrato depende da aprovação do marido (art. 1.396);

d) da mesma forma, se o contrato é realizado pelo marido sem a aprovação da mulher, nos casos previstos nos arts. 1.444 a 1.446 (art. 1.448);

e) se o tutor conclui um contrato sem a aprovação do Tribunal de Tutelas, nos casos em que ela é exigida, a eficácia do contrato depende da aprovação ulterior do Tribunal de Tutelas (art. 1.831, alínea 1).

O contrato que dependa de autorização de terceiro, se for concluído sem ela, tem sua eficácia dependente de ser ela prestada ulteriormente. A outra parte contratante fica vinculada ao contrato até que seja negada a aprovação e a negativa lhe seja notificada pelo terceiro, ou até que a aprovação se repute legalmente negada, isto é, até que haja transcorrido, sem resultado, o prazo de duas semanas da notificação feita ao terceiro para se explicar a respeito da notificação.

2.ª) Ocorre ineficácia relativa, ou inoponibilidade, se o contrato, válido entre as partes, não é OPONÍVEL A TERCEIRO.

Tal é o que sucede entre outros casos, se o terceiro tem direito próprio sobre a coisa, como no caso de venda ou locação sobre coisa alheia.

4. Como tivemos ocasião de escrever em livro publicado em 1957, "embora a nova teoria da "ineficácia pendente" ainda não tenha obtido uma sistematização racional perfeita, é indubitável que corresponde à natureza das coisas e não pode ser ignorada pelos juristas. O Direito não é uma criação arbitrária, mas o resultado da observação concreta das relações sociais e do seu estudo analítico exato. Não se pode confundir a "falta de poder" dum tutor em relação à sua atividade em nome do pupilo, com uma simples "incapacidade de exercício" de quem não possa usar pessoalmente de seu próprio direito. E um ato que apresenta defeito intrínseco (nulidade) não se confunde com aquele que apenas uma causa extrínseca impede de ser eficaz. É, assim, de lamentar que o nosso Código Civil, de 1916, e o recente Código Civil Italiano, de 1942, tenham afetado ignorar a questão da ineficácia pendente; sendo que o Código italiano veio acolher expressamente a doutrina francesa sobre a nulidade relativa dos atos irregulares do tutor (art. 377).

Pensamos, entretanto, que os novos juristas franceses já teriam substituído essa doutrina pela da ineficácia, se não fosse a dificuldade de adaptá-la aos textos dum código brilhante mas já envelhecido, e de resistir ao peso duma tradicional jurisprudência que elaborou tão penosamente aquela doutrina, aliás, à margem e supletivamente à omissão de textos legais. Para nos convencermos disso, basta atentar para referências feitas pelos mais recentes e sempre profundos tratadistas franceses" (Incapacidade Civil e Restrições de Direito, 1957, vol. 1, n.º 97, pág. 156), tais como Colin et Capitant (1, n.º 846), Demogue (Des Obligations en général, 2, n.º 662), Ripert et Boulanger, Auguste Lebrun (Repert. Dalloz, v. État et Capacité des personnes, n.º 295) e De Page, em relação à locação e venda de coisa alheia (Traité, vol. 4, n.º 509), fraude contra credores e simulação (vol. 2, n.º 788), ou por condômino (vol. 4, n.º 509).

Constitui, assim, um erro de terminologia falar em "nulidade" ou "anulabilidade" nos casos de INEFICÁCIA, que iremos a seguir examinar: a) os atos em geral praticados sem direito de representação; b) os atos de administração irregulares do tutor, do pai ou do cônjuge; c) contratos relativos a coisa alheia; d) contratos sobre coisa indivisa; e) atos praticados com simulação; f) atos praticados com fraude a credor; g) ato praticado pelo relativamente incapaz sem assistência do seu representante legal; h) atos em geral que, para adquirirem eficácia, necessitam de ser complementados me-

diante autorização de terceiros; i) atos cuja eficácia depende de registro com efeito retroativo, como acontece, por exemplo, com o casamento religioso.

Apreciemos como a questão foi resolvida pelo atual Código Civil e pelo novo Projeto.

IV

MANDATO E O PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

1. — Em virtude do princípio da representação, todos os atos praticados pelo mandatário, dentro dos limites do mandato, são considerados como tendo sido feitos pelo próprio mandante. Se, entretanto, o mandatário agir fora dos limites do mandato, ou se se apresentar em nome alheio sem mandato, a regra é a inversa: o ato não produz efeito em relação ao pretendido mandante, de acordo com a regra segundo a qual as convenções somente devem produzir efeito entre as partes contratantes: "res inter alios acta neque nocet neque prodest". Excetua-se o caso de ocorrer outro motivo jurídico, como a ratificação, a gestão de negócios, o enriquecimento sem causa, etc.

É o que ficou consignado no art. 1.998, 2.ª alínea, do Código Civil Francês: "Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. — IL N'EST TENU de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement".

Os antigos tratadistas franceses analisavam essa situação jurídica à luz da questão da EXISTÊNCIA ou VALIDADE do ato praticado por parte do mandatário sem poderes. Entendiam que tal ato deveria ser considerado INEXISTENTE de pleno direito em relação ao apontado mandante, por falta de consentimento por parte deste. Não haveria, por isso, necessidade de que o mandante pedisse a declaração de sua nulidade (Laurent, 28, n.º 64, e vol. 27, n.º 434; Duranton, 18, n.º 260; Aubry et Rau, § 414 e nota; Baudry Lacantinerie, 24, n.º 799).

Sendo inexistente o ato em relação ao apontado mandante, também o seria em relação ao mandatário e ao terceiro que com ele houvesse contratado, os quais poderiam, portanto, livremente, revogar o contrato, a fim de evitar sua ratificação ulterior (Demogue, 1, n.º 108; Baudry Lacantinerie, 24, n.º 799), porquanto o mandatário não teria tido em vista obrigar-se pessoalmente e o terceiro teria feito apenas uma oferta não aceita e que, por isso, poderia ser retratada.

2. — É fácil, porém, apontar o ponto fraco dessa teoria, que obriga à sua rejeição, bem como à de que se trate dum contrato nulo. Se um ato é inexistente ou nulo, não poderia logicamente ser ratificado com efeito retroativo. Se pode ser ratificado retroativamente é porque já existia e era válido e apenas inoponível ao mandante.

3. — Da mesma forma deve ser rejeitada a teoria de que se trata de contrato anulável pelo mandante, como sustentaram Labbé, Navarrini e alguns julgados franceses (apud Giacomo Russo, in Dizionario del Dir. Priv., III, vb. mandato, n.º 164).

Com efeito, o mandante não é parte no contrato e, portanto, não tem interesse em anulá-lo, porquanto não tem eficácia em relação a ele.

4. A descoberta do conceito da ineficácia pelos juristas alemães, no fim do século passado, tornou evidente e pacífico perante a doutrina moderna que o contrato celebrado pelo mandatário sem poderes não é inexistente, nulo, nem anulável: é um contrato existente e eficaz entre as partes contratantes e apenas INOPONÍVEL ao mandante.

Resta agora esclarecer qual a natureza desse contrato entre as partes contratantes, isto é, entre o mandatário sem poderes e o terceiro que com ele contrata. Fixada a natureza desse contrato, poderemos determinar o grau de sua eficácia entre os referidos contratantes e, particularmente, se um, outro ou ambos poderiam revogar livremente o contrato antes de sua ratificação pelo apontado mandante.

5. Há quatro doutrinas sobre o assunto, apoiadas respectivamente pelos direitos francês, alemão, italiano e suíço.

A primeira, a que já nos referimos, geralmente propugnada pelos juristas franceses, é a de que o mandatário sem poderes seria um simples núncio, através do qual o terceiro contratante faz uma simples oferta em nome do suposto mandante. Enquanto não ratificado por este, o contrato seria inexistente por falta de consentimento do representado e poderia ser livremente retratado pelo que fez a indevida oferta ou pelo seu aceitante.

Na verdade, entretanto, o contratante que aceita voluntariamente a proposta que lhe foi feita pelo mandantário sem poderes não tem em vista servir-se deste como simples núncio para atingir o apontado mandante. Mesmo quando ignore a falta de poderes do mandatário, realiza um contrato "contemplatione domini" tanto quanto o outro contratante age, não em nome próprio, mas em nome do "*dominus*". E, quando o contratante conheça a falta de poderes do mandatário, é indubitável que está celebrando conscientemente um contrato cuja eficácia, em sua própria intenção, fica pendente da aprovação do terceiro, apontado mandante.

6. Daí, o sistema adotado pelo Código Civil Alemão, segundo o qual o terceiro contratante não tem direito de revogar o contrato, se o tiver celebrado sabendo da falta de poder de representação do mandatário (arts. 177 e 178).

Nem mesmo por mútuo acordo entre o representante sem poderes e o terceiro poderia ser revogado o contrato (Enneccerus, Kipp, Wolff, Tratado, I, Parte General, II, § 170, nota 6).

Para desfazer o vínculo do contrato, o terceiro é obrigado a recorrer à notificação do mandante, para que declare se ratifica ou não o contrato em prazo certo. No silêncio do mandante, entende-se por ele recusada a ratificação (art. 177).

7. Uma terceira teoria é a do Código Civil Italiano (art. 1.319, 2.ª alínea), segundo o qual o terceiro contratante e o gestor podem revogar, mas só por COMUM ACORDO entre eles, o contrato que ambos hajam celebrado em nome do *dominus*. Entendem os partidários dessa solução que o contrato

não está perfeitamente concluído antes da ratificação, da qual depende. Seria um contrato em que as partes se limitariam a aguardar a ratificação do *dominus*, criando, assim, para este uma mera possibilidade e não um direito a ratificá-lo. E, assim, poderiam as partes contratantes revogar, DE COMUM ACORDO, o que haviam convencionado (Pachioni, parte 2, vol. II, n.os 19 a 22).

Todavia, "o terceiro contratante pode convidar o interessado a pronunciar-se sobre a ratificação, assinando-lhe um prazo, findo o qual, no silêncio, a ratificação se entende negada" (art. 1.399, 3.ª alínea).

8. Segundo uma quarta teoria (que é a do direito suíço), o contrato fica desde logo perfeito, desde que seja celebrado; apenas sua eficácia fica suspensa até a ratificação. Seria análogo a um contrato condicional, em que a ratificação funcionaria como uma *"conditio juris"*. Desde então, seria IRREVOGÁVEL, quer unilateralmente, quer por mútuo acordo, e ainda quando o terceiro que contratou com o pseudo-representante haja ignorado a falta de representação (Giacomo Russo, loc. cit., em que aponta os principais propugnadores desta teoria, sustentada por Windscheid, com apoio num texto romano do Digesto, 3, 5, fr. 24).

Só em caso de fraude, poderia ser feita impugnação com base no art. 28 (nulidade por dolo) (Von Tuhr, *Tratado de las Obligaciones*, 1, pág. 260, nota 4).

Não tendo havido dolo, os contratantes somente podem desfazer-se do vínculo do contrato mediante interpelação ao apontado mandante para que declare num prazo conveniente se ratifica ou não o contrato.

9. — Examinemos, agora, o que sobre a matéria dispõe o atual Código Civil.

Começa ele por dizer, no seu art. 1.206: "Pode o mandante ratificar OU IMPUGNAR os atos praticados em seu nome, sem poderes suficientes".

De acordo com a tradição vinda do art. 1.991, 2.ª alínea, do Código Civil Francês, o mandante não fica obrigado pelo que o mandatário sem poderes fizer em seu nome, a menos que tenha ratificado o ato (art. 1.752, 2.ª alínea, do antigo Código Civil Italiano, art. 1.727, 2.ª alínea, do Código Civil Espanhol).

Este fato, praticado entre estranhos, era considerado pelos antigos comentadores, "inexistente" em relação ao mandante, que não necessitaria, portanto, argüir sua "nulidade". Hodiernamente, a doutrina pacificamente admite tratar-se de ato "ineficaz" ou "inoponível" ao apontado mandante.

Exigir, portanto, que o mandante "IMPUGNE" tal ato parece, de certa forma, entender que o ato é NULO RELATIVAMENTE A ELE. E, nesse sentido, foi entendido nos comentários de João Luiz Alves (com. ao art. 1.296, ed. 1926, pág. 927), talvez influenciado pela redação do art. 1.351, do antigo Cód. Civ. Português, a que se reportava Clóvis Beviláqua, antes do Código, em suas Obrigações, § 121.

Foi necessária a Carvalho Santos uma longa dissertação, para provar o contrário (vol. 18, págs. 184 a 212, transcrevendo parecer de Levi Carneiro), que afinal se tornou pacífico entre nossos juristas.

O apontado mandante não é obrigado a "impugnar" nem mesmo quando notificado pelo terceiro, pois se entende que seu silêncio corresponde a recusa de ratificação.

Além disso, o Código Civil deixou de regular a questão da revogabilidade do contrato entre o mandatário sem poderes e o terceiro, enquanto o mesmo pender da ratificação do mandante.

Tudo isso parecerá inexplicável, se tivermos em conta que o legislador tinha, então, sob seus olhos, a clara regulamentação dos arts. 177 e 178, do Código Civil Alemão, e arts. 46 e 47, do Código Federal de Obrigações da Suíça, este último de 1881, muito antes de elaborado o projeto do nosso atual Código Civil.

10. — O nosso espanto agora é ainda maior quando vemos o projeto do novo Código Civil reproduzir *ipsis literis* o texto do art. 1.206, do atual Código (art. 676 do Projeto) e omitir completamente qualquer regulamentação da questão da revogação do contrato celebrado com representante sem poderes.

Em 1966, tivemos ocasião de publicar um longo estudo crítico a esse respeito, agora reproduzido, e que pode ser lido na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, vol. 12, 1966, págs. 1 a 79, e em *separata*, certamente do conhecimento de, pelo menos, alguns dos membros da comissão organizadora do novo Código.

Infelizmente, parece não sermos lidos.

Sugiro que o novo Código tenha dispositivo semelhante ao do art. 1.399, 2.ª e 3.ª alíneas, do Código Civil Italiano:

"O terceiro e aquele que com ele haja contratado como representante podem, DE COMUM ACORDO, dissolver o contrato antes da sua ratificação.

"O terceiro pode convidar o interessado a pronunciar-se sobre a ratificação, assinando-lhe um prazo razoável, findo o qual, no silêncio, entende-se negada a ratificação."

V

ATOS DE ADMINISTRAÇÃO IRREGULARES DO TUTOR

A

No Direito Romano e Francês

1. — O Direito romano previa três ordens de restrição ao poder de administração do tutor, quer diretamente, quer pela interposição da *auctoritas*: a) proibia, sob pena de nulidade, a venda de imóveis e de móveis de valor do pupilo, sem autorização especial; b) permitia ao pupilo impugnar os atos do tutor eivados de dolo ou fraude, notadamente os atos gratuitos de disposição de bens; c) dava ao pupilo a restituição por inteiro no caso de lesão (Accarias, I, n.º 148 e seg.); Girard, ed. 1906, pág. 213; Petit, n.º 116; Van Wetter, §§ 629 e 630; Bonjean, I, n.os 667 e seg.).

2. — O Código Civil Francês colocou a solução do problema sob outras bases: a) negou o direito do pupilo pleitear a restituição por inteiro contra os atos do tutor, praticados com as formalidades legais; b) limitou-se a proibir ao tutor a prática de determinados atos, SEM ESTABELECER A SANÇÃO para o caso da proibição ser violada.

Distingue, nos arts. 450 e seg.: a) os atos que não podem ser praticados sem autorização do Conselho de Família; b) os atos que, além da autorização do Conselho, necessitam de homologação judicial; c) os atos inteiramente interditos ao tutor (vide Planiol, I, n.º 1.964).

A redação dada a esses dispositivos é meramente proibitiva: "O tutor NÃO PODE tomar emprestado ao menor (diz, por exemplo, o art. 457) nem alienar ou hipotecar seus bens imóveis sem estar a isso autorizado pelo conselho de família".

Qual a sanção dessa proibição, já que a lei não estabelece expressamente a pena de nulidade?

Duranton, que foi um dos primeiros comentadores do Código Civil Francês, ensinou, de acordo com Pothier, que o tutor, como mandatário legal do menor, não poderia exceder seus poderes, sob pena de praticar um ato INEXISTENTE em relação ao seu pupilo, como sucederia em relação a qualquer outro mandatário que excedesse os poderes que lhe houvessem sido conferidos (Duranton, 10, n.º 282; Pothier, Tr. des Personnes, Parte I, tít. 6, art. 3.º, § 2.º).

Essa doutrina, entretanto, foi rejeitada pelos demais comentadores. O tutor, sem dúvida, representa o pupilo, mas não é mandatário deste. Além disso, como vimos, o ato do mandatário excedente de seus poderes não é inexistente, em relação ao mandante, que o pode ratificar. Apenas lhe é inoponível.

O desconhecimento da teoria da ineficácia, descoberta mais tarde, levou os comentadores franceses a procurarem uma solução da questão no ponto de vista da nulidade relativa. E raciocinaram da seguinte maneira: o tutor, como representante legal do pupilo, ao deixar de cumprir formalidade legal que lhe é imposta pela lei, incide na sanção que a lei impõe no caso de omissão de formalidade essencial e também em geral para a preterição de leis proibitivas, qual seja a nulidade do ato; todavia, como as formas estabelecidas pela lei, em matéria de tutela ou curatela, são simples medidas de proteção para o incapaz, sua preterição somente poderia produzir uma nulidade relativa, isto é, alegável somente pelo próprio menor (Planiol, 2, n.º 1.086; Colin et Capitant, 1, n.º 846; Savatier, 1, 511; Baudry Lacantinerie, 5, n.º 585), qualquer que seja a proibição imposta ao tutor.

3. — A influência do direito francês levou alguns Códigos, como por exemplo, o italiano, tanto o antigo como o novo, a adotarem esse sistema de nulidade relativa dos atos irregulares do tutor (art. 322, do Código antigo, e art. 377, do novo).

Os Códigos Civis espanhol, chileno, colombiano, uruguaio, etc., seguindo de perto seu modelo francês, deixaram de estabelecer sanção expressa para os atos irregulares do tutor.

Daí a existência da dúvida entre seus comentadores sobre se se trata de nulidade absoluta ou relativa (vide obra do autor, Incapacidade Civil e Restrições de Direito, vol. 1, n.os 125 e 135).

Examinemos agora o nosso Código Civil.

B

A questão no Código Civil e no Anteprojeto de novo Código

1. — O nosso Código Civil restringe os direitos de administração do tutor sob duas modalidades: a) no art. 427, especifica os atos que ao autor só compete praticar "COM AUTORIZAÇÃO DO JUIZ"; b) no art. 428, aponta os atos que o autor não pode praticar, ainda com autorização judicial, sob pena de nulidade.

Esses dispositivos, como é sabido, foram redigidos sob a direta inspiração do texto de Lafayette, no seu Direito de Família (Estevam de Almeida, n.os 376 e 378).

Ficou, entretanto, o art. 427, do Código pessimamente redigido e em contradição manifesta com o art. 426 e sem coordenação com o art. 429, onde se fala de "venda de imóveis pertencentes a menores" sem especificar menores "sob tutela".

O que é mais grave, porém, é que o art. 427, do Código, não determina a sanção no caso do tutor praticar algum dos atos ali especificados, sem autorização do juiz, que aliás o dispositivo não exige seja prévia, como no caso dos atos de administração do pai (art. 386).

Em falta desse esclarecimento, somente resta ao intérprete seguir a tradição do direito anterior e considerar "anuláveis" os referidos atos, já que o Código não mais cogita também da "restituição por inteiro" a favor do menor.

2. — No momento em que se cogita de reformar o Código Civil, urge colocar a questão da eficácia dos atos irregulares do tutor dentro da sua verdadeira natureza, que não é o da "nulidade", mas da "ineficácia".

O tutor, com efeito, não age em nome pessoal, mas como representante do pupilo. Seus atos, portanto, não podem ser considerados no terreno da nulidade, mas no da sua simples "eficácia" em relação ao pupilo por ele representado.

O interessante é que isso já poderia ter sido feito pelo vigente Código Civil, porquanto desde 1900 vigora o Código Civil Alemão e desde 1907 o Código Civil Suíço que regulam a questão dentro da sua exata estrutura que é o da ineficácia.

A solução jurídica, no caso, com efeito, está perfeitamente exposta nos arts. 1.795 e 1.829, do Código Civil Alemão, e art. 424 comb. com os arts. 410, 411 e 422, do Código Civil Suíço, todos correlatos à solução dada aos atos praticados sem poderes de representação.

Se o tutor contratar sem aprovação do Tribunal de Tutelas quando a mesma é necessária, a eficácia do contrato depende da aprovação ulterior do Tribunal. A outra parte contratante fica vinculada ao contrato, até que seja

negada a aprovação ou haja transcorrido o prazo de duas semanas da notificação feita ao tutor, para resolver a respeito da aprovação.

Mesmo no caso de o tutor estar proibido de contratar, entende-se que o ato não é nulo, mas ineficaz e pendente de ratificação do pupilo ou curador especialmente nomeado (art. 177, do Código Civil Alemão; Enneccerus, Kipp, Wolff, IV, § 116, n.º 6).

3. — Além da razão teórica, há, também, uma razão prática para se adotar a noção da "ineficácia simples" em relação aos atos irregulares do tutor.

Com efeito, considerá-los meramente "anuláveis" importaria em prejudicar o pupilo, obrigado a aguardar a maioridade para propor a ação anulatória, quando o ato já produziu todos os seus efeitos. E prejudicará também a outra parte contratante, que ficará na expectativa de lhe ser ou não proposta ação anulatória até depois da maioridade do pupilo, sem ter meios de definir a situação, pela notificação do tutor para obter a aprovação judicial em determinado prazo.

Pelo sistema da "ineficácia simples" a proteção do menor é completa, porque o ato irregular do tutor é de pleno direito ineficaz, ATÉ que sobrevenha a aprovação judicial.

É como se o ato fosse nulo. Difere, entretanto, da nulidade, porquanto esta não pode ser ratificada, ao passo que o ato INEFICAZ pode ser complementado pela aprovação judicial e, então, adquirir EFICÁCIA.

Pela mesma razão, seria inconveniente declarar tais atos como sendo nulos, porquanto poderiam ser eventualmente favoráveis ao interesse do menor, e a nulidade, quando absoluta, poderia ser alegada por qualquer interessado e pelo próprio tutor, cabendo ao juiz pronunciá-la mesmo *ex officio*.

4. — É de lamentar, por isso, que o Anteprojeto de novo Código Civil se tenha limitado a REPRODUZIR LITERALMENTE o texto do Código vigente com todas suas deficiências e omissões apontadas.

VI

ATOS IRREGULARES DE ADMINISTRAÇÃO DO PAI

1. — O desconhecimento da doutrina da "ineficácia pendente e relativa" levou o nosso Código Civil a singulares dispositivos.

No seu art. 147, aponta ele os casos de "ato anulável": a) por incapacidade relativa do agente; b) por vício resultante de erro, dolo, simulação ou fraude.

Não cabem evidentemente nessa enumeração os atos irregulares praticados na representação de terceiros.

Ficaram, assim, sem a devida regulamentação legal, como vimos, os casos de ato de representante sem poderes e os atos irregulares do tutor definidos no art. 427 como sendo dependentes de autorização judicial.

Dentro da mesma categoria, ficaram colocados pelo Código os atos irregulares do pai na administração dos bens do filho.

Tais atos não se acham incluídos na relação dos atos anuláveis feitas pelo art. 147 do Código e, segundo o art. 388, incidem na pena de nulidade, cuja alegação é facultada apenas ao filho, seu representante legal ou seu herdeiro.

Segundo reconhecem os comentadores, essa "nulidade" não se confunde com "anulabilidade" e, por isso, não poderia ser ratificada (Pontes de Miranda, Tratado, IX, § 980; Clóvis, com. ao art. 388).

Quebra-se, assim, o sistema do Código, que, ao lado dos atos absolutamente nulos e dos anuláveis, reconhece a dos atos absolutamente nulos que não podem ser impugnados por qualquer interessado e incidem na curta prescrição de um ano.

Aliás, dentro dessa terceira categoria de "nulidade", existem, no Código, outros casos, como, por exemplo, o da nulidade da venda dos bens dotais (arts. 293 e 295) ou o dos atos praticados pelos "absolutamente incapazes", segundo tivemos ocasião de demonstrar pela análise do texto dos arts. 83 e 1.488, do Código (vide Incapacidade Civil e Restrições de Direito, vol. 2, n.º 753, e Ineficácia, n.º 184).

2 — Vejamos, agora, como a matéria é regulada pelo novo Anteprojeto de Código Civil.

Reproduzindo literalmente o texto dos arts. 386 e 388, do atual Código, nos arts. 1.904 e 1.906 o Anteprojeto limita-se a substituir, no art. 1.906, a palavra "nulidade" por "ineficácia".

Reza o art. 1.906: "Só podem pretender a decretação da INEFICÁCIA dos atos praticados com infração dos artigos antecedentes: I. — O filho; II. — Os herdeiros; III. — O representante legal".

Vemos, afinal, surgir, no Código, a palavra "ineficácia". Mas um exame mais atento mostra que de forma nenhuma se trata aqui da "ineficácia restritiva" ou "pendente". Esta, por sua natureza, tem efeitos imediatos: o ato é desprovido *ipso jure* de efeitos, ATÉ que se COMPLEMENTE pela autorização judicial.

No caso do art. 1.906, a ineficácia deve ser DECRETADA a requerimento do filho, dos herdeiros ou do representante legal (entenda-se do filho).

O Anteprojeto, portanto, usa a palavra "ineficácia" no sentido amplo, e de forma a abranger a INVALIDADE do ato jurídico, que poderia ser tanto a NULIDADE como a ANULABILIDADE do ato.

Verifica-se, assim, que o defeito do atual Código foi consideravelmente aumentado, dado que não se fixou a natureza da "ineficácia". E, ademais, o Anteprojeto inovou na sua terminologia criando um termo novo relativo a "invalidade", ao lado da nulidade e da anulabilidade.

3. — Acentue-se, entretanto, que esse erro de técnica do Anteprojeto não poderia ser corrigido pela simples substituição do termo "ineficácia" pelo de "anulabilidade".

Do ponto de vista prático, nenhum interesse haveria para o menor em que seja "protegido" mediante uma "anulabilidade" que ele irá argüir depois de se tornar maior, num curto prazo, depois que o ato surtiu todos os seus efeitos, quando, logicamente, como qualquer TERCEIRO, o menor deveria

ser protegido contra o administrador de seus bens pela declaração da INEFICÁCIA *IPSO JURE* do ato irregular do seu administrador, até que se COMPLEMENTASSE a representação regular por parte deste, pela obtenção da autorização judicial para a prática do ato.

No ponto de vista teórico, não é razoável que se admita "nulidade" quando a formalidade omitida não diz respeito a um ato de administração dos próprios bens pelo pai administrador, mas como COMPLEMENTAÇÃO NECESSÁRIA ao direito de representação do pai em relação a seu filho.

É evidente que os atos irregulares de administração do pai devem ser colocados sob o mesmo sistema que regula os do tutor; e este, sob as regras da INEFICÁCIA RESTRITA que regulam os atos irregulares do representante de TERCEIRO, sem poderes de representação.

4. — Ademais, não se justifica, também, que não se especifiquem os atos do pai que dependam de autorização judicial (que também pode não ser "prévia"), sendo desaconselhável a fórmula de "obrigações que ultrapassem os limites de simples administração".

Deve ser adotado o texto do art. 1.643, do Código Civil Alemão: "Relativamente aos atos jurídicos a fazer pelo filho, o pai deve ter a aprovação do Tribunal de Tutelas NOS MESMOS CASOS em que o tutor tem necessidade dessa aprovação", sendo aplicável ao pai as mesmas normas da "ineficácia pendente" do art. 1.829.

VII

ATO PRATICADO PELO RELATIVAMENTE INCAPAZ SEM ASSISTÊNCIA DO SEU REPRESENTANTE LEGAL

1. — Para que possa existir um contrato válido, é necessário o consentimento das partes. Por isso, deve ser considerado como absolutamente nulo o contrato celebrado com pessoa absolutamente incapaz de consentir, como sucede com um louco ou um menor de sete anos de idade.

Desde, porém, que se trate de menor com idade superior a sete anos e, portanto, já com DISCERNIMENTO, o contrato já não possui nenhum vício intrínseco. Trata-se apenas dum contrato incompleto, porquanto o consentimento prestado pelo relativamente incapaz deve ser COMPLETADO pelo assentimento do representante legal do menor.

É o sistema seguido pelo Código Civil Alemão, segundo o qual se o menor celebra um contrato sem o prévio consentimento ou assistência do representante legal, o contrato permanece em ESTADO DE PENDÊNCIA, e a outra parte permanece vinculada, sem poder revogar, se sabia tratar-se de menor agindo sem a necessária autorização (art. 109).

Para fazer cessar o estado de pendência, necessita a outra parte contratante de notificar o representante legal do menor para aprovar ou negar a aprovação no prazo de duas semanas (art. 108).

É um sistema perfeitamente correlato ao contrato celebrado com representante sem poderes de representação que também permanece em análogo estado de pendência (art. 177).

O Código Civil Suíço ainda vai mais longe do que o alemão, como vimos, porque nega em qualquer caso ao outro contratante o direito de revogação, só podendo desvincular-se do contrato mediante notificação ao tutor, dando-lhe prazo para conceder ou negar sua aprovação (art. 410).

2. — Esse sistema tão claro e lógico do Código Civil Alemão e Suíço prende-se a uma antiga tradição do direito romano que, de forma alguma, assimilava o ato do relativamente incapaz ao ato viciado por erro, dolo ou coação.

A incapacidade do pupilo sob tutela já saído da infância não era motivo de nulidade nem de rescisão. Tornava o contrato "claudicante", isto é, válido na parte que atribuísse direito ao pupilo e nulo na parte que lhe atribuísse obrigação.

Praticamente, o contrato claudicante era ineficaz contra o pupilo, pela nulidade das obrigações assumidas por este e ineficaz contra a outra parte contratante, que poderia recorrer à *exceptio inadimpleti contractus*.

3. — A possibilidade de o tutor ratificar o ato do pupilo praticado sem a sua *auctoritas* é, como tivemos ocasião de dizer noutra obra, uma questão obscura no direito romano (Incapacidade Civil e Restrições de Direito, vol. I, n.º 14, nota 87).

Os nossos antigos praxistas, entretanto, recolhendo a tradição do direito romano, admitiam que o pupilo, com a autoridade do tutor, pudesse ratificar ou resilir o contrato, "podendo ainda a outra parte, como ensinou Moraes e o repete Borges Carneiro, para não estar o seu direito sempre incerto, exigir que o menor — e seu tutor — declare se quer resilir o contrato ou estar por ele, suprindo-se, nesse caso, a solenidade que faltou " (Moraes, 1, v. 2, cap. 20, ns. 58 a 60; Borges Carneiro, Direito Civil, 2, § 224, ns. 7 e 9).

Também essa tradição do "contrato claudicante" perseverou no antigo direito belga. Na França, porém, durante a Idade Média, entendia-se que a sanção normal para a incapacidade do menor era antes a *restitutio in integrum* ou a rescisão por lesão (De Page, 2, n.º 18, pág. 37).

4. — A obscuridade com que foi redigido o Código Civil Francês, em relação a essa matéria, e o exagerado apego à letra do referido Código, levaram os comentadores a "longas controvérsias para elaborar a teoria da incapacidade pessoal do menor" (Planiol, 2, n.º 1.083).

Afinal, a teoria que triunfou na França foi a de que o menor não tinha incapacidade para contratar, mas apenas a incapacidade de ser lesado (Baudry Lacantinerie, 14, n.º 1.952, com grande citação de autores e julgados).

5. — Esse ponto de vista, porém, não foi o que triunfou nos países que sofreram a influência do direito francês. Assim é que, na Itália, ao ser elaborado o Código Civil de 1865, nada menos do que quatro sistemas doutrinários então em voga foram citados no Relatório que precedeu ao Projeto Pisanelli sobre o art. 1.303, do referido Código (Giorgi, 8, n.º 152, pág. 243).

Prevaleceu, então, a concepção de que o ato praticado pelo relativamente incapaz sem autorização do seu representante legal seria sujeito a "ação de nulidade" (o Código desconhece a expressão "anulável" ou "anulabilidade"), a ser proposta pelo próprio menor ou seu representante legal (art. 322).

Desenvolvendo esse ponto de vista, a doutrina italiana colocou a incapacidade civil do autor do negócio jurídico como motivo de anulabilidade, lado a lado aos vícios de consentimento (dolo, erro e coação).

Passaram, então, a distinguir o ato nulo do anulável pelo seguinte característico principal: o ato é nulo quando lhe falta algum elemento essencial; e é anulável, quando possui todos os elementos essenciais, mas é afetado por um VÍCIO INTRÌNSECO que *infirme a vontade declarada* (Bartolomeu Dusi, Ist. de Dir. Civile, I, § 21; Chironi, 1, § 71; Ruggiero, § 32, II).

6. — Não nos parece feliz, entretanto, a solução encontrada pelo legislador italiano:

a) em primeiro lugar, porque considerou a incapacidade, mesmo a dos infantes e a dos loucos, como motivo de anulabilidade (art. 428, 2.ª alínea, e art. 1.425, alínea do novo Código de 1942), quando, evidentemente, a falta total de discernimento deve ser motivo de nulidade absoluta e não de anulabilidade;

b) em segundo lugar, porque considerou a vontade do relativamente incapaz como se tivesse sido atingida por um vício análogo ao erro, dolo e coação.

No caso do ato praticado com erro, dolo ou coação, a vontade do declarante é realmente vulnerada. O ato padece de defeito INTRÍNSECO, que verdadeiramente ANULA diretamente o próprio ato.

No caso do ato praticado pelo relativamente incapaz, o ato continua sempre VÁLIDO, ainda quando a lei condicione sua EFICÁCIA à aprovação dum representante legal.

A incapacidade RELATIVA jamais anula o ato; apenas, em certos casos, condiciona sua EFICÁCIA ao complemento da autorização de terceiro. E tanto é assim que, sobrevindo a autorização, o ato COMPLETA-SE. Não era, até então, um ato nulo nem anulável, mas um ato INCOMPLETO.

Às vezes, o ato do relativamente incapaz é plenamente eficaz, independentemente de autorização tutelar ou paterna. E assim pode o menor relativamente incapaz ser mandatário extrajudicial (art. 1.298, do Código Civil), fazer testamento (art. 1.627, I), ser testemunha nos atos jurídicos (art. 142, III, e 1.650), administrar os bens adquiridos pelo seu trabalho (art. 9.º, parágrafo único, n.º V, e art. 391, n.º II).

Outras vezes, o ato reclama a COMPLEMENTAÇÃO duma autorização tutelar. Mas, enquanto esta não sobrevém, o ato NÃO É NULO. Está em estado de pendência e somente se infirma se for NEGADA a autorização, não por seu defeito intrínseco, mas pela negação dessa complementação.

É exatamente igual ao que ocorre com o ato do pai ou do tutor que DEPENDAM de autorização judicial. Aquele ato não é nulo nem anulável, mas um ato INEFICAZ enquanto não sobrevém o COMPLEMENTO DA AUTORIZAÇÃO.

Intrinsecamente o ato do menor, do tutor ou do pai são perfeitos, mas INCOMPLETOS porque sua EFICÁCIA depende dum elemento EXTRÍNSECO, que é a autorização do representante legal, no primeiro caso, e da autoridade judicial, nos demais.

VIII

A SIMULAÇÃO NO ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL

1. — Caracteriza-se a simulação pelo fato de, com uma só intenção, serem feitas duas declarações diversas: uma, ostensiva, aparente e destinada a iludir terceiros; e outra, oculta, real e que estabelece a verdadeira natureza do negócio destinado a vigorar entre os contratantes.

Pode o ato ostensivo encobrir um ato inexistente; por exemplo, podem as partes, sob a aparência duma venda, não terem feito transação alguma e isso mesmo deixarem claro na ressalva ou ato secreto. Pode, entretanto, o ato ostensivo ocultar um outro ato verdadeiro, na intenção das partes; por exemplo, uma venda aparente encobrir uma doação real, ou um preço aparente encobrir um preço real menor ou maior do que o aparente.

No primeiro caso, diz-se que a simulação é absoluta e no segundo, que é relativa.

2. — São duas as maneiras de se considerar juridicamente a simulação.

A primeira consiste em só se ter em atenção o ato secreto, único que corresponde à intenção das partes, já que o ato aparente é apenas uma forma destinada a ocultar aquela intenção.

Em tal caso, se existir um ato aparente que não encobrir ato real algum, o ato aparente deverá ser tido como NULO, por falta consciente de vontade por parte do declarante (simulação absoluta).

Se, entretanto, a convenção aparente oculta um outro ato jurídico, aplicam-se as disposições que concernem ao ato oculto.

É o que preceitua o art. 117, do Código Civil Alemão, que procura proteger os terceiros de boa fé que contrataram fiados na presunção de realidade do ato aparente, mediante disposições especiais a favor desses terceiros (artigos 405, 409, 892, 932, etc., v. Enneccerus, Kipp, Wolff, I, II, § 156, II, 4).

Reza o art. 177, do Código Civil Alemão: "Se uma declaração de vontade que deveria ser feita em face dum outro não é feita, de acordo com este último, senão pela forma, ela é NULA.

Se uma convenção aparente encobre um outro ato jurídico, aplicam-se as disposições que concernem ao ato oculto".

3. — O Código de Obrigações Suíço também assim dispôs, evitando, porém, falar em "nulidade". Somente cuida da EFICÁCIA do ato oculto, tal como foi querido pelas partes contratantes, sem ter em conta a aparência com que se procurou fosse ele dissimulado. E exclui expressamente a invocação da exceção de simulação contra terceiros de boa fé (art. 18).

Diz o art. 18, do novo Código de Obrigações Suíço: "Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature veritable de la convention (simulation).

Le débiteur ne peut pas opposer l'exception de simulation au tiers qui est devenu créancier sur la foi d'une reconnaissance écrite de la dette".

Essa forma de entender a simulação corresponde aos textos do direito romano, que têm mesmo como título do Código, livro 4, título 22, o seguinte:

"plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur"; "mais vale o que se faz do que o que se expressa mediante simulação".

Todavia, os comentadores do Código Civil Suíço interpretam como sendo NULO o ato simulado (von Tuhr, Trat. de las Oblig., trad., pág. 200).

E assim também se entendia no direito romano: "simulatae nuptiae NULLIUS MOMENTI sunt" (D., 23, 2, fr. 30). O ato simulado é NULO (Ebert Chamoun, Inst. de Dir. Romano, pág. 101).

4. — Outra maneira de encarar a simulação é a do direito francês, o qual admite que a intenção das partes não se prende apenas ao ato oculto, dissimulado por ato aparente, mas tem em vista emitir duas declarações simultâneas, com finalidades diferentes: um ato oculto destinado a produzir efeito somente entre as partes contratantes; e outro ato, aparente, destinado a produzir efeito em relação aos terceiros.

Não se pode verdadeiramente dizer que este último ato não corresponda à intenção das partes.

É o que diz magnificamente o art. 1.321, do Código Civil Francês: "les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes; elle n'ont point d'effet contre les tiers".

A matéria é aqui tratada somente do ponto de vista da INEFICÁCIA; a simulação, por direito francês, não é motivo de nulidade (Planiol, 2, n.º 1.191).

O ato secreto, ou ressalva, é, na intenção das partes, destinado a permanecer oculto e, como tal, vigorar entre elas. Se, entretanto, alguém tenta prevalecer-se do ato aparente, pode a outra parte recorrer à ação declaratória da simulação, pela qual fica manifesto que estão sujeitas às normas do ato secreto e não às do aparente.

Os terceiros, entretanto, estão protegidos contra a simulação, porque contra eles não pode ser oposto o ato secreto. Isso significa que o ato aparente tem plena eficácia contra esses terceiros.

Isso não impede, porém, os terceiros, de recorrer à ação declaratória da simulação, para fazer prevalecer, a favor deles, o ato secreto, desde que tenham interesse nessa declaração.

O art. 1.321, do Código, com efeito, declara que a ressalva, ou ato secreto, não tem efeito CONTRA os terceiros, mas pode ter efeito A FAVOR deles.

Pode também ocorrer que, em virtude de ter algum terceiro conhecimento do ato secreto, haja conflito entre esse terceiro e os demais que tenham contratado fiados na seriedade do ato aparente. Em tal caso, prevalecem os efeitos do ato aparente (Planiol, 2, n.º 1.199).

Não se confunde a ação de simulação, que visa apenas a revelar, em face aos terceiros, a existência do ato secreto, com a ação pauliana, que visa a revogar o ato na medida do prejuízo que tenha sido causado ao credor pela fraude do devedor.

5. — O novo Código Civil Italiano também é expresso, quando considera a simulação como simples causa de INEFICÁCIA RELATIVA e não de nulidade.

O ato aparente *não produz efeito* entre as partes, em relação às quais o ato dissimulado, ou secreto, produz efeito, se tiver os requisitos legais de substância e forma (art. 1.414). Em relação aos terceiros, o ato dissimulado produz seus efeitos, podendo, entretanto, eles, mediante ação declaratória, fazer prevalecer o ato dissimulado, se a simulação prejudicar seus interesses (art. 1.415).

B

1. — Como vimos anteriormente, há duas maneiras de encarar a simulação, no ponto de vista jurídico:

a) ou se deverá entender que o ato encoberto pela simulação é um só ato, ou seja, o ato realmente querido pelas partes, e por elas oculto pela aparência dum ato simulado; e, nesse caso, se, na realidade, a intenção das partes tiver sido a de nada contratar entre si (simulação absoluta), o ato SERÁ NULO POR FALTA DE CONSENTIMENTO DAS PARTES quanto à realização de qualquer contrato; e, se, sob a aparência dum contrato, as partes houverem convencionado, secretamente, realizar outro contrato, valerá este outro, se obedecer aos requisitos legais (simulação relativa).

A ação de simulação, em tal caso, não será nunca ação de nulidade, mas simples ação declaratória, destinada a revelar a natureza do ato oculto: se este ato for no sentido de não existir o contrato ou envolver um contrato nulo, o ato SERÁ NULO; se o ato oculto obedecer aos requisitos legais, valerá como tiver sido na realidade convencionado.

Tal é o sistema adotado pelo direito alemão e suíço, e já agora também do Código Civil Português (arts. 240 e 241).

b) Se se entender que, na simulação, há duas declarações simultâneas, ambas destinadas a produzir efeito, uma, oculta, em relação às partes contratantes, e outra, aparente, em relação aos terceiros, a matéria será regulada pelos princípios da simples INEFICÁCIA RELATIVA. A ação declaratória de simulação visa a estender aos terceiros os efeitos do ato oculto.

É o sistema adotado pelo direito francês e italiano.

2. — Não cabe aqui fazer a crítica dos dispositivos do atual Código Civil, certamente os mais obscuros e defeituosos do Código.

Basta dizer: a) que o art. 103 não considera defeito a simulação inocente, o que poderia levar a supor que as partes contratantes não poderiam vir a Juízo comprovar a simulação do ato (Eduardo Espínola, Man. do Cód. Civil, III, I, n.º 127); b) o art. 104 impede que a simulação fraudulenta seja alegada pelas partes, o que tornaria válido um contrato criminoso oculto pelo véu da simulação; c) o art. 105 fala em nulidade dos atos simulados sem esclarecer se é de todo o ato ou se apenas do ato aparente.

3. — O novo Anteprojeto de Código Civil dispôs, no art. 156: "Poderão demandar a ANULAÇÃO do negócio jurídico simulado, além dos contraentes, caso em que serão ressalvados os direitos de terceiros de boa fé, os terceiros lesados pela simulação, ou os representantes do poder público".

"Art. 157. — Anulado o negócio jurídico simulado, subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma."

Vimos, precedentemente, que o art. 117, do Código Civil Alemão, de acordo com os ensinamentos do direito romano, considera NULO o ato simulado, visto não corresponder a nenhuma declaração real da vontade.

O Anteprojeto, portanto, começa por ofender a lógica jurídica, quando considera tal ato FICTÍCIO como meramente anulável. Defeito de lógica semelhante ao do art. 174 que declarou meramente anulável o ato do louco não interditado.

Há, porém, mais.

A anulabilidade pressupõe a prática dum ato que PRODUZ EFEITOS DE VÁLIDO enquanto não é anulado.

Ora, a finalidade do ato simulado, segundo a vontade das partes, consiste precisamente em NÃO PRODUZIR NENHUM EFEITO entre elas, por se tratar de ato meramente aparente e fictício. Só no caso de alguma das partes pretender DAR EFICÁCIA ao ato simulado é que lhes cabe recorrer à declaração de ineficácia da simulação, fazendo prevalecer a ressalva feita pelas partes.

De outra parte, se, "anulado" o ato simulado, o ato não desaparece totalmente, como é característico dos atos anulados, mas "subsiste" sob a forma de ato oculto, pelo véu da simulação, a ação de simulação não será na verdade uma ação de nulidade, mas uma simples ação declaratória, cuja finalidade nada mais é do que fazer prevalecer o ato em seu verdadeiro caráter, tal como foi querido pelas partes. Se esse ato verdadeiro ou oculto era o de não realizar transação alguma, ou se era um ato proibido por lei o ato será nulo, não em virtude da simulação, mas porque não foi querido pelas partes ou foi proibido por alguma lei; ou se, ao contrário, o ato verdadeiro era válido e tinha forma legal PREVALECERÁ sobre o ato dissimulado.

4. — O art. 156 do Anteprojeto, portanto, está tecnicamente errado, por falar em "anulação", onde somente poderia ocorrer, logicamente, um ato nulo e desconhecer que a estrutura da simulação se rege pela "INEFICACIA RELATIVA" e não pelas normas da nulidade.

Sugeriria que o nosso futuro Código Civil adote a excelente redação dos arts. 1.414 e 1.415, do Código Civil Italiano, onde, aliás, está em resguardo o interesse de todos os terceiros atingidos, quer pelo ato aparente, quer pelo ato oculto.

"Art. 1.414 — Efeitos da simulação em relação às partes. O contrato simulado NÃO PRODUZ EFEITO entre as partes.

Se as partes houverem querido concluir um contrato diverso do aparente, o contrato dissimulado TEM EFEITO entre elas, desde que preencha os requisitos de substância e de forma."

"Art. 1.415 — Efeitos da simulação em relação aos terceiros. A simulação não pode ser oposta nem pelas partes contraentes, nem pelos sucessores ou pelos credores do alienante simulado, ao TERCEIRO que de boa fé haja adquirido o direito do titular aparente, salvo os efeitos da transcrição da demanda da simulação.

Os terceiros podem fazer valer a simulação em confronto com as partes, quando esta prejudica os seus direitos."

IX

CURATELA

1. — O direito romano (eterno pela precisão quase matemática com que analisava os fatos) distinguia entre a incapacidade absoluta, a incapacidade relativa e a curatela DUM PATRIMÔNIO sem diminuição da capacidade jurídica do seu proprietário.

a) A incapacidade absoluta ocorria sempre que o agente não tinha discernimento, como no caso do infante menor de sete anos, do louco (fora dos intervalos lúcidos), do mentecapto, etc. e tornava nulos os seus atos;

b) A incapacidade relativa era dos impúberes maiores de sete anos, dos pródigos interditados e dos fracos de espírito;

c) Era submetido a curatela parcial ou total o PATRIMÔNIO de todo aquele que, pela ausência, ou pelas suas condições pessoais, não podia administrar convenientemente seus interesses, sem, entretanto, que fosse diminuída a capacidade jurídica do proprietário.

O exemplo típico dessa curatela foi a dos menores de 25 anos, púberes, sob curatela permanente, ao tempo do direito clássico romano: a administração de seus bens por um curador não tirava a plena capacidade jurídica aos referidos menores (Bonjean, n.º 747).

Na mesma categoria devia estar classificada a curatela deferida àqueles que, não só em virtude de ENFERMIDADE, mas POR QUALQUER OUTRO MOTIVO, "não podiam atender à administração de seus bens"; curatela esta que podia ser forçada ou simplesmente requerida pela parte (Dig., 27, 10, fr. 2).

Essa grandiosa idéia da criação duma curatela para proteção do patrimônio dos fracos não teve, portanto, ao contrário do que se poderia supor, uma origem cristã. Pertenceu ao direito romano clássico, fundado na interpretação do edito do Pretor e foi se tornando imprecisa no correr dos séculos, até renascer, com todo o seu esplendor, nos modernos Códigos Civis alemão e suíço.

Não eram só estas, porém, as curatelas que o direito romano dava ao patrimônio dos cidadãos. Variavam ao infinito, como observou Girard (pág. 222) e era especialmente: a) a curatela do nascituro; b) a da herança aberta; c) a dos ausentes; d) a do devedor insolvente, etc.

Acresce, ainda, o "benefício da restituição por inteiro" que o pretor dava a favor de todo aquele que estivesse impedido de exercer seus direitos ou por outra justa causa (Dig., 4, 6), o que, sem dúvida, favorecia também os "miseráveis atingidos pela injúria da fortuna" e suscetíveis de curatela.

2. — Os Códigos Civis da Alemanha e da Suíça reproduziram quase textualmente essas velhas normas romanas, inclusive a famosa CURADORIA DOS ENFERMOS E DOS FRACOS que, pelo direito alemão, não tira a capacidade jurídica do curatelado e pelo direito suíço pode, conforme o caso, levar à interdição, requerida voluntariamente pelo próprio indivíduo atingido por fraqueza senil, enfermidade ou simples inexperiência, que o leve à impos-

sibilidade de gerir seus negócios (art. 272), podendo, entretanto, também ser deferida sem sua interdição (art. 417).

Previram também esses Códigos a repressão da chamada lesão subjetiva, isto é, contratos lesivos obtidos com exploração da necessidade, leviandade ou inexperiência do outro contratante (art. 138 do Cód. Alemão, e art. 21 do Código de Obrigações Suíço, de 1911).

3. — O nosso Código Civil de 1916 desprezou, entretanto, esses belos modelos suíço e alemão, e mesmo a sua fonte inspiradora constante, que foi o velho Código Napoleão de 1804, e adotou, em seus arts. 6.º e 7.º, uma classificação de incapacidade que certamente constitui uma das partes mais imperfeitas do nosso Código.

Basta dizer que considerou absolutamente incapaz o menor de 16 anos (art. 5.º, n.º I), quando o mesmo pode até mesmo emancipar-se pelo casamento, além de ter capacidade admitida pelo próprio Código em vários dispositivos, como demonstramos em outro trabalho.

Considerou, ainda, o ausente absolutamente incapaz (art. 5.º, n.º IV), quando evidentemente o ausente em nada tem sua capacidade diminuída, tendo apenas seu patrimônio sob curatela.

Classifica o surdo-mudo entre os absolutamente incapazes, quando, no art. 451, manda graduar sua incapacidade, o que levou Pontes de Miranda a classificar o surdo-mudo como um caso de "incapacidade absoluta com exceções" (Dir. Fam., § 288, n.º 5).

O mais espantoso, entretanto, é que o Código esqueceu de incluir o FRACO DE ESPÍRITO e o PSICOPATA entre os relativamente incapazes, permitindo graduar sua incapacidade, o que somente veio a ser plenamente corrigido em 1934, com o Decreto n.º 24.559 (art. 26).

Adotando, ainda, a norma da plena liberdade contratual, excluiu o Código a rescisão por lesão e o benefício da restituição a favor dos incapazes (art. 8.º), o que somente veio a ser corrigido pela restauração da rescisão por lesão subjetiva, ou seja, a lesão causada, em qualquer contrato, pelo abuso da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, pela Lei de Economia Popular de 1938 (art. 4.º, letra *b*), reproduzida pela vigente, de 1951.

Mais tarde, ainda, nossa legislação veio cada vez mais restringindo a liberdade contratual, impondo às vezes contratos pré-fabricados aos que desejam contratar, ou fazendo depender sua eficácia da aprovação do Estado, o que põe praticamente os cidadãos SOB A TUTELA do Estado, numa situação fronteiriça entre incapacidade e restrição à capacidade para a qual tive a ocasião de propor o neologismo de "para-incapacidade" (Incapacidade Civil e Restrições de Direito, vol. I, n.ºs 336 e 337).

4. — Ao se cuidar de reformar o Código Civil, era de esperar que o Anteprojeto corrigisse esses erros e lacunas do atual Código.

Ora, eis que o atual Anteprojeto:

a) Coloca entre os absolutamente incapazes, não apenas, como seria de esperar, os menores SEM DISCERNIMENTO, mas os menores de

16 anos, mesmo quando tenham discernimento e capacidade natural, e, pelo próprio Código, podem casar-se (arts. 1.738, 1.741 e 1.707) e emancipar-se pelo casamento (art. 6.º, parágrafo único, n.º II).

b) Somente considera absolutamente incapaz o que não tiver discernimento por enfermidade mental (art. 4.º, n.º II), quando a falta total de discernimento pode ocorrer por motivo transitório, como a embriaguez ou outras causas, que o Anteprojeto considera, absurdamente, como incapacidade relativa (art. 174).

c) Inclui entre os relativamente incapazes os silvícolas, os quais declara submetidos a regime de proteção que cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país (art. 5.º, n.º V e parágrafo único).

Acontece, entretanto, que essa regulamentação já foi feita pelo Decreto n.º 5.484, de 27 de junho de 1928, que distingue entre os índios nômades, os aldeados, os pertencentes a povoados e os que vivam promiscuamente com os civilizados. Os índios das três primeiras categorias são considerados INCAPAZES DE QUALQUER NEGOCIAÇÃO COM OS CIVILIZADOS, SOB PENA DE NULIDADE, salvo representados pelo inspetor competente ou quem fizer legalmente as vezes deste (art. 7.º) e os índios da 4.ª categoria, PLENAMENTE CAPAZES, ficaram sob a assistência do Serviço de Proteção aos Índios, particularmente para evitar que sejam maltratados ou coagidos a prestar serviços, ou desrespeitados em seus contratos de trabalho ou na posse de suas terras.

Por esse decreto OS SILVÍCOLAS JAMAIS TÊM INCAPACIDADE RELATIVA: ou SÃO ABSOLUTAMENTE INCAPAZES, e é a regra, ou PLENAMENTE CAPAZES.

O Anteprojeto do Código, portanto, classifica erroneamente os silvícolas entre os "relativamente incapazes".

5. — *Tratando, a seguir, da curatela, o Anteprojeto esqueceu-se de que, no seu art. 5.º, n.º II, admitiu uma curatela LIMITADA* dos que sofram de fraqueza de espírito, embriaguez habitual ou vício de tóxicos.

Limitou-se a reproduzir os dispositivos do Código Civil sobre curatela, os quais não cogitaram da referida espécie de curatela limitada.

6. — O direito francês e o italiano distinguem cuidadosamente a interdição da inabilitação. No caso de interdição, o interdito é representado pelo seu tutor. No caso de inabilitação, o inabilitado (fraco de espírito ou pródigo) é apenas assistido pelo conselho judiciário, para a prática de certos atos (Baudry Lacantinerie, 5, n.º 979).

O nosso Código Civil, embora fale em "interdição", em relação ao pródigo, na realidade apenas o submeteu à inabilitação, porque lhe proíbe a prática de certos atos sem ASSISTÊNCIA do seu curador (art. 459). O curador, portanto, não administra os bens do pródigo, apenas o assiste quando pratica certos atos (Pontes de Miranda, Tratado, 9, § 1.035, 3).

Já em relação aos loucos, uma vez que são absolutamente incapazes, são verdadeiramente representados pelo curador.

Se se trata de surdo-mudo, o Código Civil (art. 451) — e agora o Anteprojeto (art. 1.978) — determina que o juiz fixe os limites da curatela.

Que limites? Tem-se entendido que se trate de representação do curador, nos casos em que o juiz declara a incapacidade do surdo-mudo.

Mas o Código Civil não cogitou da curatela limitada dos psicopatas. E o Anteprojeto que a ela se referiu em seu art. 5.º, n.º II, é ABSOLUTAMENTE OMISSO EM REGULAR TAL CURATELA LIMITADA, ao tratar da curatela.

Pela lei vigente, o juiz, ao nomear o administrador provisório ou ao decretar a interdição, determinará "os limites da ação do administrador ou do curador, fixando assim a incapacidade absoluta ou relativa do doente mental".

Esse dispositivo mostra tratar-se de REPRESENTAÇÃO do curador, e não de mera ASSISTÊNCIA ao interdito.

O novo Código Civil terá necessariamente de pronunciar-se sobre se mantém o sistema atual de administrador provisório e de curador com os poderes traçados pelo juiz.

Assim o fazendo, não parece razoável que se permita ao juiz determinar, como melhor lhe pareça, os limites da curatela do interdito, provocando confusão com aqueles que devam com ele contratar, para interpretar a sentença.

Parece mais razoável que a lei proíba ao interdito a prática de atos que excedam a administração ordinária, como no caso do pródigo (art. 459, do Código Civil).

7. — Há ainda a considerar outras modalidades de curatela SEM INTERDIÇÃO NEM INABILITAÇÃO:

a) além da curatela do ausente, do nascituro e de conflito de interesses do representante legal, deve ser instituída curatela "para gestão ou emprego de fundos recolhidos publicamente para uma obra de beneficência ou de utilidade geral" (art. 393, n.º 4, do Código Civil Suíço, e art. 1.914, do Código Civil Alemão);

b) curatela dos enfermos, assim definida pelo art. 1.910, do Código Civil Alemão: "o maior que não está sob tutela (isto é, não está interdito), pode receber um curador para sua pessoa e bens quando em virtue de enfermidade corporal, especialmente se ele é surdo, cego ou mudo e é incapaz de cuidar de seus negócios, desde que a curatela seja ordenada com o seu consentimento, a menos que um entendimento com ele seja impossível" (cfr. art. 393, n.º 1, do C. C. Suíço).

FALHAS DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL

(Continuação do n.º anterior)

FRANCISCO PEREIRA DE BULHÕES CARVALHO

X

SITUAÇÃO JURÍDICA DOS FILHOS HAVIDOS APÓS O DESQUITE

1 — Determina o art. 337 do Código Civil: "São legítimos os filhos havidos NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO, ainda que anulado (art. 217) ou mesmo nulo, se se contraiu de boa-fé (art. 221)".

Desse simples dispositivo se poderia deduzir que o filho havido após o desquite seria legítimo, dado que o casamento somente se dissolve pela morte de algum dos cônjuges, e, portanto, o filho tido após o desquite o teria sido "na constância do casamento".

Entretanto, diz o art. 338: "Presumem-se concebidos na constância do casamento: ... II, os (filhos) nascidos dentro dos trezentos dias subseqüentes à dissolução DA SOCIEDADE CONJUGAL por morte, DESQUITE ou anulação".

Dessa segunda norma parece resultar que, ao contrário do que poderia parecer afirmar a primeira, o filho concebido APÓS O DESQUITE NÃO É LEGÍTIMO ou, pelo menos, NÃO É PRESUMIDO LEGÍTIMO.

A única forma de conciliar esses dois dispositivos aparentemente antagônicos, seria admitir que, como "constância do casamento", o Código entende referir-se a "constância DA SOCIEDADE CONJUGAL". E, portanto, nos termos do art. 338, n.º II, acima transcrito, os filhos havidos após o desquite (após decorridos 300 dias) seriam, de plano, presumidos ILEGÍTIMOS.

Nesse sentido, era a opinião de LAFAYETTE: "a lei reputa legítimo: 1.º, o filho que nasce passados 180 dias depois do casamento; 2.º, e o que nasce dentro dos 300 dias posteriores à dissolução da sociedade conjugal. Mas nem aquele que, na primeira hipótese, nasce dentro dos 180 dias nem o que, na segunda, nasce depois de passados os 300 dias, podiam ter sido concebidos NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO; portanto, NÃO SÃO HAVIDOS COMO LEGÍTIMOS" (Dir. de Fam., § 103).

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 17 (1ª Fase), jan./abr. 1973, p. 20-71.

E, mais adiante, acrescenta o insigne Mestre: "Os filhos que nascem 300 dias depois da separação judicial e de fato dos cônjuges, em virtude de sentença de divórcio perpétuo ou temporário, SÃO HAVIDOS COMO ILEGÍTIMOS, porque o divórcio importa a cessação da presunção da coabitação. Todavia, como o divórcio não rompe o vínculo matrimonial, subsiste a legitimidade da filiação, PROVANDO-SE que o marido reconheceu o filho ou que teve contato com a mulher durante o prazo legal da concepção'" (§ 105).

A doutrina daí decorrente parece ser a seguinte: os filhos concebidos após o desquite PRESUMEM-SE ILEGÍTIMOS, salvo, entretanto, ao interessado a *prova* da legitimidade.

2 — Está patente, assim, a falta de boa técnica do art. 337 do Código Civil, já observada por Arnoldo Medeiros da Fonseca, ao empregar a "expressão imprópria CONSTÂNCIA DO CASAMENTO, para designar apenas a PERMANÊNCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL", como também ocorre em outros dispositivos, como, por exemplo, o dos arts. 259, 269 n.º I, 271 n.os I e V, 305 n.º I e 306 (Investigação de Paternidade, 2.ª ed., pág. 243, n.º 204 e nota 25).

Deveria o legislador, em vez dos arts. 337 e 338, ter preferido redação semelhante à do art. 101 do Código Civil Português, que dispunha, com clareza: "São havidos por legítimos os filhos nascidos de matrimônio legitimamente contraído, passados cento e oitenta dias da celebração dele, ou dentro dos trezentos dias subseqüentes à sua dissolução ou à separação dos cônjuges, judicialmente decretada".

Ou, melhor ainda, poderia nosso legislador ter utilizado prata da casa, reproduzindo o texto do art. 1.555 da Nova Consolidação das Leis Civis, de Carlos de Carvalho: "Presume-se legítimo o filho nascido dentro dos dez meses subseqüentes à viuvez ou à separação de corpos, QUER DE FATO, QUER JUDICIAL".

Este último dispositivo, interpretado literalmente (sem as restrições que Carlos de Carvalho lhe fez, no art. 128 de sua Consolidação) permitiria equiparar a separação de fato à separação judicial, para o efeito de determinar a LEGITIMIDADE da filiação.

Sobre essa questão da "separação de fato" trataremos mais adiante em outro capítulo.

3 — Tão logo foi promulgado o Código Civil, o Professor Joaquim Tibúrcio de Azevedo apoiou-se, entre outros fundamentos, no texto do art. 338, n.º II, supratranscrito, para sustentar que os filhos concebidos após o desquite não poderiam ser considerados adulterinos por terem sido havidos fora da constância do casamento (Rev. de Direito, vol. 51, 1919, pág. 249).

Contra tal afirmativa, Lacerda de Almeida reagiu vigorosamente, admirando-se de que o aludido Professor "se atrevesse a sustentar tamanha heresia jurídica, já não digo em face aos princípios mais sólidos do Direito, que o condenam, mas diante de textos claros e insofismáveis da legislação positiva" (Rev. de Direito, vol. 57, 1920, pág. 100).

Com essa mesma violência de linguagem de LACERDA DE ALMEIDA, numerosos jurisconsultos proclamaram que a opinião de que os filhos de desquitado não eram adulterinos, era aberrante aos princípios, pois, "se o vínculo matrimonial subsiste, os filhos de divorciado são filhos de pessoa casada, concebidos ou gerados com rutura desse vínculo" (CLÓVIS BEVILÁQUA, Direito de Família, ed. 1933, pág. 342, § 67, nota 1).

Nesse mesmo sentido, CARVALHO MOURÃO, HERMENEGILDO DE BARROS, COSTA MANSO, CARLOS MAXIMILIANO, ASTOLFO REZENDE, FERREIRA ALVES, BATISTA DE MELO, etc.

4 — Os que, entretanto, assim tão rigorosamente sustentaram serem ADULTERINOS os filhos tidos extraconjugalmente PELO MARIDO após o desquite, deixavam de ter em devida conta, ou não se queriam aperceber, que os filhos tidos fora do casamento pela MULHER CASADA, após o desquite, seriam *prima facie* tidos como LEGÍTIMOS e não como adulterinos, dado que, nos termos do art. 344 do Código Civil, só o marido poderia contestar a *legitimidade* dos filhos nascidos de sua mulher, e só o poderia fazer, mediante proposição de ação, no exíguo prazo de dois meses (art. 178, § 3.º, do Código Civil).

Findo esse prazo, o filho da desquitada com terceira pessoa seria IRREMEDIAVELMENTE considerado LEGÍTIMO e não adulterino, contra os mais comezinhos princípios de moral e da boa razão.

Somente no caso de vencida a ação contestatória da paternidade proposta pelo marido é que poderia ocorrer a adulterinidade *a matre*.

5 — Surgiu, então, uma interminável controvérsia entre os juristas e tribunais, sobre se os filhos tidos após o desquite seriam naturais ou adulterinos.

Tive a honra de participar desse debate, em 1934, publicando um longo trabalho com o título "Os filhos do desquitado são naturais" no Arquivo Judiciário, vol. 30, suplemento, págs. 83, 97, 123 e 167; e vol. 3, suplemento, pág. 14; e na Rev. de Direito, vol. 113, pág. 443).

6 — O Decreto-lei n.º 4.737, de 24 de setembro de 1942, sem dirimir a controvérsia, tornou-a sem objetivo econômico, quando determinou que "o filho havido pelo cônjuge FORA DO MATRIMÔNIO pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação".

Por esse decreto-lei, o filho adulterino poderia ser reconhecido após o desquite, dando-lhe a mesma condição que os demais filhos ilegítimos. Pela mesma razão tal aconteceria com o filho havido após o desquite, que ficou assim assimilado ao adulterino.

Subsistiria, entretanto, o lado moral da questão, pois o decreto-lei não declarava simplesmente ilegítimo o filho havido após o desquite.

7 — Tal controvérsia, entretanto, seria de molde a ressurgir em face à nova lei em vigor, Lei 883, de 21 de outubro de 1949, que dispôs, em seu art. 1.º: "Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do FILHO HAVIDO FORA DO MATRIMÔNIO e ao filho a ação para que se lhe declare a filiação".

Por essa nova lei, o filho adulterino não é equiparado ao legítimo. Ao contrário, não é considerado herdeiro. Recebe apenas um AMPARO SOCIAL e em parcela inferior à que cabe ao filho legítimo ou legitimado.

Reabrir-se-ia, então, a questão: o filho do desquitado teria sido havido FORA DO MATRIMÔNIO, como qualquer filho ADULTERINO?

Se o matrimônio só termina pela morte de um dos cônjuges (art. 315 do Código Civil) claro é que o filho havido extraconjugalmente *após o desquite* é filho havido "FORA DO MATRIMÔNIO: Ora, se o filho do desquitado é gerado "FORA DO MATRIMÔNIO", é-lhe aplicável a Lei 883 e, portanto, não deveria ser considerado herdeiro nem deveria receber senão uma quota a título de AMPARO SOCIAL e não uma herança, nos termos da Lei 883.

Reproduz-se aqui, na interpretação da Lei 883, o mesmo que vimos ocorrer na do art. 337 do Código Civil: — o filho havido extraconjugalmente, "na constância do matrimônio", ou seja, "dentro do matrimônio", seria considerado LEGÍTIMO, quanto à mulher casada, e ADULTERINO, quando contestado pelo marido.

Só poderíamos entender de outra forma, imaginando, como no caso do art. 338 do Código Civil que, como "FORA DO MATRIMÔNIO", o legislador teve em vista apenas o filho gerado "fora da CONSTÂNCIA do matrimônio", como tal se entendendo o que tenha sido havido "fora da constância da sociedade conjugal".

Tal interpretação, porém, como se pode perceber, é forçada e somente seria admissível conjugando-se o texto do art. 1.º da Lei 883 com o do art. 338, n.º II, do Código Civil.

Daí, resulta que, em face à letra expressa do art. 1.º da Lei 883, somente a JURISPRUDÊNCIA poderia, ARBITRARIAMENTE, como vem fazendo, manter a doutrina de que o filho do desquitado é natural e não adulterino, havendo urgente necessidade de lei expressa, para solucionar definitivamente essa questão.

8 — A prova de que a questão ainda não ficou dirimida na doutrina e de que se tem encontrado dificuldade para achar uma fórmula legal de resolvê-la é a maneira pela qual o Anteprojeto de Código Civil, de 1964, definiu o que se deveria entender como "filhos naturais": "São naturais os filhos de pessoas entre as quais não havia impedimento ou obstáculo para casar, NO MOMENTO EM QUE FORAM CONCEBIDOS" (art. 200 do Projeto Revisto).

Ora, desde que o filho do desquitado é concebido de pessoas impedidas de casar, por já serem casadas, é claro que o citado Projeto de 1964 não considerou o filho de desquitado como "filho natural".

Saliente-se, ademais, a falta de técnica da definição de "filho natural" dado pelo citado Projeto. Como já ensinava LAFAYETTE, a classificação dos filhos ilegítimos pelo Direito Civil é diversa da que foi adotada pelo Direito Canônico.

Segundo o Direito Canônico, ensinou o Mestre, "há três classes de ilegítimos: naturais, espúrios e os que, provindo de coito ilícito, mas não da-

nado, não entram na classe dos naturais na acepção canônica, nem na dos espúrios, como são os que provêm de pai e mãe entre os quais havia o impedimento de estupro, rapto, de *disparitas cultus*. NO PONTO DE VISTA, PORÉM, DO DIREITO CIVIL, A DIVISÃO EM NATURAIS E ESPÚRIOS É PERFEITAMENTE EXATA: TODOS OS QUE NÃO SÃO ESPÚRIOS SERÃO, PERANTE O DIREITO CIVIL, REPUTADOS NATURAIS". E espúrios seriam somente os incestuosos, sacrílegos ou adulterinos.

"Filhos naturais, portanto, define LAFAYETTE, em direito civil, são os que nascem de pai e mãe entre os quais, ao tempo da concepção ou do parto, não havia impedimento DO QUAL PUDESSE RESULTAR A NOTA DE ESPURIEDADE" (LAFAYETTE, Dir. de Fam., § 120, e nota 1).

Na técnica do Projeto de Código Civil de 1964, os filhos ilegítimos distinguem-se em "naturais" e "adulterinos". Não sendo os filhos de desquitado "filhos naturais", segundo a definição do art. 200 do Projeto, a conclusão é que foram considerados "adulterinos".

9 — Examinemos, agora, como o novo Anteprojeto do Código Civil permite considerar o filho do desquitado.

Começa ele por reproduzir, nos seus arts. 1.785 e 1.786, literalmente, os arts. 337 e 338 do atual Código Civil, que, como se viu, são antagônicos na definição do que se deva entender como filho nascido "na constância do casamento".

A seguir, substitui a redação do art. 344 do atual Código Civil, pela seguinte: "Cabe ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher".

A única modificação feita foi a supressão da palavra "privativamente". Mas é intuitivo que o DIREITO de contestação da legitimidade do filho é atribuído ao marido em caráter privativo. Só depois de contestada pelo marido a filiação, é que passa a seus herdeiros o direito de tornar eficaz essa contestação.

Nem poderia ser de outra forma, porquanto, tratando-se de filho presumido legítimo (isto é, excluído o havido após o desquite ou a separação de direito ou de fato), seria inaceitável dar a estranhos o direito de fazer tal contestação, permitindo-lhes que enodoem a honra da mulher ou do marido.

E, para agravar ainda a incerteza da situação jurídica do filho do desquitado, diz o art. 1.807 do Anteprojeto: "Os filhos ADULTERINOS somente podem ser reconhecidos após a dissolução da sociedade conjugal".

O Anteprojeto substituiu as palavras "filho havido fora do matrimônio", usadas pela Lei 883, pelas palavras "filhos ADULTERINOS".

Ressurge, então, o problema sobre o que se deva entender como filho "adulterino" e particularmente se o é ou não o filho do desquitado; problema tanto mais grave, quanto é certo que o atual Código Penal continua a considerar "adultério" a relação sexual extraconjugal do desquitado (art. 240, § 3.º, n.º I, reproduzido pelo futuro código, art. 265, § 3, n.º I).

A solução da questão já de há muito nos foi dada por CARLOS DE CARVALHO, no citado art. 1.555 da sua Consolidação das Leis Civis: constitui em substituir o texto dos arts. 337 e 338, n.º II, do atual Código Civil por este outro, ou equivalente: "Presume-se legítimo o filho nascido dentro de dez meses subseqüentes à viuvez ou à separação de corpos QUER DE FATO QUER JUDICIAL".

Sobre o filho havido após a SEPARAÇÃO DE FATO, trataremos no estudo subseqüente.

XI

SITUAÇÃO DOS FILHOS HAVIDOS APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO DEFINITIVA DOS CÔNJUGES

1 — Vimos, precedentemente, que o Anteprojeto de Código Civil, mantendo a redação dos arts. 337 e 338, n.º II, do atual Código Civil, dá uma definição contraditória sobre o que se entender como filho LEGÍTIMO.

Daí, resulta que se perpetua a dúvida sobre se o filho havido extraconjugalmente, após o desquite, é adulterino ou simplesmente natural.

Resta, agora, examinar a situação legal que deve ser atribuída ao filho da mulher separada definitivamente do marido, por ausência declarada judicialmente ou, simplesmente, de fato.

Pelo art. 338, n.º II, do Código Civil, o filho nascido na constância da sociedade conjugal é PRESUMIDO LEGÍTIMO.

Tal legitimidade somente pode ser contestada, privativamente, pelo marido (art. 344), que deverá produzir essa contestação no curtíssimo prazo de dois meses (art. 178, § 3.º).

Para contestar, entretanto, não bastaria ao marido a simples separação de fato. Seria preciso a separação LEGAL (art. 340, n.º II), ou a IMPOSSIBILIDADE FÍSICA da coabitação (art. 340, n.º I), que não se confunde com impossibilidade moral.

Daí, na prática, ser a seguinte a situação do filho oriundo das relações extraconjugais da mulher casada:

a) são presumidos LEGÍTIMOS;

b) não pode ser contestada essa legitimidade a não ser em ação judicial (art. 345 do Código Civil) a ser movida privativamente pelo marido, no prazo legal;

c) não declarada a adulterinidade *a matre* por meio da referida Ação, o filho é LEGÍTIMO e não pode ser reconhecido por terceira pessoa, seu verdadeiro pai.

2 — Em trabalho publicado em 1957, profliguei essa orientação de nosso legislador.

Escrevia, então, que o art. 344 do Código Civil foi escrito, evidentemente, para o caso em que o marido esteja presente no lar conjugal ao tempo da concepção ou a ele haja retornado.

"Justifica-se em tais hipóteses, que não se enodoe a honra da mulher ou do marido mediante ação de contestação da legitimidade de seus filhos presumidos legítimos.

"Desde, porém, que haja SEPARAÇÃO DE FATO TOTAL entre os cônjuges (mormente quando sucedida por desquite ou divórcio), não há, evidentemente, que cogitar de real legitimidade da filiação e a imoralidade passaria a ser a presunção dessa legitimidade.

"Com o marido há muitos anos na Europa, por exemplo, SEPARADO DEFINITIVAMENTE DA MULHER, amiga-se esta com outro homem no Brasil e tem filhos deste.

"Imoral, absurdo e iníquo seria presumir tais filhos como sendo do marido, e seus herdeiros; ou fazê-lo herdeiro de falsos filhos, dando-lhe pátrio poder e criando parentescos fantásticos, e impedimentos matrimoniais extravagantes em relação aos parentes do falso pai.

"De outro lado, ficaria oculto o verdadeiro impedimento com o pai verdadeiro e seus parentes e excluído o filho de qualquer direito à proteção daquele que notoriamente é seu pai.

"O próprio Código Civil, nos arts. 184 e 405, prevê expressamente a possibilidade do ascendente reconhecer a paternidade espúria para o efeito de impedimento matrimonial e de prestação de alimentos e seria uma restrição injustificada e imoral ao seu texto, impedir sua aplicação aos denominados adulterinos *a matre* nos casos acima indicados" (Incapacidade Civil e Restrições de Direito, vol. 1, n.º 232).

No citado trabalho, sustentei, como aperfeiçoamento na interpretação do Código Civil: a) que se entendesse como motivo de contestação da legitimidade do filho a SEPARAÇÃO DE FATO COM ÂNIMO DEFINITIVO; b) que a "CONTESTAÇÃO" do marido não devesse constar de "AÇÃO" por ele proposta, mas de seu simples SILÊNCIO em ato solene como declaração em desquite com omissão do nome do filho ou NÃO CONTESTAÇÃO em ação declaratória a ser proposta PELO FILHO; c) possibilidade do filho propor ação declaratória para definir sua situação de legitimidade ou ilegitimidade, em caso de ser adulterino *a matre* (obra citada, vol. 1, números 230 a 232, e vol. 2, ns. 531 e seguintes). Esta mesma tese já vinha sendo por mim sustentada em trabalhos anteriores ("Dever de fidelidade e natureza da filiação posterior à separação por adultério não perdoado", *in* Arquivo Judiciário, vol. 60, 1941, supl., págs. 133 e seguintes, e trabalho forense de 1933, citado no livro *supra*, vol. 2, nota 850).

3 — Na ocasião em que eu assim sustentava tal opinião, a mesma era comumente rejeitada.

Vejo, porém, agora, que o E. Supremo Tribunal Federal enveredou firmemente por uma nova interpretação do art. 344 do Código Civil: no caso do filho adulterino *a matre*, não mais exige a proposição de AÇÃO por parte do marido (como parece exigir o art. 345 do Código Civil). Basta-lhe o simples SILÊNCIO, conjugado a uma SEPARAÇÃO DE FATO prolongada.

Assim diz acórdão da 2.ª Turma, no rec. extr. 61.375, de 28 de março de 1969: "Investigação de paternidade. Aplicação da L. 883 e do art. 344 do C. Civil. A SEPARAÇÃO POR MUITOS ANOS E O CONCUBINATO DA MÃE DA INVESTIGANDA, SEM CONTESTAÇÃO DO MARIDO, FAZ PRESUMIR SUA CONFORMIDADE. Morte do investigado, da mãe e dos respectivos cônjuges antes da proposição da ação, artigo 1.º da lei 883 de 1949. Provimento do recurso" (Rev. Trim. de Jur., vol. 49, pág. 119).

Esse julgado reporta-se a outro, no RE 56.892 de 18-5-65, com a ementa seguinte: "Adulterinidade *a matre*. Possibilidade da ação de investigação de paternidade MESMO SEM CONTESTAÇÃO CONTENCIOSA DO PAI PRESUMIDO. Separação de fato do casal prolongada e não contestada. Presunção de paternidade subordinada à convivência conjugal. Interpretação da L. 883. Recurso extraordinário conhecido mas não provido".

No rec. extr. n.º 64.445, de 15 de setembro de 1969, diz o E. Supremo Tribunal Federal: "Citaram-se julgados do Supremo Tribunal Federal, que têm admitido, depois de dissolvida a sociedade conjugal, e nos termos da Lei 883, de 21-10-49, a ação de investigação de paternidade do filho adulterino *a matre*, INDEPENDENTE DA AÇÃO NEGATÓRIA INTENTADA PELO MARIDO (art. 344), quando ocorre separação de fato prolongada e indubitavelmente comprovada. Caso a caso, consideradas as peculiaridades, os juízes têm aplicado, com abrandamento, os discutidos dispositivos legais" (Rev. Trim. de Jur., vol. 51, pág. 827).

Recurso extraordinário n.º 63.914, ac. de 19 de setembro de 1969: "Não se discute o princípio *pater is est*, mas, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, a comprovação inequívoca de que não havia coabitação, ou de que havia concubinato, leva fatalmente a dar àquela presunção todo o seu vigor, porque ela pressupõe, pelo menos, a vida em comum para estabelecer a possibilidade da paternidade."

Reporta-se, ainda, aos acórdãos dos RE 61.375, 64.445, 56.892, de 18-5-65 (R.T.J. 33-164); RE 58.287, de 22-3-66 (R.T.J. 36.451); e RE 56.684, de 10-6-64 (Rev. Trim. Jur., vol. 53, pág. 98).

4 — Essa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entretanto, sofre duas importantes limitações: 1.ª) em primeiro lugar, admite que os filhos concebidos ao tempo da SEPARAÇÃO DE FATO sejam considerados adulterinos, uma vez derruída a presunção de sua legitimidade pela contestação FICTA do marido de sua mãe; 2.ª) em segundo lugar, aplicam à hipótese a Lei 883 que regula o reconhecimento dos filhos ADULTERINOS, só o admitindo após a dissolução da sociedade conjugal e dando efeitos patrimoniais restritos a tal reconhecimento.

Sobre esses pontos, há duas questões a serem examinadas:

1.º) Se, mesmo em face ao sistema do ATUAL Código Civil, os filhos tidos após a separação de fato e depois de vencida a contestação do presumido pai, devem ser tidos como ILEGÍTIMOS e não como adulterinos;

2.º) Se, pelo novo Código Civil, tais filhos devem ser tidos DE PLANO COMO ILEGÍTIMOS e não adulterinos, na mesma situação que os filhos havidos após o DESQUITE.

Em relação ao primeiro ponto, tive ocasião de longamente dissertar na obra "Incapacidade Civil e Restrições de Direito", escrita em 1957 e que peço *venia* para aqui reproduzir.

"A opinião vulgarmente admitida de que seja adulterino o filho havido pela mulher casada com pessoa diversa do seu marido, mesmo após a separação legal, fundamenta-se nos dois argumentos:

a) A presunção da legitimidade da prole, que subsiste após a separação legal (art. 340 n. II do Código Civil) resultaria da presunção da fidelidade da mulher;

b) O privilégio do marido em contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher se extenderia após a separação legal, assim corroborando a idéia da subsistência do dever de fidelidade da mulher.

Procuraremos, entretanto, mostrar, a seguir, a fragilidade desse ponto de vista mesmo em face ao Código Civil, e como ficou ele derruido em face à legislação subseqüente.

Em primeiro lugar, nada menos exata que a presunção de que a legitimidade da filiação resulta da presunção de fidelidade da mulher.

Se isso fosse verdade, o marido poderia destruir a presunção de legitimidade da prole mediante simples prova do adultério da mulher. E isso lhe é expressamente vedado pelo art. 343 do Código Civil, *in verbis*: "Não basta o adultério da mulher com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para elidir a presunção legal da legitimidade da prole".

Essa presunção de legitimidade resulta pura e simplesmente da presunção de COABITAÇÃO. E tanto isso é certo que, para excluir aquela presunção basta ao marido provar que, ao tempo da concepção do filho, estava legalmente separado da mulher. Destruirá, com essa prova, a presunção de COABITAÇÃO resultante do casamento. Fica a salvo à mulher ou ao filho fazer a prova contrária, da convivência entre os cônjuges que o art. 341 do Código Civil exige tenha ocorrido "sob o teto conjugal".

Vemos, assim, que a presunção de legitimidade, que começa, não com a simples celebração do casamento mas com o início da convivência conjugal (art. 338 n. I do Código), termina com a prova de haver cessado a convivência conjugal (art. 341).

Mesmo, portanto, que se admita, para argumentar, que ao marido caiba o direito exclusivo de contestar a legitimidade dos filhos havidos de sua mulher ainda após a separação legal, a rejeição dessa legitimidade não importa de plano na adulterinidade do filho.

É preciso, com efeito, não confundir com adultério qualquer relação extraconjugal durante a constância do casamento ou mesmo durante a constância da sociedade conjugal. Nem tampouco estabelecer correlação entre adultério e presunção de legitimidade do filho.

A presunção de legitimidade resulta simplesmente da possibilidade de coabitação entre os cônjuges. O adultério, ao contrário, é a VIOLAÇÃO

DOLOSA DA FÉ CONJUGAL. Pressupõe a violação do dever de coabitação.

Desde que cessa o DEVER DE COABITAÇÃO entre os cônjuges, a subsistência do DEVER DE FIDELIDADE entre ambos se teria transformado em DEVER DE CONTINÊNCIA, o que constituiria um exagero absurdo que seria inconcebível fosse exigido dos cônjuges pelo legislador.

Já vimos como, a propósito dos desquitados, isso era ensinado pelos antigos canonistas (n. 529, *supra*), e seus argumentos têm inteira aplicação ao caso da separação legal ou de fato entre os cônjuges: se o dever de coabitação CESSA entre eles definitivamente, por vontade de ambos ou de uma das partes que não pode coagir a outra, ou por imperativo legal, serão eles condenados ao voto de castidade?

Não sendo racional essa solução, tanto mais que atingirá muitas vezes precisamente o cônjuge inocente, segue-se que as relações extraconjugais que passaram a ter não serão adulterinas, visto como já não haverá dever de fidelidade, o qual pressupõe o dever de coabitação. E os filhos tidos após a separação, mormente os de cônjuge inocente ou repudiado, jamais poderiam ser adulterinos.

Não é possível, por meio de artifícios legais, alterar a natureza das coisas.

A sabedoria do direito romano analisou, para todo o sempre, o conceito de casamento. Não resulta este dum contrato, embora possa ser correlato a um contrato sobre o *regimen* de bens; mas, em sua essência, é uma CONDIÇÃO CIVIL, fundada sobre a união, a *conjunctio*, o *consortium* das partes. Não bastaria para constituí-lo a vontade das partes, que não fosse conforme ao estado de fato. E, por seu turno, "o consenso" no caso do matrimônio, não era apenas inicial, como acontece no caso dos contratos; era duradouro, contínuo, e por isso os romanos, mais do que consenso, chamavam-no "affectio", que indica exatamente uma vontade com os caracteres acima indicados.

Se, portanto, no conceito do matrimônio, exigia-se um acordo contínuo, é claro que, quando tal acordo visse a falhar, necessariamente o homem e a mulher não mais poderiam ser retidos como marido e esposa.

Atualmente, os juristas assim já o compreenderam e, por isso, mesmo nos poucos países como o nosso, em que ainda continua vedado ao divorciado um novo casamento, procura-se reduzir praticamente a esse único efeito negativo o vínculo matrimonial do divorciado: é como se o casamento houvesse morrido e seu fantasma somente fosse evocado para impedir uma nova união matrimonial.

Ora, se hoje é unânime a doutrina de que o desquite faz cessar a fidelidade conjugal e torna os filhos posteriores apenas ilegítimos e não adulterinos, parece evidente o ilogismo de não se considerar em idêntica situação a separação que represente um desquite de fato, somente porque os interessados não acharam necessário recorrer às complicadas e custosas formalidades do desquite com eficácia jurídica.

Do absurdo de se confundir o casado com o divorciado se passaria a um outro perfeitamente análogo: o de confundir o casado com o separado:

os filhos que não são evidentemente do marido (que muitas vezes mora em terras distantes ou incertas) gozam de presunção inderrogável de legitimidade, e o verdadeiro pai não os pode reconhecer; subvertem-se os próprios impedimentos matrimoniais desses filhos com escândalo da razão e da moral (n. 232, *supra*).

Enquanto o legislador não intervém para melhor sistematizar as regras sobre casamento e filiação, cumpre ao intérprete entender com inteligência as leis vigentes, de sorte a dar-lhes o sentido mais adequado e não aquele que evidentemente se aparta da elegância do direito, da razão e da eqüidade.

É verdade que, em face ao texto do art. 340 n. II do Código Civil, subsiste a presunção de legitimidade da prole mesmo após a separação legal dos cônjuges. Mas isso resulta apenas, como vimos, da presunção de COABITAÇÃO e não prova a subsistência do DEVER DE FIDELIDADE.

Daí resulta, portanto, que, aceita a impugnação da legitimidade apresentada pelo marido, o filho não será necessariamente tido como adulterino. Somente o será se, ao tempo da concepção, houver dever de coabitação entre os cônjuges, o que é excluído pela separação de fato legal ou convencional.

Por idêntico motivo, se se tratar de filho tido extraconjugalmente pelo marido, somente será adulterino se for tido ao tempo em que não tenha ocorrido a dita separação entre os cônjuges.

Atualmente, com advento da lei de acidentes no trabalho (Decreto-lei n. 7.036, de 10 de novembro de 1944), parece-nos superada a questão sobre se há ou não adultério após a simples separação de fato entre os cônjuges.

Com efeito, reza o art. 21, § único, da referida lei que "terá os mesmos benefícios que o cônjuge legítimo, caso este não exista, OU NÃO TENHA DIREITO AO BENEFÍCIO, a COMPANHEIRA mantida pela vítima".

Segundo o art. 11 da mesma lei, não tem direito aos benefícios nela prescritos a esposa SEPARADA por culpa sua.

Se, portanto, a esposa do operário estiver SEPARADA por culpa própria, a indenização pela morte do operário será percebida por sua concubina.

ISSO IMPORTA EM PROCLAMAR LEGALMENTE NÃO HAVER ADUTÉRIO NESSA SITUAÇÃO EXTRACONJUGAL ESTABELECIDA PELO OPERÁRIO.

A verificação desse fato tem capital importância para interpretação do art. 358 do Código Civil que, ao vedar o reconhecimento do filho adulterino, não define o que se deva entender como adulterino, deixando a definição ao critério da boa doutrina, de acordo com o espírito geral de toda a legislação" (Bulhões Carvalho, "Incapacidade Civil e Restrições de Direito", volume 2, ns. 533 a 541).

5 — Tudo isso escrevemos em livro publicado em 1957 e reproduzimos agora sem modificar uma vírgula.

Surpreende-nos por isso a atitude tomada agora pelo Supremo Tribunal Federal: de um lado consagrou ele uma audaciosa interpretação do artigo 344 do Código Civil, substituindo a ação de contestação a que alude o art. 345 do mesmo Código por uma simples confissão indireta ou ficta do marido, com o efeito de julgar provada a ILEGIMIDADE do filho por

ele havido da mulher; e, de outro lado continua a considerar ADULTERINO o filho assim repudiado durante um período de separação legal ou de fato, quando o filho havido durante a separação de fato prolongada está na mesma situação do filho do desquitado, pois em um e em outro caso não subsiste dever de fidelidade entre os cônjuges por falta do DEVER DE COABITAÇÃO entre eles.

6 — Agora que se cogita seriamente da reforma de nosso Código Civil, sugiro que se coloque na mesma situação jurídica que o filho da desquitada o filho da mulher separada definitivamente do marido, por ausência declarada legalmente ou de fato.

A esse respeito, tivemos ocasião de escrever, ainda, em 1957: "É preciso encarar de frente o problema da separação, quer a separação legal, a que alude o art. 340, n. II, do Código Civil, quer a da simples separação de fato. É notória a existência de grande número de mulheres separadas *de fato*, com ânimo definitivo, de seus maridos, e vivendo em concubinato ostensivo com terceira pessoa. Cumpre dar um lar, um nome e uma proteção aos filhos desses concubinatos, que não podem ficar legalmente subordinados a uma paternidade que praticamente jamais poderá ser reconhecida pelo antigo marido de suas mães, a quem moralmente a lei não pode atribuir para nenhum efeito. Deve a lei proclamar a PRESUNÇÃO DE ILEGITIMIDADE dos filhos concebidos durante o período da separação legal ou de fato, com ânimo definitivo, entre os cônjuges, não só que se venham a desquitar, como também que não se desquitem, e permitir o seu imediato reconhecimento pelo pai legítimo" ("Incapacidade Civil e Restrições de Direito", vol. 1, n. 236 e vol. 2, ns. 533 e seguintes).

Para esse efeito, sugeriria a supressão do art. 337 do atual Código Civil e a substituição do art. 338 pelo seguinte:

"Art. — Presumem-se legítimos:

I — Os filhos nascidos cento e oitenta dias pelo menos, depois de estabelecida a *convivência conjugal;*

II — Os nascidos dentro dos trezentos dias da viuvez, anulação, nulidade, desquite ou separação de corpos quer de fato quer judicial.

Art. — Os filhos nascidos na constância do casamento, mas fora dos períodos acima indicados são de plano considerados ilegítimos, ressalvada a ação para prova da legitimidade e o direito imediato de reconhecimento ou investigação da verdadeira paternidade legítima ou ilegítima.

Art. — Os filhos havidos nas circunstâncias acima indicadas não são adulterinos, mas simplesmente ilegítimos quando não provada sua legitimidade.

Art. — Os filhos havidos na CONSTÂNCIA DA CONVIVÊNCIA CONJUGAL, quando provada sua ILEGITIMIDADE são considerados adulterinos e somente podem ser reconhecidos depois de decorridos DEZ MESES APÓS CESSAR A CONVIVÊNCIA CONJUGAL COM ÂNIMO DEFINITIVO".

7 — Vejamos agora como o novo Projeto de Código Civil encarou o difícil problema dos filhos havidos durante a SEPARAÇÃO DE FATO.

a) Em primeiro lugar, o art. 1.785 do Anteprojeto reproduziu literalmente o art. 337 do atual Código Civil, segundo o qual "são legítimos os filhos concebidos NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé".

Como o casamento somente se dissolve pela morte (art. 1.763, § único, do Anteprojeto), os filhos havidos pela mulher desquitada são "concebidos na constância do casamento", e, portanto, seriam "legítimos", devendo ser contestados pelo marido na sua legitimidade. Ressurge a questão sobre a natureza dos filhos do desquitado.

b) Em segundo lugar, o art. 1.786 do Anteprojeto reproduz também literalmente o art. 338, n.º II, do atual Código. Contraditoriamente com o artigo precedente, o dispositivo só presume a legitimidade até 300 dias após o DESQUITE.

Ocorrendo, porém, simples SEPARAÇÃO DE FATO, sem desquite, os filhos são presumidos legítimos, sujeitos à "contestação" do marido, antes de poderem ser reconhecidos por terceiro.

c) Em terceiro lugar, a "contestação" do marido é regulada pelo artigo 1.793 do Anteprojeto em termos análogos ao do art. 344 do atual Código Civil. Apenas eliminou a palavra "privativamente". Mas parece claro que o direito de contestar, segundo o espírito do dispositivo, é reservado unicamente ao marido, somente passando aos seus herdeiros se ele houver contestado (art. 1.794).

A única modificação feita pelo Anteprojeto é haver deixado de exigir que a "contestação" do marido seja formulada mediante a proposição de uma "ação", como determina o art. 345 do atual Código Civil. Todavia, o Anteprojeto não esclarece sobre se o exercício do "direito de contestar" poderia ser exercido apenas de forma "tácita", como consta da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ou duma forma expressa.

8 — Sobre propriamente a questão dos filhos havidos durante a separação de fato, diz o art. 1.807 do Anteprojeto: "Os filhos ADULTERINOS somente podem ser reconhecidos após a dissolução da sociedade conjugal. Parágrafo único. — Equipara-se à dissolução, para esse efeito, a separação ininterrupta do casal por mais de cinco anos, devidamente comprovada em juízo".

A primeira parte deste dispositivo reproduz o art. 1.º da Lei 883, substituindo, apenas, as expressões "filho havido fora do matrimônio" por "filhos adulterinos", substituição infeliz, dada a falta de definição do que se deva entender por "adulterino".

O que especialmente é de lamentar é que o dispositivo considere "adulterino" o filho havido após separação de fato, pelos motivos acima expostos.

O Anteprojeto não teve a firmeza necessária para equiparar o filho do casal separado de fato, com ânimo definitivo, ao filho do desquitado, de sorte a considerar um e outro simplesmente ILEGÍTIMOS, e não presumidamente legítimos, desde que nascidos 300 dias após o desquite ou a separação de fato.

Devido também a isso é que estabeleceu o longo prazo de cinco anos para o reconhecimento após a separação de fato, quando o período de 300 dias seria o indicado com analogia com o que sucede com o desquite (artigo 1.786, n.º II, do Anteprojeto), suficiente também para se entender como consolidada a situação definitiva de separação de fato.

Não é justo que, separada a mulher do marido e concubinada com outro homem, os filhos que venha a ter desde outro homem sejam presumidos legítimos até à CONTESTAÇÃO do marido; e, contestados pelo marido, desfeito irremediavelmente o antigo lar pela separação de fato, devam permanecer como espúrios, *quasi sine patre filii*, durante cinco anos, até que possam ser reconhecidos pelo seu verdadeiro pai.

E porque considerar "adulterinos" esses filhos, quando a separação de fato, à semelhança do desquite, dissolve praticamente a família, em matéria de filiação, como se o casamento tivesse sido dissolvido?

Os dispositivos a esse respeito, do Anteprojeto, são tímidos, contraditórios e devem, necessariamente, ser retificados.

XII

INCAPACIDADE DA CONCUBINA RECEBER POR TESTAMENTO OU DOAÇÃO

1 — Segundo o nosso antigo direito das Ordenações Filipinas, a mulher casada poderia reivindicar a DOAÇÃO feita pelo marido à concubina, ainda que a mesma se dissimulasse em qualquer outro contrato.

O rigor desse preceito, entretanto, devia ser entendido restritamente, segundo o texto legal e a interpretação dos praxistas.

Assim:

1.º) NÃO HAVIA INCAPACIDADE DA CONCUBINA EM RECEBER POR TESTAMENTO.

A razão dessa orientação é assim explicada por Lafayette, de acordo com os praxistas: "A proibição de doar à concubina não se estende aos atos de última vontade: 1.º, porque ao tempo que tais atos produzem os seus efeitos, já está o casamento dissolvido pelo decesso do marido; 2.º, porque daí não resulta prejuízo algum à mulher, visto como a meação e os bens próprios do marido têm de passar em todo o caso aos herdeiros. Gama, Defes. n.º 226; Barb. à Ord. cit., n.º 3; Egidio, Revel. Honest., art. 8.º, n.º 11" (Dir. de Família, § 40, nota 26).

2.º) Cessava o direito da mulher reivindicar a DOAÇÃO feita pelo marido quatro anos depois de SEPARADOS OS CÔNJUGES por morte ou "por qualquer outra maneira" (Ord., Livro 4, título 66; Borges Carneiro, n.ºs 10 e seg.; Lafayette, § 40).

A expressão "por outra qualquer maneira" indica claramente a simples separação de fato.

3.º) Ademais, valia a DOAÇÃO, se a concubina houvesse sido defloradada pelo doador, pois, então, representava indenização pelo dano causado;
4.º) Tinha também validade o que o marido pagasse à concubina a título de soldada em paga do seu serviço.

2 — Essa incapacidade parcial da concubina cessou de ser admitida em todos os Códigos Civis Modernos, salvo o português e o brasileiro.

E o motivo dessa orientação do direito moderno é facilmente explicável. Quando o legislador proíbe a doação ou qualquer outro contrato entre marido e concubina, não visa a restringir os direitos próprios da concubina, mas apenas vedar o contrato cuja finalidade seja a obtenção de favores sexuais ou a subsistência do próprio concubinato. Isso exclui qualquer restrição aos direitos da concubina em receber o salário dos seus serviços domésticos ou a indenização que lhe caiba por sua sedução ou a satisfação dum dever moral ou de consciência por parte do seu amásio (PLANIOL ET RIPERT, 5, n.º 266; JOSSERAND, I, n.º 1.178).

Era esta também, como se viu, a doutrina dos nossos antigos praxistas.

Mas se se visa reprimir apenas a prestação imoral dada à concubina, a nulidade resultante é comum a qualquer contrato que vise a finalidade contrária aos bons costumes, pouco importando seja o contrato feito ou não com uma concubina e esta seja amante de homem casado ou solteiro (art. 145, n.º 2, do Código Civil).

Não se justifica, portanto, proibir TODO E QUALQUER CONTRATO entre o marido e a concubina e, muito menos, o TESTAMENTO, que não poderia visar à subsistência dum concubinato desfeito pela morte (BAUDRY LACANTINERIE, 10, n.º 831).

3 — É por isso que o antigo Código Civil Português, vedando embora a doação do homem casado à concubina, não proibiu o testamento, senão quando se tratasse de cônjuge adúltero a favor do seu cúmplice e "o adultério tivesse sido provado judicialmente antes da morte do testador" (art. 1.771).

O que se visava então seria reprimir o escândalo duma condenação por adultério, o que poderia levar até a impedimento matrimonial.

4 — O nosso Código Civil, entretanto, discrepando, na época, de todos os Códigos do mundo, contém esta incrível disposição:

"Art. 1.719 — Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: III, a concubina do testador casado".

Longamente discutiram os intérpretes do Código se essa proibição atingia a concubina do testador DESQUITADO. Ainda em 1938, esta era a opinião dominante, segundo CARVALHO SANTOS (vol. 24, pág. 51).

Só lentamente acabou por vencer a opinião contrária, que é restritiva do texto legal.

5 — Entretanto, a tendência de nosso direito, conforme temos sempre sustentado em livro ("Incapacidade Civil e Restrições de Direito, vol. II, n.os 542 e seg.) e em votos como desembargador, é para excluir também o

caso do testador SEPARADO DE FATO da esposa, com ânimo definitivo, como prescreviam já as velhas Ordenações Filipinas.

Com efeito, tanto o art. 1.719 (sobre testamento), como o art. 1.474 (sobre seguro de vida) devem ser interpretados à luz do texto do art. 1.177 (sobre doação), o qual anula a doação feita pelo cônjuge ADÚLTERO ao seu CÚMPLICE.

O nosso Código não define o adultério; mas, segundo a doutrina corrente, é ele a "violação DOLOSA do dever de fidelidade conjugal".

O dever de fidelidade, porém, como ensinavam os antigos canonistas, e é hoje correntemente aceito em nosso direito em relação aos desquitados, resulta do dever de coabitação, porque, cessado este último dever, em virtude de sentença judicial, o dever de fidelidade se transformaria em dever de continência. "Se o cônjuge inocente fornicar depois da sentença de divórcio (escreveu o canonista SANCHEZ), será réu de adultério em relação a Deus, em virtude da permanência do vínculo; não pecará, entretanto, contra o cônjuge repudiado, nem lhe fará injúria, visto como foi destituído do direito sobre seu corpo pela sentença" (*Divortio, Disput* 9, *Quaestio* III, n.º 30).

Ora, os mesmos argumentos aplicam-se ao caso da separação de fato entre os cônjuges: se o dever de coabitação cessa entre os cônjuges por vontade de ambos ou de uma das partes, que não pode coagir a outra, não poderão ficar condenados ao voto de castidade.

É atendendo a essa circunstância, que o Código Penal autoriza o juiz a não aplicar pena não somente ao cônjuge desquitado (art. 240, § 3.º, I), como também no caso de ter cessado a vida em comum (art. 240, § 4.º, I), ocorrendo adultério. Orientação análoga é a do futuro Código Penal (art. 265).

A legislação civil, porém, ainda vai mais longe. E, especificamente, a lei de acidentes no trabalho autorizando o MARIDO SEPARADO DA ESPOSA, por culpa desta, a fazer doação à concubina.

Determina, com efeito, o art. 21, parágrafo único, do Decreto-lei 7.036, de 10 de novembro de 1944: "terá os mesmos benefícios que o cônjuge legítimo, caso este não exista ou NÃO TENHA DIREITO AO BENEFÍCIO, a COMPANHEIRA mantida pela vítima".

Ora, segundo o art. 1.º da mesma lei. NÃO TEM DIREITO AOS BENEFÍCIOS NELA PRESCRITOS A ESPOSA SEPARADA POR CULPA SUA.

Se, portanto, a esposa do operário estiver dele separada por culpa própria, a indenização pela morte do operário SERÁ RECEBIDA PELA CONCUBINA.

A incapacidade de direito imposta à concubina pelo nosso já velho e superado Código Civil tem de ser interpretada como toda disposição restritiva de direito. Não pode ser estendida à COMPANHEIRA DO DOADOR, TESTADOR ou SEGURADOR CASADO, SEPARADO PACIFICAMENTE DA ESPOSA, pois é comum nas classes operárias que essa separação, embora não solenizada pelo desquite, seja consagrada

pela constituição de novo lar honrado e com procriação de filhos, sem a menor reclamação ou intromissão do cônjuge separado, a não ser para mais tarde reclamar a herança ou o seguro, depois de anos de completo abandono e esquecimento.

A lei tem de ser interpretada de maneira que se ajuste às novas condições sociais, ao senso moral médio da opinião pública vigente e dos costumes populares, aos quais o legislador e o juiz devem inclinar-se, porque o direito que não recebe dali constante inspiração e influxo é como uma árvore privada de raízes e condenada ao perecimento.

6 — É por isso com grande espanto que vejo agora que o Anteprojeto de Código Civil, em vez de eliminar a incapacidade de receber herança ou legado que o art. 1.719, n.º III, do Código atual estabelece em relação à "concubina do testador casado", ainda agrava e estende consideravelmente esse absurdo dispositivo, dando-lhe a seguinte redação: "Art. 2.009 — Não podem ser nomeados herdeiros, nem legatários: III — O concubinário do testador ao tempo da vigência da sociedade conjugal, se, aberta a sucessão, ao testador sobreviver o cônjuge ou algum filho do casal". E acrescenta, no art. 2.010: "São NULAS as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder...".

Em primeiro lugar, deve-se notar a imperfeição de redação desses dispositivos e a dificuldade de interpretá-los.

Com efeito, o que o Anteprojeto parece determinar é que, feito o testamento ao tempo da vigência da sociedade conjugal, mantém-se a nulidade do legado à concubina ainda que o testador venha a desquitar-se, contanto que a ele sobreviva o cônjuge ou algum filho do casal.

Ora: a) se o legado à concubina é NULO (art. 2.010), não se compreende que só possa ser ANULADO pela mulher sobrevivente ou pelo filho do casal.

b) De outra parte, dissolvida a sociedade conjugal, cessa a legitimidade da mulher para se insurgir contra o legado feito à concubina que poderia ser livremente mantido ou refeito.

Nem se alegue a existência de incapacidade da legatária ao tempo da feitura do testamento.

A regra decorrente do texto do art. 1.717 do Código Civil e reconhecida pela doutrina é a de que "a capacidade de receber deve ser naturalmente considerada *no momento em que o legatário recebe*. Ora, esse momento, não é o momento da confecção do testador, mas no dia da morte do testador visto como é nesse momento somente que o legado pode produzir seus efeitos em proveito do legatário. Quase todos os autores se pronunciam nesse sentido" (Baudry Lacantinerie, 10, n.º 624; Duranton, VIII, n.º 230; Troplong, II, n.º 435; Aubry et Rau, VII, § 650; Laurent, 11, n.º 382; Huc, VI, n.º 118; Carvalho Santos, 24, pág. 36: "Justamente porque a capacidade pode variar no decurso do tempo, tornando-se amanhã incapazes pessoas que

hoje eram capazes e vice-versa é que mister se faz estabelecer o momento em que se exige essa capacidade para adquirir por testamento. Sobre esse ponto, porém, não há mais controvérsia possível: a capacidade deve existir ao tempo da morte do testador...".

7 — O novo Código Civil Português, com mais técnica, assim redigiu o dispositivo análogo: "É nula a disposição a favor da pessoa com quem o testador casado COMETEU ADULTÉRIO, salvo se o casamento já estava dissolvido ou os cônjuges estavam separados judicialmente de pessoas e bens À DATA DA ABERTURA DA SUCESSÃO".

8 — O Código Civil Português, como o nosso, são os únicos Códigos no mundo que admitem essa singular incapacidade testamentária da concubina, apesar dos precedentes de nossa legislação vinda das Ordenações.

Todavia, o Código Português fala em "adultério", como o nosso próprio Anteprojeto fala em relação à "doação" ao cônjuge "adúltero" (art. 538).

Ora, como vimos, o adultério deve ser excluído no caso da SEPARAÇÃO DE FATO.

O curioso é que o Anteprojeto, no seu art. 2.043, equipara ao desquitado o separado de fato por mais de cinco anos para retirar o DIREITO SUCESSÓRIO AO CÔNJUGE SOBREVIVENTE!

É manifesta a contradição entre esse art. 2043 do Anteprojeto com seu art. 2.009, n.º III.

9 — O legado à concubina nem sempre representa prestação de adultério; nem seria isso concebível para vigorar após a morte do testador.

O legado é reconhecimento de serviços prestados e representa geralmente o cumprimento dum dever moral ou de reparação duma sedução ou compensação de prejuízos causados pela vida em comum.

10 — O Anteprojeto, entretanto, ainda pretendeu ser mais odioso do que o atual Código: estendeu a proibição do legado também ao concubino da MULHER CASADA.

Sem dúvida nosso direito deve reconhecer a igualdade dos sexos. Todavia a moral pública inflexivelmente os distingue no ponto de vista da liberdade sexual.

É compreensível que uma esposa mantenha seu casamento apesar de saber do concubinato do marido; e não há desdouro em reclamar legado que o marido haja deixado à concubina.

Insuportável, porém, é que o marido consinta em manter seu casamento sabendo que sua mulher mantém amante em concubinato, o que já o direito romano equiparava a um lenocínio.

E muito mais insuportável ainda é que, tendo consentido nesse concubinato durante a vida da mulher, vá reclamar o legado deixado pela mulher ao concubino após sua morte.

XIII

PENSÃO ALIMENTÍCIA DA DESQUITADA

1 -- O nosso Código Civil, no art. 396, somente se refere ao direito alimentar entre "parentes" e, ao regular o desquite, só alude a "pensão alimentícia" entre cônjuges desquitados, no caso da mulher ser inocente e pobre, caso em que sujeita o marido a lhe pagar a pensão que o juiz fixar (artigo 320).

Por isso, muitos autores e julgados vieram a entender que a pensão fixada em desquite AMIGÁVEL teria caráter contratual e não alimentar; e, em conseqüência, não estaria sujeita a ser determinada pelo juiz quando não prevista no acordo do desquite, nem reajustada em caso de melhoria da situação do marido ou desvalorização da moeda.

Opinam, entretanto, outros juristas e julgados que, em face ao nosso sistema legal pelo qual o desquite produz mera separação sem quebramento do vínculo do casamento, subsiste, como efeito essencial ao vínculo matrimonial, o dever de "mútua assistência" (art. 231, n.º III, do Código), transformado pelo desquite num simples dever alimentar para com o cônjuge necessitado.

De outra parte, o art. 642 do Código de Processo Civil, reproduzindo preceito das legislações processuais anteriores, só admite que os cônjuges deixem de fixar pensão alimentícia para a mulher, no acordo para desquite amigável, se a mulher não dispuser de bens suficientes para manter-se. Isso importa *a contrario sensu*, em tornar IRRENUNCIÁVEL o direito a alimentos por parte da mulher, se esta vier a deles necessitar para a sua manutenção.

A controvérsia, a esse respeito, tem sido grande em nossa jurisprudência, mas a solução que o E. Supremo Tribunal acabou por consignar na sua "Súmula" n.º 379 como jurisprudência predominante, é a de que "no acordo de desquite não se admite RENÚNCIA aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais".

2 — O Anteprojeto do Código Civil pareceria, à primeira vista, ter solvido a dificuldade da assimiliação da pensão subseqüente ao desquite a uma verdadeira pensão alimentícia, quando, no seu art. 1.908, equiparou os cônjuges aos parentes para o efeito de pedir alimentos, de sorte que, em qualquer caso, o direito a alimentos seria irrenunciável, nos termos do artigo 1.921 do Anteprojeto.

Com efeito, uma vez que o art. 1.908 reconhece aos "cônjuges", sem limitação, o direito a alimentos, e tal direito é mantido em caso de desquite judicial a favor do cônjuge inocente e desprovido de recursos (art. 1.916), logicamente também deveria entender-se caber aos "cônjuges", no caso de desquite amigável, a pensão alimentícia de que necessitassem ou viessem a necessitar após o desquite.

Desde que o casamento só se dissolve pela morte de um dos cônjuges (art. 1.763, § único do Anteprojeto), os "cônjuges" continuam como tais

após o desquite e, portanto, continua a haver entre eles o dever alimentar, segundo a regra geral citada do art. 1.908 do Anteprojeto: "O dever do socorro (escrevem Planiol et Ripert) sobrevive à separação de corpos porque é um efeito do matrimônio independentemente da manutenção da vida em comum. Entretanto, a terminação dessa vida em comum produz o efeito de modificar a maneira como se exerce. Já não poderá consistir na comunidade das coisas necessárias à vida, senão na entrega de uma pensão alimentícia de um dos esposos ao outro" (Tratado, II, n.º 676).

É, portanto, com grande surpresa que se verifica acolher o Anteprojeto o seguinte dispositivo realmente extravagante: "Art. 1.918. — Se um dos cônjuges desquitados vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los, mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha aquele parente em condições de fazê-lo, e não tenha sido declarado culpado em desquite judicial".

A prevalecer semelhante dispositivo, ficará reconhecido, sem dúvida, o caráter meramente contratual da pensão fixada em desquite amigável. Será excluído o seu reajuste e admitida sua renúncia. E praticamente não poderá ser exercido o direito alimentar de um desquitado contra outro, porque o mesmo somente seria admitido "caso (o cônjuge necessitado) não tenha parente em condições de fazê-los".

"Parentes", segundo o Anteprojeto, são os ascendentes, descendentes e irmãos, nessa ordem, podendo, entretanto, ser chamados a concorrer na proporção dos respectivos recursos, como dizem, em contradição manifesta, os arts. 1.911 e 1.912 do Anteprojeto.

Na verdade o art. 1.918 do Anteprojeto está em desacordo com a boa lógica, com o seu próprio art. 1.908 e com o sistema do Código de Processo Civil, tanto o atual, como vimos, como o futuro (art. 1.121, n.º IV), quando estabelecem o caráter alimentar da pensão do desquite amigável e sua obrigatoriedade quando a mulher não possuir bens suficientes para se manter.

3 — Ainda em outros pontos parece-me que o Anteprojeto, no capítulo sobre alimentos, deve ser modificado ou complementado.

O primeiro é quando, mantendo a orientação do atual Código Civil, o Anteprojeto somente concede pensão alimentar, em desquite judicial, ao cônjuge inocente (art. 1.916).

O art. 156 do Código Civil Italiano e a jurisprudência francesa entendem que o cônjuge necessitado, separado de corpos, deve obter pensão alimentícia AINDA QUANDO A SENTENÇA LHE SEJA CONTRÁRIA (Planiol et Ripert, loc.).

Parece-nos que poderia ser adotada uma solução intermédia, como a seguida pelo vigente Código Civil Português: haverá condenação a alimentos quando AMBOS os cônjuges forem julgados culpados (art. 2.016).

4 — Outro ponto é a cessação do direito a alimentos, como também determina o Código Civil Português, no art. 2.019, "se o alimentado contrair novo casamento ou se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral"; e também, acrescentaríamos, quando contraísse concubinato.

Esse princípio deveria vigorar quer em relação ao desquite litigioso quer ao amigável.

Se, no caso do desquite litigioso, a mulher deixa de ser pobre, ninguém duvidaria de que cessaria seu direito a alimento. Mas o mesmo deveria ocorrer se se juntasse a um amante ou tivesse conduta indigna.

A cláusula "cônjuge inocente" deve ser considerada *rebus sic stantibus*.

Não se compreenderia que, em desquite amigável, o marido continuasse a pensionar a mulher que se concubinasse, pois, em tal caso, estaria ele, marido, contribuindo a manter o amante de sua mulher.

É o que tivemos ocasião de decidir com a E. 8.ª Câmara Cível (Revista do Tribunal de Justiça da Guanabara, vol. 21, pág. 175).

O mesmo princípio se estenderia, pela mesma razão, à pensão decretada em desquite litigioso.

O legislador deveria ser explícito, permitindo ao marido pedir o cancelamento da pensão, em tal caso.

XIV

PROMESSA DE VENDA E PROMESSA DE CESSÃO

1 — É de todos conhecida a interminável controvérsia existente em nosso direito sobre se a promessa de venda de imóvel, mesmo feita por escritura pública, tinha ou não efeito compulsório contra o comprador, prevalecendo a opinião de que se trataria de mera obrigação de fazer que, infringida, daria lugar a simples pedido de perdas e danos.

Leia-se, a respeito, o magnífico estudo de PHILADELPHO AZEVEDO publicado integralmente na obra de CARVALHO SANTOS, Cód. Civil Brasileiro Interpretado, volume 15, págs. 132 e s. Demonstrou esse jurista que o efeito coativo das promessas de contratar já vinha sendo sustentada pelos antigos praxistas.

O art. 1.006, § 2.º, do Código de Processo Civil, consagrou esse efeito coativo, mas de maneira obscura e imprecisa, deixando, de qualquer maneira, ao desamparo as promessas não feitas com a forma requerida para o contrato definitivo e não estendendo ainda o efeito compulsório aos terceiros.

A iniqüidade dessa situação ficou patente ao surgirem os modernos loteamentos, em que os pequenos compradores não tinham meios para fazerem valer seus direitos contra as empresas loteadoras, que lhes outorgavam simples contratos por escritura particular e contendo cláusulas leoninas de rescisão e de proibição de transferência de seus contratos.

O magnífico Decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937 veio a colocar a questão sob novas bases, quando: a) deu efeito de direito real às promessas de venda, em relação a terceiros, AINDA QUE CONTRATADAS POR ESCRITURA PARTICULAR de imóveis loteados, desde que inscritas no registro público; b) regulou a rescisão do contrato, admitindo purgação de mora; c) permitiu sua transferência ainda que sem consentimento do promitente vendedor (art. 13).

Mais tarde, a Lei 649, de 11 de março de 1949, dando nova redação ao art. 22, do Decreto-lei 58, estendeu seus efeitos à promessa de venda de imóvel não loteado, cujo preço fosse pago à vista ou a prazo, desde que irretratável e inscrita no registro de imóveis.

Com o desenvolvimento dos negócios, entretanto, ficou patente a necessidade de reconhecer ao promitente comprador, com seu título inscrito, mas que ainda estivesse devendo parte do preço ao promitente vendedor, o direito de ceder o seu direito real a um terceiro promitente comprador. Essa participação, porém, era de caráter secundário, porquanto o promitente comprador, com sua escritura registrada e com direito real sobre a coisa, tinha seus direitos próprios garantidos compulsoriamente contra o promitente vendedor.

Nenhuma razão de direito, portanto, haveria para não se atribuírem os característicos legais de promessa de venda a essa promessa de cessão de uma promessa de venda devidamente inscrita no registro de imóveis, e permitir sua inscrição no registro de imóveis, como simples promessa, desde que irretratável.

Por isso, passaram os oficiais de registro de imóveis a fazer a averbação dessas promessas de cessão sem cláusula de arrependimento como verdadeiras promessas de venda.

A questão, a princípio, suscitou debates, chegando a haver uma Portaria da Corregedoria do então Distrito Federal, proibindo tais registros e havendo também acórdãos que ordenavam a punição dos oficiais que fizessem tais registros.

Atualmente, porém, tal questão ficou superada em face ao art. 69 da Lei n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964, que equiparou a promessa de cessão à promessa de venda, como direito real.

Restava, porém, ainda, proteger os promitentes compradores por ESCRITURA PARTICULAR, com os requisitos exigidos pelo art. 135 do Código Civil, facultando-lhes o registro para adquirirem a força de direito real contra terceiros, e não simples efeito compulsório contra a outra parte contratante.

É de notar que a lei não exige escritura pública para o registro dessa promessa (Lei n.º 649, de 11 de março de 1949, e lei de registros públicos).

Era preciso, também, proteger os promitentes compradores contra os efeitos da sua mora. Conforme escrevi na obra "Incapacidade Civil e Restrições de Direito", vol. 1, n.º 303, publicada em 1957, tais promitentes compradores se encontravam em situação perfeitamente análoga à em que se encontravam, antes do Decreto-lei 869, os compradores de imóveis sob reserva de domínio: em seus contratos se estipulava que, em caso de falta de pagamento duma só prestação, se rescindiriam de pleno direito seus contratos e seriam compelidos a restituir o imóvel já muito valorizado, perdendo todas as prestações pagas, além de incidirem em multa por perdas e danos.

O Decreto-lei n.º 745, de 7 de agosto de 1969, veio sanar esse ponto.

No momento em que se cogita de atualizar o Código Civil, era de esperar que o Anteprojeto consolidasse as conquistas feitas na matéria de promessa de venda de imóveis e as completasse com a extensão do registro

como direito real às escrituras por instrumento particular, subscritas por duas testemunhas.

Acontece, porém, que o novo Anteprojeto de Código Civil, no seu art. 1.603 restringe o registro público para constituição do direito real às escrituras celebradas por instrumento público.

Em sentido diferente há vários julgados e decidiu sob minha proposta a Conferência de Desembargadores que teve lugar em 1966.

Proclamou a mesma: "O efeito compulsório da promessa de compra e venda irretratável, feita por escritura pública deve ser mantido E ESTENDIDO À PROMESSA DE CESSÃO DE PROMESSA DE VENDA irretratável e inscrita no registro de imóveis, em um e outro casos, e deve também ser estendida à promessa de venda feita por escritura particular subscrita por duas testemunhas, irretratável e cuja inscrição deve ser permitida pela lei nos mesmos termos que nos dois casos acima indicados".

O Anteprojeto não alude à promessa de cessão de promessa de venda, nem reproduz, também, o texto do Decreto-lei 747, de 7 de agosto de 1969, sobre interpelação prévia do promitente comprador em mora.

Matéria de alta gravidade, deveria constar expressamente do novo Código, consolidação de conquistas legislativas anteriores.

O amor à síntese não deve conduzir à omissão e dúvidas posteriores na aplicação da lei.

XV

O CASAMENTO RELIGIOSO E O ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL

1 — A Constituição Federal de 1934, no seu art. 146, determinou que o casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrariasse a ordem pública e os bons costumes, produziria OS MESMOS EFEITOS que o casamento civil, DESDE QUE, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo de oposição, fossem observadas as disposições da lei civil e fosse ele inscrito no registro civil.

Interpretando de maneira muito restrita o preceito constitucional, a Lei 379, de 16 de janeiro de 1937, somente admitiu o registro de casamento religioso, quando fosse precedido de prévia habilitação civil em que fosse indicada a autoridade religiosa que iria celebrar o casamento.

Celebrado, dessa forma, o casamento por uma autoridade religiosa, e antes mesmo que o ato fosse registrado civilmente, não poderiam as pessoas assim casadas celebrar novo casamento, sob a sanção das penas do crime de bigamia (art. 9.º, § 1.º, da Lei 379).

2 — A Constituição de 1946, no seu art. 163, substituiu o sistema ideado pela Constituição de 1934 por um outro, com características diversas e mais amplas.

Esse art. 163 da Constituição de 1946 foi mantido pelo art. 175 da atual Constituição, com ligeira modificação de redação.

Depois de proclamar, no seu § 1.º, que "o casamento é indissolúvel", acrescentou dois parágrafos: a) no primeiro parágrafo determinou: "O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso EQUIVALERÁ AO CIVIL, se, observados os impedimentos e prescrições DA LEI, o ato for inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado"; b) no parágrafo seguinte, acrescentou: "O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente".

Interpretando esse texto constitucional, a Lei 1.110, de 23 de maio de 1950, distinguiu entre o casamento religioso realizado com prévia habilitação civil e o realizado com habilitação civil posterior, como se cada um correspondesse a um dos parágrafos acima citados do art. 163 da Constituição. E, em ambos os casos, proclamou o princípio de que "a inscrição (do casamento religioso) produzirá os efeitos civis A CONTAR DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO".

Observe-se, desde logo, que o § 2.º do art. 175 da Constituição não exige, como o faz o art. 2.º da Lei n.º 1.110, que o casamento religioso seja precedido de habilitação CIVIL, nem muito menos que esta caduque no prazo de sessenta dias. Exige apenas que o casamento religioso tenha observado "os impedimentos e prescrições *da lei*", nada impedindo, assim, que o legislador ordinário admitisse os efeitos da habilitação FEITA PELA AUTORIDADE RELIGIOSA, segundo normas equivalentes às da legislação civil.

No momento em que se cogita de modificar o texto da Lei 1.110, é importante ter-se em vista que as únicas limitações opostas ao legislador são as que constem do texto constitucional.

3 — Segundo, portanto, o disposto no art. 175 da Constituição Federal, combinado com a Lei 1.110, de 23 de maio de 1950: a) o casamento é de vínculo indissolúvel; b) o casamento religioso EQUIVALE ao civil, desde que seja inscrito no registro público; c) a inscrição RETROAGE OS EFEITOS DO CASAMENTO RELIGIOSO AO MOMENTO DA SUA CELEBRAÇÃO.

Sobre esse efeito RETROATIVO do registro, concorda o Anteprojeto do Código Civil, no seu art. 1.700: "O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do civil, equipara-se a este, desde que inscrito no registro próprio, PRODUZINDO EFEITOS A PARTIR DA DATA DE SUA CELEBRAÇÃO".

Nem se poderia entender de outra forma porque, retirado ao registro seu efeito retroativo, o preceito constitucional ficaria inócuo: não haveria casamento religioso mas simples modalidade de casamento civil provado pelo registro.

4 — Esse efeito RETROATIVO do registro é da mais capital importância para se compreender a natureza e efeitos do casamento religioso ANTES DO REGISTRO.

Se o registro fosse um requisito essencial à EXISTÊNCIA do casamento religioso, seu efeito seria *ex nunc*, isto é, somente para o futuro.

Desde que os efeitos do registro RETROAGEM À DATA DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO RELIGIOSO, é porque este JÁ EXISTE CIVILMENTE desde que foi celebrado. É apenas um ato cuja plena eficácia depende da sua inscrição no registro público; é um ato CONDICIONAL, e, como tal, não se confunde com um ato inexistente. Como todo ato condicional, produz desde logo os efeitos inerentes ao ato condicional, ou seja, o direito aos atos conservatórios (art. 121 do Código Civil), isto é, todas as medidas de conservação não só material como jurídica (De Page, 1, n.º 160).

Trata-se, portanto, dum ato IRREVOGÁVEL pelas partes, tanto mais quanto a Constituição o proclama INDISSOLÚVEL pela vontade das partes.

Como todo ato condicional, segundo a doutrina mais aceita, o implemento da condição teria efeito retroativo.

No caso, entretanto, não importa discutir essa tese, porque a lei expressamente confere efeito retroativo à inscrição do casamento religioso.

Se, portanto, *pendente conditione*, resultarem filhos durante um casamento religioso ainda não inscrito, os mesmos serão considerados legítimos DESDE O PRINCÍPIO, se o casamento vier a ser inscrito. Tais filhos também têm interesse em manter a irrevogabilidade do casamento religioso, enquanto este não estiver ainda inscrito.

Parece, pois, evidente que um dos cônjuges não pode, unilateralmente, dar como revogado ou inexistente o casamento religioso que haja contraído, para requerer seu casamento civil com terceira pessoa.

O princípio de que todo ato submetido a uma condição suspensiva com efeito retroativo dá direito a atos conservatórios do direito condicional, obriga à conclusão de que o casamento religioso deve importar em impedimento matrimonial para a celebração de casamento dum dos cônjuges com terceira pessoa.

É o que muito bem compreendeu o legislador, com a Lei 379, de 16 de janeiro de 1937, quando submeteu às penas de bigamia àquele que, sendo casado religiosamente com uma pessoa, se viesse a casar com outra, mesmo antes da inscrição daquele primeiro casamento (art. 9.º, § 1.º).

5 — É interessante assinalar que, embora de certa forma contraditória, Pontes de Miranda chega a essa mesma conclusão. Assinala ele, ao enumerar os "impedimentos proibitivos", que, além dos quatro indicados pelo Código Civil (art. 183, n.ºs XIII-XVI), "lei posterior juntou um quinto" que é o "casamento religioso ainda não inscrito".

Escreveu ele a propósito desse quinto impedimento: "Casamento religioso ainda não inscrito. — e) O que já se acha casado perante ministro de confissão religiosa, se ainda não inscrito o casamento. TAL IMPEDIMENTO PROIBITIVO emanou da Lei n.º 379, de 16 de janeiro de 1937 que, no art. 9.º estatuiu: "Incorre nas penas do art. 283 da Consolidação

das Leis Penais quem contrair novo casamento, civil ou religioso, com efeitos civis, depois de celebrado casamento religioso, na conformidade desta lei, ainda que este se não ache inscrito no registro civil" (Depois, art. 231 do Código Penal). Não se formulou regra explícita sobre impediência; porém não se compreenderia que a autoridade estatal, ou o ministro da confissão religiosa, ou o oficial do registro civil, se acumpliciassem com a pessoa já casada no religioso, para que essa contraísse casamento que constituía, para o direito penal, ato delituoso. O que se não podia extrair do art. 9.º da Lei 379 era o impedimento DIRIMENTE, uma vez que a sanção da nulidade DEPENDE DE LEI EXPLÍCITA. Não cabe o mesmo raciocínio quanto à simples impediência. Se já foi inscrito o casamento religioso, estabelece-se a dirimência. Quando simplesmente anotada a inscrição, se vier a ser ordenada, dirimido está o casamento que se efetuou após a anotação" (Tratado, VII, § 772).

E acrescentou: "A Lei 379, de 16 de janeiro de 1937, art. 9.º, só conferia efeito de impediência ao casamento religioso não inscrito no registro civil, o que mostra NÃO SE CONSIDERAR EXISTENTE O CASAMENTO RELIGIOSO não-inscrito; se se considerasse tal, o efeito seria de dirimência. A Lei n.º 1.110, de 23 de maio de 1950, apenas se refere aos efeitos da inscrição (art. 7.º). Mas o efeito impeditivo não é da inscrição e, embora o art. 10 da Lei n.º 1.110 haja ab-rogado a Lei n.º 379, A DOUTRINA TEM DE VER NO CASAMENTO RELIGIOSO, QUE AINDA PODE SER INSCRITO, EFEITO IMPEDITIVO" (Tratado, VII, § 773).

É patente, *data venia*, a contradição do Egrégio Mestre quando afirma não ser existente o casamento religioso não inscrito e ao mesmo tempo lhe dá o efeito de IMPEDIR novo casamento, ainda que de forma proibitiva.

Confunde-se aí "existência" e "eficácia". O casamento religioso "existe" desde sua celebração. Sua PLENA EFICÁCIA é que depende do registro com efeito retroativo. O que não impede sua EFICÁCIA PARCIAL MESMO ANTES DO REGISTRO, nos casos indicados pela lei como este de constituir um IMPEDIMENTO PROIBITIVO de novo casamento.

6 — Uma vez, entretanto, que se cogita de novo Código, e portanto da modificação da atual Lei 1.110, surge a questão sobre se deve atribuir efeito DIRIMENTE ou apenas PROIBITIVO ao casamento religioso não registrado.

Dado fato de que o registro é que leva ao conhecimento público a existência do casamento religioso, parece aconselhável restringir o efeito DIRIMENTE ao caso do casamento ter sido prenotado, como diz PONTES DE MIRANDA ou quando JÁ TENHA SIDO REQUERIDA A INSCRIÇÃO, portanto, em tal caso, já a autoridade civil tomou conhecimento da existência do casamento.

Esta é a forma preferida pelo Anteprojeto quando admite como impedimento dirimente: ser "a pessoa casada com outrem no religioso e que já houver requerido a inscrição desse casamento no Registro Civil".

Corrija-se o texto apenas na parte em que exige que a inscrição *tenha sido pedida pelo cônjuge*, quando a Constituição Federal permite que o pedido seja feito *por qualquer interessado*.

Além disso, deveria ser incluído no Anteprojeto, no seu art. 1.710, um número V dando como *não devendo* casar a pessoa já casada com outrem no religioso e cuja inscrição ainda não tenha sido requerida.

7 — Como conseqüência desse *impedimento proibitivo*:

a) Deve ser exigida, por ocasião da habilitação para casamento civil, a declaração de não ser o requerente já casado religiosamente com outra pessoa;

b) Deve ser submetida a pena criminal correspondente à da bigamia e a perdas e danos a pessoa que se casar novamente apesar do seu impedimento;

c) Deve ser obrigatória a comunicação do casamento religioso à autoridade civil por parte da autoridade religiosa e dos contraentes para seu imediato registro;

d) Deve ser obrigatório o registro do casamento religioso.

Este é o sistema que, em linhas gerais, corresponde ao adotado pela Lei 379, de 16 de janeiro de 1937.

e) De outra parte, da mesma forma que o casamento religioso não registrado deve ser impedimento para o casamento civil posterior com outra pessoa, o casamento civil deve representar impedimento para casamento religioso posterior com pessoa diferente. E a sanção desse impedimento pode ser estabelecida por duas formas: a) ou pelo restabelecimento do Decreto 521, de 26 de junho de 1890, que tornava obrigatória a efetivação do casamento civil antes do religioso; b) ou simplesmente impor penas análogas às de bigamia a todo aquele que, já sendo casado civil ou religiosamente com uma pessoa, viesse a casar religiosamente com outra antes de dissolver o primeiro casamento.

8 — Não se argumente contra tais medidas invocando o princípio da liberdade de culto. Tal princípio é garantido pelo art. 153, § 5.º, da Constituição, "salvo se contrariar a ordem pública".

Ora, desde que a própria Constituição erigiu o casamento religioso em modalidade de casamento civil, seria contra a ordem pública e contra o princípio constitucional da indissolubilidade do vínculo, contrair novo casamento, civil ou religioso, antes de dissolvido o primeiro, quer civil quer religioso registrável.

Não se pode permitir a continuação do escândalo de se assistir o casamento religioso de pessoas desquitadas, recorrendo até mesmo a sacerdote católico, quando já não sejam casadas religiosamente antes.

E assistir-se a milhares de casais incautos que se casam somente no religioso sem o aperfeiçoar com o registro civil ou perderem o prazo para tanto pela desidia do celebrante ou de despachante a quem tenham entregue o ato da celebração religiosa. Permanecerão concubinos e os filhos ilegítimos.

10 — Tudo isso tivemos ocasião de profligar nos *consideranda* da Portaria n.º 195, de 19 de outubro de 1959, que baixamos quando Corregedor da Justiça do então Distrito Federal e em entrevistas à imprensa local em 9 de novembro do mesmo ano.

O casamento religioso entendido como "inexistente", observei então, pode também transformar-se facilmente num casamento de experiência, numa nova modalidade de divórcio e na consagração dum concubinato. Poderiam, com efeito, os cônjuges, efetuar um casamento religioso de experiência. Dando-se bem após realizá-lo, poderiam, a qualquer tempo, registrá-lo, fazendo retroagir seus efeitos civis ao momento de sua celebração. Não se dando bem com ela, poderiam os cônjuges, numa modalidade inconcebível de divórcio, recusar-se a pedir seu registro e casar-se qualquer dos cônjuges com outra pessoa. Também poderiam os cônjuges, após seu casamento religioso, permanecer em concubinato dez, vinte ou mais anos e, após isso, fazê-lo registrar com efeito retroativo, tornando a concubina em cônjuge legítimo, os filhos naturais em legítimos e surpreendendo os terceiros com os quais hajam contratado.

O mais admirável (então acrescentei) é que, tendo sido o clero quem forçou a inclusão do nosso país entre os sete únicos países do mundo que proclamam a indissolubilidade do casamento CIVIL, entretanto realizam casamento religioso sem prévio ou simultâneo casamento civil e, o que é inacreditável, mas acontece constantemente, efetuando casamento religioso de pessoa já casada civilmente com outra, como se o casamento fosse um ato inexistente e não indissolúvel, como fizeram proclamar na Constituição.

"Quando a Constituição Federal, no seu art. 163 (escrevi nos *consideranda* da referida Portaria) proclama a unidade e a indissolubilidade do casamento, não poderia ter em vista, nos dois parágrafos desse mesmo dispositivo, abrir margem a que a mesma pessoa pudesse celebrar diversos casamentos perante ministros religiosos e optar a seguir, livremente, pelo registro de algum deles, embora todos registráveis, ou substituí-los por outro de celebração civil. O casamento religioso de pessoa já casada civilmente com terceira pessoa viola o art. 163, §§ 1.º e 2.º, da Constituição, porque, em tal hipótese, o casamento religioso deixa de ser registrável; e o mesmo ocorre quando a pessoa já casada religiosamente, se casa civilmente com terceira pessoa, tornando não registrável o primeiro casamento".

"Qualquer que seja a opinião que se tenha sobre a necessidade da admissão do divórcio em nossa legislação (acrescentei), para regularizar certas situações criadas pelo desquite, isso não autoriza que, mantendo-se a falsa aparência da indissolubilidade do casamento civil registrado, se criem situações fraudulentas, de prático divórcio, pelo expediente de se não registrar o casamento celebrado religiosamente, com intolerável ofensa aos nobres sentimentos da religião, mormente quando estes acolham o preceito da indissolubilidade do casamento".

Urge, portanto, que a Lei 1.110, de 1950, seja modificada para que, em obediência ao disposto na Constituição Federal o casamento religioso seja transformado realmente numa modalidade de casamento civil e não num

elemento perturbador da segurança da família, que deve apoiar-se num casamento com eficácia civil rigorosamente garantida pela lei.

11 — O primeiro problema a resolver numa satisfatória regulamentação do art. 175, §§ 2.º e 3.º, da Constituição, é esclarecer o que se deva entender como "casamento religioso" a que o referido dispositivo alude ou seja, qual a religião idônea a regular essa forma de casamento, a competência da autoridade celebrante e as formalidades do ato da celebração.

A esse respeito, a Lei 1.110 é omissa. A lei anterior, Lei 379, de 16 de janeiro de 1937, adotou o sistema enumerativo, indicando como casamento religioso o que seja celebrado por ministro da Igreja Católica, ou do culto protestante, grego ou israelita, e acrescentando ainda: "ou de outro cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes".

Esse sistema, além de fazer uma enumeração inconveniente, porque exclui cultos universalmente exercidos, como o muçulmano e o budista, é demasiado amplo quando abrange qualquer culto não ofensivo à ordem pública e aos bons costumes.

Todavia, a referida lei admitia um processo preliminar de impugnação, aberta a qualquer pessoa, para excluir o apontado casamento, julgada afinal como impedimento, juntamente com quaisquer outros opostos na forma da lei.

12 — Possivelmente, uma boa solução seria:

a) fazer a lei uma enumeração mais completa das religiões notoriamente reconhecidas por sua idoneidade e regularidade de funcionamento, inclusive quanto ao registro de seus casamentos;

b) permitir que decretos especiais consagrem outras religiões não previstas;

c) abrir processo de impugnação análogo ao regulado pela Lei 379 quanto às religiões não reconhecidas, por ocasião da remessa do ato para sua inscrição no registro.

13 — O Anteprojeto do Código Civil não somente não cuidou de definir o casamento religioso, como também:

a) não cuidou das duas modalidades de casamento religioso previstas pelos §§ 2.º e 3.º, do art. 175, da Constituição, isto é, casamento com habilitação prévia válida ou habilitação posterior;

b) contém dispositivo flagrantemente inconstitucional, qual seja o do art. 1.702 — "Se os cônjuges ou o celebrante do casamento não promoverem o respectivo registro civil nos QUINZE DIAS seguintes à celebração, QUALQUER INTERESSADO poderá fazê-lo, obedecido o disposto no artigo 1.701".

O § 2.º do art. 175 da Constituição é TAXATIVO quando determina que o ato do casamento religioso possa ser inscrito no registro público, "a requerimento de celebrante OU DE QUALQUER INTERESSADO".

Como pode, portanto, o Anteprojeto somente permitir a QUALQUER INTERESSADO o requerimento de registro QUINZE DIAS após o prazo

dado aos cônjuges ou ao celebrante do casamento, se a Constituição não cogita desse prazo para o terceiro interessado?

A Constituição tem em vista que o casamento religioso seja IMEDIATAMENTE registrado, afim de evitar que os recém-casados vão para a lua de mel concubinados.

Por isso o legislador não deve restringir o direito de pedir o registro a um celebrante displicente ou aos recém-casados em natural estado de perturbação. QUALQUER INTERESSADO, isto é, um simples parente, terá direito de promover o referido registro.

XVI

LIMITAÇÃO DO PÁTRIO PODER E O ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL

I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA LIMITAÇÃO DO PÁTRIO PODER

1 — A Revolução Francesa planejou extinguir o pátrio poder, transformando o pai num "simples tutor encarregado da guarda e da educação do filho, sob o controle absoluto e a direção do Estado" (Baudry Lacantinerie, citando projetos de Código Civil, redigidos por Cambacèrès, Tratado, volume 5, n. 127, pág. 136).

Tal orientação entretanto, não foi adotada pelo Código Civil de 1804, o qual, ao contrário, nem sequer previu a possibilidade da destituição do pátrio poder e atribuiu ao pai o terrível poder de prender o filho em prisão pública até 30 dias por via de sua autoridade (art. 376).

A jurisprudência, porém, moderava o rigor da lei e intervinha para retirar ao pai a guarda do filho em caso de maus tratos ou ofensas aos bons costumes (Baudry Lacantinerie, n. 229, p. 283).

2 — A lei de 24 de julho de 1889 sobre a proteção dos filhos maltratados ou moralmente abandonados veio admitir e regular a questão da perda do pátrio poder, e, entre outros dispositivos, estabeleceu que "fora de qualquer condenação, o pai ou mãe que, por sua embriaguês habitual, sua má conduta notória e escandalosa ou por maus tratos, comprometerem a saúde, a segurança ou a moralidade de seus filhos", estariam sujeitos à DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER.

A lei usa duma fórmula ampla, que estende o poder de apreciação do tribunal. Está, entretanto, sob fortes restrições, dado que somente cuida da PERDA do pátrio poder e ainda exige fiquem provados ou a embriaguês habitual ou a má conduta escandalosa ou os maus tratos, entendidos estes no sentido de golpes físicos e não de simples falta de cuidados (Baudry Lacantinerie, p. 299).

3 — Coube ao decreto-lei, de 30 de outubro de 1935, dar um novo passo no aperfeiçoamento do sistema legal de proteção aos menores.

Acrescentando uma alínea 7, ao art. 2.º, da Lei de 24 de julho de 1889, o referido decreto-lei previu que, quando a saúde, a segurança, a moralidade ou a educação do menor estiverem "comprometidas" ("compromises") ou "insuficientemente salvaguardadas" ("insuffisamment sauvegardées") pelo fato do pai ou da mãe, o presidente do Tribunal poderia ordenar uma MEDIDA DE VIGILÂNCIA OU DE ASSISTÊNCIA EDUCATIVA ("une mesure de SURVEILLANCE ou d'ASSISTANCE ÉDUCATIVE"), sem decretar a perda do pátrio poder.

Estavam criadas as expressões, destinadas a um futuro prodigioso: "medidas de ASSISTÊNCIA EDUCATIVA" ou sejam, certas medidas de educação ou de reeducação julgadas indispensáveis quando, em virtude da insuficiência educativa dos pais, o menor estivesse em PERIGO FÍSICO OU MORAL, "comprometidos" ou "insuficientemente salvaguardados" em sua saúde, segurança, moralidade ou educação.

Para "vigiar" ou ajudar os pais, o Tribunal estava autorizado a designar uma obra social ou um particular, que iria agir como se fora um "delegado de liberdade vigiada".

A liberdade vigiada estava sendo empregada até então apenas em relação aos menores infratores.

A grande *trouvaille* do decreto-lei de 30 de outubro de 1935 foi a de estender a liberdade vigiada aos menores difíceis ou simplesmente "em perigo" (Marty et Raynaud, *Droit Civil*, I, n. 560, pág. 748).

Todavia, a aplicabilidade desse decreto-lei continuou restrita, já que a autoridade judiciária do Presidente do Tribunal não era especializada, tinha de agir a requerimento do Ministério Público e não podia praticar determinadas medidas, como, por exemplo, retirar aos pais o direito de guarda, julgado essencial ao exercício do pátrio poder (Marty et Raynaud cit., p. 749; Henri Capitant, 1, n. 730).

4 — Todavia, novas leis sobre a proteção da infância foram promulgadas e a ambição dos juristas franceses era a de que as mesmas fossem "fundidas, codificadas", tendo por base dois princípios gerais: a) primeiro, o caráter de órgão da alta proteção do menor atribuído à Justiça; b) segundo, que as medidas a tomar em relação aos pais e aos filhos fossem, quanto possível, medidas PREVENTIVAS e não repressivas e "o exercício do pátrio poder fosse vigiado, assistido, por delegados do poder judiciário, ou administrativo, escolhidos entre o pessoal das obras sociais de proteção à infância" e os menores fossem submetidos a simples medidas de colocação e educação (Colin et Capitant, I, n. 739, p. 567).

Esse ideal veio a ser realizado pela Ordenança n. 58-1301, de 23 de dezembro de 1958, "relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence EN DANGER" e pelo Decreto n. 59-100 de 7 de janeiro de 1959, "relative à la protection sociale de l'enfance EN DANGER".

A Ordenança 58-1301 modificou os arts. 375 a 382 do Código Civil, passando o art. 375 do Código Civil a ter a seguinte redação: "Os menores

de vinte e um anos, CUJA SAÚDE, SEGURANÇA, MORALIDADE ou EDUCAÇÃO estejam COMPROMETIDAS, poderão ser objeto de MEDIDAS DE ASSISTÊNCIA EDUCATIVA nas condições previstas nos arts. 375-1 a 382".

Paralelamente, o Decreto n. 59-100, de 7 de janeiro de 1959 determinou, em seu art. 1.º: "Em cada departamento, o diretor departamental de população e da ajuda social é encarregado, sob a autoridade do prefeito, de exercer uma ação social PREVENTIVA junto às famílias cujas condições de existência ARRISCAM ("risquent") pôr em perigo a saúde, a segurança ou a moralidade de seus filhos".

Pareceria, à primeira vista, haver uma discriminação de competência entre a ação do juiz de menores a favor dos menores cuja saúde, segurança, moralidade ou educação estejam COMPROMETIDAS e a ação da autoridade administrativa, encarregada de agir PREVENTIVAMENTE, a favor das famílias cujas condições de existência "AMEAÇAM PÔR EM PERIGO", "risquent de mettre en danger" a saúde, a segurança ou a moralidade dos menores.

Mas a Circular de 8 de fevereiro de 1961, "relativa à aplicação dos novos textos sobre a proteção do menor" rejeita tal discriminação: "Même si l'on note que l'article 375 vise des cas où la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation du mineur SONT COMPROMISES, alors que l'article 1er du décret du 7 janvier 1959 vise ceux dans lesquels les conditions d'existence des familles RISQUENT DE METTRE EN DANGER la santé, la sécurité ou la moralité de leurs enfants, IL RESTE DIFFICILE DE TIRER DE CES SEULES NUANCES UNE REPARTITION SATISFAISANTE DES AFFAIRES, SELON LEUR URGENCE OU LEUR GRAVITÉ".

Esclareceu a Circular que "o decreto de 7 de janeiro de 1959 e a ordenança de 23 de dezembro de 1958 se completam e CONSTITUEM UM TODO. Sua aplicação importa numa COOPERAÇÃO CONSTANTE DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA E DA ADMINISTRAÇÃO": "Les deux formes de protection, jumelées dans une "synthèse hardie", sont dominées par un imperatif que vous ne perdrez pas de vue: devant un cas déterminé, la mesure nécessaire NE TRADUIT PAS UN CHEVAUCHEMENT DE COMPETENCES, mais constitue le recours auquel il peut être fait appel, sans qu'une double abstention soit désormais concevable". Hoje tal questão está superada pela nova redação dada ao art. 375 do Código Civil pela Lei 70-459 de 4-6-70 "si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé SONT EN DANGER..."

5 — A lei belga de 8 de abril de 1965 determina taxativamente competir ao Tribunal da Juventude conhecer "das requisições do ministério público relativas aos menores cuja saúde, segurança ou moralidade são POSTAS EM PERIGO ("SONT MISES EN DANGER"), já em razão do meio em que são educados, já pelas atividades às quais se entreguem ou cujas condições de educação são COMPROMETIDAS pelo comportamento das pessoas que têm sua guarda".

Particularmente, em relação à ASSISTÊNCIA EDUCATIVA a cargo do Tribunal da Juventude, determinou a lei belga: "Quando a saúde, a segurança, a moralidade ou as condições da educação dum menor estiverem COMPROMETIDAS, o Tribunal da Juventude pode, sob requisição do ministério público, ordenar uma medida de ASSISTÊNCIA EDUCATIVA em relação às pessoas que têm a sua guarda".

O art. 2.º da mesma lei reserva aos comitês de proteção da juventude o encargo de intervir a favor do menor "quando a saúde, a segurança, ou a moralidade do menor é POSTA EM PERIGO, já em razão do meio em que é educado, já pelas atividades às quais se entregue ou quando as condições de educação estejam comprometidas pelo comportamento das pessoas que têm sua guarda".

6 — Interessante, também, a esse respeito, é a Organização Tutelar de Menores, de Portugal.

Pelo Decreto-lei n.º 44.288 de 20 de abril de 1962, art. 17, os tribunais tutelares de menores tinham competência em relação aos menores que antes de 16 anos: "a) sejam sujeitos a maus tratos ou se encontrem em situação de abandono, desamparo ou semelhante, capazes num e noutro caso de PÔR EM PERIGO a sua saúde, segurança ou formação moral".

O art. 3.º do Decreto-lei n. 47.727, de 23 de maio de 1967, suprimiu esse primeiro item do art. 17 supracitado, de sorte que pareceria que a jurisdição dos Tribunais Tutelares se limitaria aos menores com dificuldade de adaptação a uma vida social normal ou já desadaptados.

Todavia, este último Decreto lei, em matéria cível deu competência aos Tribunais de Menores para "instituir o regime de assistência educativa" (art. 35), assim magnificamente definido no art. 112 do mesmo Decreto-lei: "Quando a saúde, a segurança, a formação moral ou a educação de um menor SE ENCONTREM EM PERIGO e não seja o caso de inibição do poder paternal ou de remoção das funções tutelares, nem de submissão a regime de assistência, o tribunal pode instituir a PROVIDÊNCIA DE ASSISTÊNCIA EDUCATIVA QUE REPUTE MAIS CONVENIENTE PARA OS INTERESSES DO MENOR".

II

ESTUDO DO ARTIGO 394 DO ATUAL CÓDIGO CIVIL

7 — Vimos na parte precedente como o direito francês, belga e português consagraram a doutrina de que a autoridade judiciária, e especificamente o Juízo de Menores, deve intervir com assistência educativa quando a saúde, segurança, moralidade ou educação do menor estejam comprometidas OU EM PERIGO, sem necessitar de suspender ou cassar o pátrio poder e independentemente de pesquisa sobre a culpa dos pais do menor.

Nesse ponto, entretanto, nosso Código Civil não se prendeu ao direito francês.

Como bem observou Pontes de Miranda: "O art. 394 (do nosso Código Civil) não assenta no passado; deriva do art. 233 do antigo Código Civil Italiano e do Projeto do Código Civil Alemão, §§ 1.546 e 1.547, a que correspondem os atuais §§ 1.666 e 1.667, sobre os quais já se exerceu, através da doutrina e da jurisprudência, a atividade científica, técnica e prática dos investigadores e intérpretes. De modo que, antes de aplicar, no direito brasileiro, o art. 394, já o víramos funcionar, com todo o rigor recomendável e com todas as cautelas, nos tribunais e no ensino alemães" (Tratado, vol. IX, § 987, p. 147).

Destaquemos o § 1.666 do Código Civil Alemão, relativo à intervenção judicial em relação à pessoa do menor. Eis o texto, traduzido em francês por Meulenaere: "Si l'intérêt MORAL OU PHYSIQUE de l'enfant est MIS EN PÉRIL parce que le père abuse du droit de prendre soin de la personne de l'enfant, parce qu'il néglige, ou parce qu'il mène une conduite déshonorante ou immorale, le tribunal des tutelles doit prendre les mesures nécessaires pour écarter *le danger*. Spécialemente, il peut ordonner que l'enfant sera placé pour son éducation dans une famille convenable, dans un établissement d'éducation ou dans une maison de correction. Si le père a porté atteinte au droit alimentaire de l'enfant et s'il y a lieu de craindre pour l'avenir que ce droit soit gravement mis en péril, l'on peut enlever au père même l'administration et l'usufruit légaux".

É realmente admirável que, ao tempo em que a lei francesa de 1889 timidamente admitia que o pai sofresse a PERDA do pátrio poder em virtude de conduta particularmente inadmissível, o direito alemão admitia que a autoridade judiciária, SEM CASSAR NEM SUSPENDER o pátrio poder, interviesse para determinar MEDIDAS DE ASSISTÊNCIA a favor do menor EM PERIGO FÍSICO OU MORAL, podendo para esse efeito AGIR *EX OFFICIO*.

O pátrio poder era considerado como simples "tutela", justificando-se assim a intervenção do "tribunal de tutelas".

Essa intervenção ocorreria em três casos: a) para aprovação de certos atos (arts. 1.643-1.645); b) em caso de divergência de opinião entre o pai e um curador (art. 1.629) e c) nessas medidas de salvaguarda dos interesses do menor.

Nesse mister era o Tribunal ajudado pelo Conselho dos Órfãos (artigo 1.675), substituído pelo Departamento de Proteção de Juventude, pela lei de proteção à juventude, de 9 de julho de 1922, § 43, ap. 1, prop. 2 (Meulenaere, cit., com. ao art. 1.665; Kipp e Wolff, *Direito de Família*, vol. 2, § 83, II § 2).

Somente num ponto o art. 1.666 do Cód. Civil Alemão ficou superado pelo moderno direito: é quando condiciona a intervenção do Tribunal ao ABUSO DE DIREITO praticado pelo pai ou à sua negligência ou má conduta.

Presentemente tem-se em vista unicamente a SITUAÇÃO DE PERIGO DO MENOR, em sua saúde, segurança, moralidade ou educação, independentemente de investigação sobre a má conduta do pai.

Presentemente, também as "medidas necessárias" a serem tomadas pelo Tribunal tomaram a forma de ASSISTÊNCIA EDUCATIVA, extensiva ao próprio pai e que PODEM SER REQUERIDAS PELO PRÓPRIO PAI.

8 — Vejamos agora o art. 394 do nosso Código Civil: "Se o pai ou mãe ABUSAR do seu poder, faltando aos deveres paternos ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, REQUERENDO algum parente ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela SEGURANÇA do menor e seus haveres, suspendendo até, quando convenha, o pátrio poder.

A análise desse dispositivo revela que o mesmo contém normas completamente INDEPENDENTES: 1.ª) autorizando a SUSPENSÃO do pátrio poder; 2.ª) permitindo que o juiz "adote a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres", SEM SUSPENSÃO DO PÁTRIO PODER.

A aplicação destas últimas medidas é subordinada pelo texto legal a três requisitos:

a) deve ser REQUERIDA por algum parente ou pelo Ministério Público;

b) deve ficar provado que o pai ou mãe ABUSOU do seu poder, faltando aos deveres paternos ou arruinando os bens do filho;

c) a medida a ser aplicada deve ser a reclamada "pela *segurança* do menor e seus haveres".

Basta a mais ligeira comparação entre o texto do art. 394 do nosso Código Civil com o do art. 1.666 do Código Civil Alemão, para se ver como nosso legislador enfraqueceu e lançou confusão sobre a norma do art. 1.666 do Código Alemão.

Assim é que:

a) confunde no mesmo dispositivo a simples intervenção do juiz SEM SUSPENSÃO do pátrio poder, com essa suspensão, que é tratada à parte no Código Civil Alemão (arts. 1.676 a 1.678);

b) confunde a intervenção quando em perigo a PESSOA do menor, objeto do art. 1.666 do C. Alemão, com a intervenção quando em perigo os BENS do menor (art. 1.667 do C. C. Alemão);

c) exige que a intervenção do juiz seja REQUERIDA por algum parente ou pelo Ministério Público, excluindo a *ex officio* ou do próprio pai;

d) dá ênfase ao ABUSO DE PODER do pai, em vez de ter em atenção particular "o interesse físico ou moral do menor POSTO EM PERIGO";

e) limita-se a determinar que a medida seja a reclamada pela "segurança" do menor e não para "afastar a situação de perigo físico ou moral", como consta do modelo alemão.

9 — Diante da maneira confusa com que foi redigido o art. 394 do nosso Código Civil, não é de admirar que o mesmo tenha sido entendido mais como um reforço do pátrio poder, salvo evidente ABUSO DO PAI,

do que como permitindo a INTERVENÇÃO TUTELAR do juiz diante da SITUAÇÃO DE PERIGO DO MENOR.

Por isso, mal acabava de ser promulgado o Código Civil, em 1919, já era modificado pela Lei 4.242 de 5 de janeiro de 1921, que depois se incorporou ao Código de Menores de 1927, e onde até mesmo as condições de suspensão e perda do pátrio poder são reguladas com redação diferente.

O juiz de menores, pela nova lei, já pode AGIR *EX OFFICIO* e tem um amplo quadro de medidas necessárias não somente à SEGURANÇA, como também à saúde, moralidade e educação do menor (§ 8), especificadas conforme a situação do menor e sem suspensão ou perda do pátrio poder (*vide* art. 55 do Cód. de Menores, que repete o § 8 do art. 3 da Lei 4.242 de 1921).

Todavia, na classificação dos menores abandonados, a nova lei de menores ainda procura ter em vista a CULPA DOS PAIS, sua incapacidade, imoralidade ou perversidade, obedecendo ainda à técnica do Código Civil.

Daí a terrível batalha que Mello Mattos teve de travar em benefício de menores contra aqueles que os detinham fundados na força sagrada do seu pátrio poder.

III

A QUESTÃO NO ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL

10 — O Anteprojeto de Código Civil, no seu art. 1.851, procurou apenas COPIAR o texto do art. do atual Código. Mas o fez com tal infelicidade, deslocando uma vírgula, que mudou totalmente o sentido e a eficácia do dispositivo.

No art. 394 do atual Código está escrito que o juiz pode "adotar a medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, SUSPENDENDO ATÉ, quando convenha, o pátrio poder".

A fonte desse dispositivo foi o art. 462 do Projeto Clóvis que dizia poder o juiz "tomar qualquer medida que lhe pareça necessária para garantia da pessoa e dos bens do mesmo filho, INCLUSIVE a suspensão do próprio poder".

Essa redação permaneceu no art. 401 do Projeto da Câmara, mas sofreu, no Senado, uma emenda de redação de que resultou o texto atual.

Por esse texto, o legislador permite ao juiz adotar qualquer medida SEM SUSPENSÃO DO PÁTRIO PODER, podendo, entretanto, quando convenha, chegar ATÉ ESSA SUSPENSÃO.

Ora, eis que o art. 1.851 do Anteprojeto, alterando a colocação essencial duma vírgula, permitiu ao juiz "adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, SUSPENDENDO, ATÉ QUANDO CONVENHA, O PÁTRIO PODER".

Por esse novo texto, nenhuma medida poderia ser adotada pelo juiz SEM SUSPENDER SIMULTANEAMENTE o pátrio poder "pelo tempo que lhe parecer necessário".

É a subversão completa dos princípios que alicerçarem a redação do art. 394 do atual Código Civil.

Não se trata de simples erro tipográfico, pois consta de todas as edições oficiais do Anteprojeto. (Diário Oficial de 7 de agosto de 1972, suplemento ao n. 149, p. 91 e publicação em livro do Ministério da Justiça, pág. 313).

11 — Restaurado o texto primitivo do art. 394 vigente, cumpre preliminarmente dividir o mesmo em três partes distintas como constava do seu modelo alemão: a) a proteção à PESSOA do menor; b) a proteção a seus bens; c) a suspensão do pátrio poder .

Na parte relativa aos "bens" do menor, deve ser adotado o modelo do art. 1.667 do Código Civil Alemão.

A suspensão do pátrio poder não ocorre apenas no caso do parágrafo único do art. 394, mas também quando haja incapacidade de direito ou de fato de exercer o pátrio poder (arts. 1.676 a 1.678 do Código Civil Alemão).

A parte relativa à proteção do menor deve ser ampliada "com outras medidas adotadas em outros países contra o abandono moral da infância", como já reclamava João Luiz Alves, ao ser promulgado o Código (obs. ao art. 394 do Código Civil).

Reeditar o velho dispositivo importaria até mesmo em revogar o Código de Menores, porque, nos termos do mesmo, o juiz, para aplicar medidas aos menores: a) não poderia agir *ex officio*; b) teria de investigar o *abuso de poder* dos pais e c) só poderia decretar medidas para "segurança" do menor e ainda, para sua saúde, moralidade e educação, na extensão do nosso insuficiente Código de Menores.

Impõe-se ampliar a norma legal, segundo a doutrina moderna, instituindo-se, entre nós, a plena ASSISTÊNCIA EDUCATIVA, adotada no direito francês, português e belga.

Tal poderia ser feito, por exemplo, colhendo-se o texto do art. 112 da Lei Tutelar de Menores de Portugal, com a redação dada pelo art. 4.º do Decreto-lei n.º 47.727, de 23 de maio de 1967: "quando a saúde, a segurança, a formação moral ou a educação de um menor SE ENCONTREM EM PERIGO e não seja o caso de inibição do poder paternal ou de remoção das funções tutelares, nem de submissão a regime de assistência, o tribunal pode instituir a PROVIDÊNCIA DE ASSISTÊNCIA EDUCATIVA QUE REPUTE MAIS CONVENIENTE PARA OS INTERESSES DO MENOR".

Por semelhante dispositivo, para que ocorra intervenção do juiz não é necessário que tenha havido ABUSO DO PÁTRIO PODER nem ruína dos bens do filho, nem ameaça à simples segurança do menor. O juiz intervém até mesmo *ex officio*, quando a saúde, a segurança, a formação moral ou a segurança do menor estejam em perigo.

12 — Resta estabelecer a questão da competência para a assistência educativa.

Em princípio, as medidas aplicáveis na proteção à PESSOA do menor, devem caber ao Juiz de Menores, como no direito francês e belga.

Todavia, conforme vier a ser definido em nosso futuro Código de Menores, se se adotar a orientação da legislação portuguesa, caberia ao juiz da Vara de Família competência somente para as medidas a favor do menor EM PERIGO, ao passo que pertenceria ao Juiz de Menores competência exclusiva em relação aos menores cuja saúde, segurança, moralidade ou educação, já estejam comprometidas sem prejuízo de sua competência também em relação aos menores em perigo.

XVII

ADOÇÃO E LEGITIMAÇÃO ADOTIVA EM FACE AO ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL

PARTE I

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DESSAS INSTITUIÇÕES

1 — Pelo direito romano, a adoção era o meio pelo qual aquele que não tivesse posteridade legítima poderia obter uma, fictícia, adquirindo, dessa forma, um descendente que lhe perpetuaria o nome e o culto doméstico (GIRARD, pág. 169). O adotado ingressava plenamente na família do adotante, caía sob o seu pátrio poder, passava a usar o seu nome e se tornava seu sucessor; ao mesmo tempo que saía totalmente de sua família anterior, deixava de estar sob o pátrio poder e de ser sucessor de seu pai verdadeiro, porquanto não lhe era permitido ter ao mesmo tempo duas famílias. O rigor dessa regra somente era suavizado em certos casos pela eqüidade do pretor. Mais tarde, ainda, JUSTINIANO criou a *adoptio minus plena*, admitindo uma modalidade de adoção para simples efeito sucessório.

2 — No período posterior à queda de Roma, a adoção deixou de ser usada na prática, por se entender que seu efeito sucessório ou de modificação do pátrio poder dependeria de concessão especial do Príncipe. Por isso, LAFAYETTE, entre nós, ainda a considerava uma "perfeita inutilidade".

3 — Coube à Revolução Francesa tentar renovar a adoção nos antigos moldes romanos. "A adoção (disse, a propósito, Napoleão, então primeiro cônsul) deve ser uma imitação perfeita da natureza, ou melhor, deve destruir a obra da natureza; deve fazer com que o adotado saia completamente da família natural para o ligar exclusiva e irrevogavelmente à de seu pai adotivo. Desde então a adoção deve ser, de alguma sorte, um sacramento conferido pelas mais altas autoridades".

O desejo de Napoleão, entretanto, não veio a prevalecer na redação do Código Civil. Este, no dizer de Napoleão, transformou a adoção numa simples "instituição de herdeiro" que praticamente só passou a ser usada para reconhecimento indireto de filho natural.

Basta dizer que o Código não permitia adotar pessoas em menoridade.

4 — A grande guerra de 1914-1918, entretanto, fez com que o legislador francês, pela Lei de 19 de junho de 1923, refundisse completamente

o capítulo do Código Civil sobre adoção. "O grande número de órfãos de guerra excitava a piedade, mormente nos lares sem filhos (observa RIPERT). Numerosos lares, cujos filhos tinham sido mortos, estavam igualmente desejosos de reparar parcialmente sua ruína adotando um filho".

Pela nova legislação, foi possível a adoção de menores, passando o pátrio poder para o adotante; a idade do adotante foi reduzida ao mínimo de 40 anos; a adoção dependia de homologação judicial e só poderia ser admitida se houvesse justos motivos e conveniência para o adotado (art. 343); foi admitida a revogação da adoção pelo Tribunal em face de graves motivos; o adotando sucedia como filho legítimo ao adotante, mas este não tinha direito sucessório sobre o adotado, a não ser em relação aos bens dados pelo adotante ao adotado (art. 357).

Essa nova regulamentação teve grande êxito prático, dado que dava à adoção uma nova finalidade que era a de ser uma "instituição de caridade" quer a favor dos menores abandonados ou infelizes a quem proporcionava a integração numa família bem organizada, quer a favor daqueles a quem a natureza privara de convívio familiar e de posteridade.

5 — Entretanto, a prática demonstrou que, em muitos casos, a adoção não poderia atingir sua finalidade, em face da regra de que, apesar da adoção, se manteriam os direitos e deveres resultantes do parentesco natural.

Por isso, a admirável lei francesa de 29 de julho de 1939, denominada "Código de Família", modificou a legislação anterior em dois pontos:

Em primeiro lugar, criou uma nova modalidade de adoção, ou seja a "adoção com ruptura dos laços familiares", para o caso de indignidade da família natural do adotado.

Por essa forma procurava-se evitar a interferência maléfica quando não a chantagem praticada pela família natural impedindo a integração do menor em sua família adotiva:

a) o direito de visita dos pais desaparece;

b) ao morrer o adotante, o menor não volta ao poder de sua família natural;

c) cessa o direito sucessório em relação à família natural e é proibido o reconhecimento como filho natural por parte de terceiro. Essa disposição visa evitar que os pais atuem sob o simples desejo de se assegurarem um direito sucessório eventual que caiba ao adotado.

6 — A grande inovação da Lei francesa de 1939, completada pela de 8 de agosto de 1941, foi a criação da LEGITIMAÇÃO ADOTIVA que, "semelhante à *adoptio plena* do direito romano, comporta uma integração absoluta do adotado na sua nova família, sem manter laço algum com sua família anterior. Tudo se passará como se o filho fosse um filho legítimo dos esposos que o adotam" (RIPERT).

Podem ser objeto dessa legitimação, não somente as crianças cujos pais sejam "desconhecidos" e "mortos", como também, especificamente (segundo a Lei de 1941), os *menores abandonados* em instituições de caridade do Estado "cuja entrega aos pais não parece dever ser encarada" (artigo 21).

Com essa legitimação, "cessam os efeitos da paternidade natural"; é proibida a investigação e o reconhecimento da paternidade por parte de terceiros. O menor é integrado definitivamente na família adotiva como se fosse filho legítimo, o que é da mais capital importância, principalmente tendo-se em vista o sentimento íntimo de auto-apreciação do próprio menor, em face das reações do meio social em que deve viver, criado pela adoção.

7 — Todavia, a doutrina exigia o aperfeiçoamento dessa nova instituição, tal como fora elaborada pela citada legislação francesa, particularmente:

a) Abaixar a idade-limite para adotar;
b) Aumentar a idade-limite para ser adotado;
c) Fazer desaparecer os últimos traços do estado anterior à legitimação adotiva;
d) Permitir àqueles que tenham filhos legítimos adotar um filho, ao menos excepcionalmente;
e) Aumentar os casos em que cabe a legitimação adotiva;
f) Aumentar os casos em que se pode ser legitimante ou legitimado.

Em parte, esse ideal já foi conseguido pela Lei uruguaia de 20 de novembro de 1945 que:

a) Reduziu a 30 anos a idade mínima do adotante;
b) Permitiu a adoção não só aos casados, mas também aos viúvos e divorciados;
c) Elevou a 18 anos a idade máxima para ser adotado;
d) Eliminou qualquer restrição aos efeitos sucessórios da legitimação;
e) Deu a esta um caráter rigorosamente secreto.

8 — A lei francesa n.º 66.500, de 11 de julho de 1966, remodelou o instituto de legitimação adotiva, procurando "conferir ao menor uma filiação que se SUBSTITUA à sua filiação de origem" (art. 356, novo, do Código Civil).

Assim é que:

a) A idade do adotante ficou reduzida a 30 anos se é pedida conjuntamente pelos dois cônjuges não separados de corpos, após cinco anos de casamento. Nos demais casos, a idade ficou reduzida para 35 anos;
b) A idade-limite para ser adotado foi aumentada para quinze anos (art. 345);
c) A existência de filhos legítimos não impede a adoção, desde que haja dispensa do Presidente da República, ou o filho legítimo tenha nascido depois que o filho a adotar tenha sido anteriormente acolhido no lar dos esposos adotantes (art. 345-1);
d) Desapareceram as limitações dos efeitos da adoção plena em relação aos avós adotivos; não é também necessário que os mesmos "adiram" à adoção (art. 358; MARMIER, Sociologie de l'adoption, p. 166). O adotado passa a ter o nome do adotante (art. 357) e direito sucessório, e a nacionalidade como se fosse filho legítimo. Desaparece o direito sucessório em relação à família de origem.

e) Cabe adoção plena não só em favor dos pupilos do Estado e menores declarados abandonados, como também quando os pais ou o conselho de família validamente consentirem na adoção (art. 347, n.º 1.º);

f) "A colocação em vista da adoção plena põe obstáculo a qualquer restituição do menor à sua família originária. Impede qualquer declaração de filiação e qualquer reconhecimento" (art. 352);

g) A transcrição da adoção plena importa na anulação do ato de nascimento originário (art. 354), salvo apenas quanto ao impedimento de casamento;

h) A adoção plena é irrevogável (art. 259);

i) A adoção plena pode ser feita não somente por um casal, ou um viúvo, como por qualquer pessoa, como o próprio celibatário (art. 341-1).

Esse último requisito da "adoção plena" foi feito pelo legislador francês para fundir as antigas figuras da "legislação adotiva" e "adoção com rutura dos laços familiares".

Este último dispositivo tem suscitado veementes contestações. "O paradoxo parece flagrante" (observa MARMIER). "Subverte profundamente nossas concepções da família. Que se torna, com efeito, a preocupação de imitar a natureza, de dar ao menor o estatuto que ele teria tido se houvesse verdadeiramente nascido na família?" (pág. 69).

Ademais essa adoção plena por celibatário sofre obstáculo de caráter administrativo no tribunal que a deve conceder. E as estatísticas demonstram que 93% das legitimações adotivas e com rupturas dos laços pronunciadas de 1958 a 1965 sobem a 93% do total (MARMIER, p. 89).

Na segunda parte deste estudo, vamos verificar quais os requisitos da adoção e da legitimação adotiva em nossa legislação, desde o Código Civil e qual a regulação nova que o anteprojeto de Código Civil propõe para ambos.

PARTE II

REGULAMENTAÇÃO DESSES INSTITUTOS EM NOSSO DIREITO

1 — Em nosso direito anterior ao Código Civil, como vimos, a adoção tinha contornos mal definidos, que se procuravam fundar nas fontes do direito romano e era um instituto praticamente tido como obsoleto.

CLÓVIS BEVILÁQUA, em seu Projeto, procurou dar-lhe uma nova feição, inspirando-se ao que parece especialmente no modelo do Código Civil Alemão.

Entretanto, a grande oposição que sofreu, entre os juristas e no Congresso, acabou por desfigurar o novo instituto da adoção, proposto por aquele Projeto, quando foi aprovada a emenda restringindo o direito sucessório do filho adotivo que concorresse com filho legítimo superveniente à adoção. Ficou assim esta sem o seu principal característico que é o de colocar todos os filhos, adotivos ou não, em situação de igualdade. Semelhante dispositivo que passou a integrar o Código Civil, como então observou

Clóvis, "dificilmente se justifica em face aos princípios e não se harmoniza com as legislações que conferem direitos sucessórios aos adotivos" (Comentário ao art. 1.605 do Código Civil).

Além disso, o Código deixou de providenciar a possibilidade do filho adotivo usar o nome do adotante, como consta do seu modelo alemão, e é necessário para integrar o adotivo na sua nova família.

Também não admitiu o Código a possibilidade, prevista no Código Alemão, de ser dispensado pela autoridade competente o limite mínimo de idade do adotante (50 anos) e o interstício mínimo de idade entre ele e o adotado (art. 1.745 do Código Civil Alemão).

Enfim, o Código organizou a adoção de maneira tão artificial que a mesma, praticamente, só passou a ser utilizada para fraudar o pagamento do imposto de sucessão ou para fraudar a proibição de reconhecimento de filhos espúrios e, raramente, para fins de beneficência, dada a elevada idade exigida para o adotante e as complicadas formalidades exigidas para a efetivação da adoção.

2 — Depois da Primeira Guerra Mundial, como vimos, um novo espírito passou a dominar o instituto da adoção: o de instituição de caridade em proveito dos menores abandonados ou infelizes e também dos lares sem crianças e sem posteridade (Ripert).

Esse novo espírito, que deu margem às leis francesas de 1923, 1939 e 1941, dificilmente penetrou em nossa legislação.

Somente mediante grande esforço conseguiram, nossos juristas, do Congresso, a aprovação da lei vigente, n.º 3.144, de 8 de maio de 1957, que permitiu a vulgarização da adoção, mediante a redução do limite de idade do adotante para 30 anos e a permissão de adoção mesmo àqueles que já tivessem filhos legítimos.

Entretanto, a nova lei contém falhas que vieram a afetar gravemente seu interesse prático.

a) A mais incompreensível dessas falhas consistiu em haver retirado o direito sucessório do adotado quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos. Isso importou em retirar à adoção o seu principal efeito, em todos os tempos atribuído à mesma em todas as legislações do mundo, o *efeito sucessório*, sem o qual o filho adotivo não pode ser integrado em sua nova família. Em vão protestou contra essa inovação a Organização de Assistência Social, observando não se poder admitir "que se tire do desamparo uma criança, para talvez lançá-la mais tarde a um desamparo maior; o órfão de pais adotivos será mais desgraçado do que o órfão de pais naturais" (Arquivos do Ministério da Justiça, n.º 59, pág. 67).

b) Não determina ainda a nova lei que o adotado tome *obrigatoriamente* o nome da família do adotante e lhe permite apenas que forme seus apelidos como os do adotante, esquecendo-se de autorizar também a inclusão dos apelidos dos *avós do adotante*.

Como observou o juiz paulista Francis Selwyn Davis, em magnífica sentença, "cumpre ponderar que a mera adoção de um nome de família,

sem alteração dos nomes de pais e avós, irá demonstrar sempre, nas certidões de nascimento, a origem adotiva da pessoa. Tal fato, como é evidente, fere frontalmente o art. 14 do Decreto-lei n.º 3.200, de 19-4-1941 ("Lei de Proteção à Família") que mui sabiamente dispõe que "nas certidões do registro civil não se mencionará a circunstância de ser legítima ou não a filiação, salvo a requerimento do próprio interessado ou em virtude de determinação judicial". Não quer a lei que as pessoas sofram, por motivo de filiação, vexames ou restrições de ordem moral ou social... A adoção em si não importa em mácula. Significa, ao contrário, solidariedade moral, transbordante de afetividade e carinhos. Mas uma certidão de nascimento contraditória, indicativa, quando menos da adoção, proporcionará sempre constrangimento e explicações, mormente quando se sabe que a grande maioria das crianças adotadas é recrutada entre expostos, abandonados, ilegítimos. A incompatibilidade, assim, entre o nome de família e a filiação sanguínea representará para o adotado, o anátema de sua ilegitimidade e que a lei, sabiamente procurou banir" (sent. de 24 de janeiro de 1958, cit. por Aglantina Barros de Arruda, *O menor e sua proteção legal*, pág. 382).

Não se cogita, aqui, de indicação de "parentesco" para efeitos civis, mas para a "identidade" do menor adotado.

c) Conservou a lei o caráter contratual da adoção e não simplificou suas formalidades, mantendo as exigidas pelo Código Civil, a saber: escritura pública, registro da escritura em cartório competente, e sua averbação no registro civil, com grande pagamento de custas.

O razoável é que a adoção se processe por forma análoga à recomendada para a legitimação adotiva: isto é, simples registro civil como filho adotivo, mediante prévio deferimento do juiz, e averbação no registro de nascimento primitivo.

d) Não previu a lei qualquer interferência do juiz (de família ou de menores) no processo da adoção. Na prática, vemos o juiz de menores intervir, sem o devido aparelhamento, como melhor lhe parece. Temos, entretanto, a ressaltar a feliz iniciativa do Departamento Nacional da Criança (atualmente Coordenação de Proteção Materno-Infantil, órgão integrante do Ministério da Saúde), organizando um Serviço de Adoção junto à Fundação Romão de Matos Duarte para "atendimento, estudo, seleção, preparação dos adotantes e encaminhamento das crianças" ali abandonadas (Therezinha Arnault, Estudo para um Programa de Adoção, 1962, pág. 45).

É de toda conveniência que a lei determine a ingerência de uma Agência de adoção oficial ou oficiosa análoga, como auxiliar do magistrado que tiver de homologar a adoção, junto aos Abrigos de Menores Abandonados e maternidades.

e) Não cogitou também a lei nem da modalidade especial da adoção com rutura de vínculo com a família originária, prevista pela lei francesa de 1939, nem da legitimação adotiva, já constantes de projetos anteriores de reforma do Código de Menores (arts. 87 e seguintes do Projeto 1.000-56; arts. 126 e seguintes do Projeto n.º 1.537-56; arts. 65 e s. das *Sugestões dos Juízes de Menores*, em 1957 e emenda do ilustrado Professor Clóvis

Paulo da Rocha ao projeto de lei de que resultou a Lei 3.144, de 8 de maio de 1957 (Arquivos do Ministério da Justiça, n.º 58, pág. 98).

3 — Surgiu, afinal, nossa lei sobre legitimação adotiva, Lei n.º 4.655, de 2 de junho de 1965, favorecendo menores até sete anos de idade e contendo dois gravíssimos erros, consignados no artigo 9.º e seu parágrafo único.

"Art. 9.º O legitimado adotivo tem os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, salvo no caso de sucessão, se concorrer com filho legítimo superveniente à adoção (Código Civil, § 2.º do art. 1.605)".

Se o filho legitimado adotivamente é equiparado ao legítimo para todos os efeitos (art. 7.º), se o registro original do menor é anulado (art. 6.º, § 2.º), se cessam os vínculos da filiação anterior, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais (art. 6.º, § 2.º), se o filho legitimado adotivamente cessa de herdar da família originária, porque perderá direito sucessório pela superveniência do filho "legítimo"? Tal fato obriga a revelar o segredo da adoção e colocará o adotado em posição de conflito dentro de sua nova família.

E como explicar essa discriminação a favor do filho "legítimo", como se não devesse o mesmo ter os mesmos direitos dos filhos legitimados ou reconhecidos?

Essa restrição, já repelida por Clóvis Beviláqua, figura na nova lei como uma grande mancha que tem de ser apagada.

4 — O mesmo se dirá do § 1.º do art. 9.º da nova lei: "O vínculo de adoção se estende à família dos legitimantes, *quando os seus ascendentes derem adesão ao ato que o consagrou*".

Se o adotado legitimamente é integrado na nova família com os mesmos direitos e deveres, como compreender essa restrição quanto aos ascendentes do adotante?

Em tal caso, cessa o segredo da legitimação adotiva, e o menor permanece fora da família adotante.

PARTE III

REGULAMENTAÇÃO DA ADOÇÃO RESTRITA E AMPLA, NO ANTEPROJETO

1 — O autor do Anteprojeto de Código Civil teve, evidentemente, debaixo dos olhos o texto da lei francesa n.º 66-500, de 11 de julho de 1966, incorporada ao Código Civil Francês, arts. 343 a 370-2.

Basta verificar que acolhe a divisão da adoção em restrita e ampla como na citada lei francesa, ambas abertas a qualquer pessoa maior de trinta anos (art. 1.820).

Era assim de esperar que o Anteprojeto tivesse tido em conta os novos princípios formulados pela dita lei, corrigindo os defeitos e omissões da legislação e consagrando seus aperfeiçoamentos.

Infelizmente, entretanto, nada disso sucedeu com o Anteprojeto do novo Código Civil, o qual, no capítulo sobre adoção, limitou-se, a, em regra, reproduzir os dispositivos da lei vigente, agravando, ainda, como vamos ver, muitos de seus erros, inconveniências e contradições e, o que é mais estranho, extinguindo a legitimação adotiva, grande conquista da nossa lei 4.655, de 2 de junho de 1965.

2 — Assim é que, quanto à adoção restrita:

a) Insiste o Anteprojeto em atribuir à adoção restrita uma natureza meramente *contratual*, feita "por escritura pública, homologada, a qualquer tempo pelo juiz" (art. 1.837) e podendo ser desfeita por mero consenso das partes (art. 1.840).

A propósito, escreveu excelente Relatório de Yolanda Heloisa de Souza, Assistente Social, Chefe da Seção de Normas e padrões da Coordenação de Proteção Materno Infantil, do Ministério da Saúde: "A lei permite a adoção entre os pais e terceiros, sem intervenção alguma do juiz de menores nem de órgão especializado da proteção social à criança. Pergunta-se: Pais que se encontram impossibilitados de conservar o seu filho, estarão em condições psíquicas de escolher os adotantes certos?"

Por isso a citada lei francesa substituiu a forma contratual da antiga lei (art. 358 do C. C. pela lei de 19 de junho de 1923) pelo pleno processo judiciário, a critério do tribunal que conhecer do pedido de adoção (art. 348-6 novo).

b) Nem sequer simplificou o Anteprojeto as formalidades da adoção, conservando as atualmente exigíveis, a saber: escritura pública, registro da escritura em cartório competente e sua averbação no registro civil, com dispêndio de tempo e custas, incompatíveis com o caráter beneficente e imediatamente integrativo que modernamente se procura atribuir à adoção.

c) A lei atual não previu qualquer interferência do juiz (de família ou de menores) no processo de adoção restrita, mas a prática levou o juiz de menores a fixar um período preparatório de guarda do menor e de estudo e seleção dos adotantes e adotados, como vimos, em relação ao benemérito Serviço de Adoção do antigo Departamento Nacional da Criança.

O Anteprojeto não somente não prevê essa intervenção judicial anterior à escritura de adoção, como parece ser com ela incompatível, porque se limita a submeter a escritura de adoção à *homologação*, a qualquer tempo, do juiz (art. 1.837), sem determinar que o juiz investigue os motivos e as vantagens da adoção restrita em relação ao adotado, como o fez o Código Civil francês (art. 343).

O sistema do Anteprojeto é, portanto, o do artigo 1.741 do Código Civil Alemão: somente admite que o juiz homologue ou não, isto é, se limite a examinar se estão reunidas as condições legais de adoção, sem investigar se a mesma é favorável ao adotado.

Ora, essa intervenção impassível do juiz é o que pode haver de mais condenável para o sucesso da adoção, como instituição de caráter social.

d) Pela lei atual a adoção não admite condição nem termo. Essa restrição foi inexplicavelmente supressa do Anteprojeto.

e) Pela lei vigente, "quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária". Como a lei não esclarece se a restrição que estabelece só atinge o filho adotivo no caso de ser "superveniente" a filho legítimo, legitimado ou reconhecido, surgiu a dúvida se também atingiria o filho adotivo no caso de ser anterior a estes últimos.

O Anteprojeto esclareceu essa dúvida no sentido restritivo ao filho adotivo. "Em se tratando de adoção restrita, se o adotante deixar descendentes legítimos ou legitimados (e os reconhecidos?), ascendentes ou cônjuge, o adotado não será chamado à sucessão" (art. 2.048).

Ficou assim mortalmente atingido o instituto da adoção, que não se compreende sem relação sucessória e integração do filho adotivo em sua nova família em situação de igualdade com os outros filhos.

Como está no Anteprojeto, a adoção ficou transformada em outro instituto de mero caráter assistencial, por lhe faltar verdadeira relação familiar.

f) Pela legislação anterior à lei francesa de 11 de julho de 1966,, "a relação de família oriunda da adoção não existia senão entre as partes no ato".

Pela nova lei francesa (art. 368 novo do C. C.), "o adotado e seus descendentes legítimos têm na família do adotante os mesmos direitos sucessórios que um filho legítimo, sem adquirir, entretanto, a qualidade de herdeiro necessário em relação aos ascendentes do adotante".

O Anteprojeto mantém injustificadamente uma orientação superada, ao declarar, no art. 1.836: "O parentesco resultante da adoção restrita limita-se ao adotante e ao adotado". O próprio Anteprojeto, entretanto, contradiz-se, ao estabelecer impedimento matrimonial do adotado com o filho do adotante (art. 1.208 n.º V), isto é, entre o irmão legítimo e o irmão adotivo (esquecendo-se, aliás, do parentesco entre os irmãos adotivos). Nem sequer admite o velho princípio de que o laço da adoção se estende aos filhos legítimos do adotado que devam ser assimilados aos netos do adotante, como o determinava o antigo art. 353 do Código Civil Francês.

g) Mantém o Anteprojeto o sistema da lei vigente permitindo ao adotado "conservar o nome dos pais naturais, assumir o do adotante ou acrescentar este àquele".

Ora, em primeiro lugar, é manifesta a inconveniência de conservar o adotado os apelidos dos pais naturais, dificultando a integração no lar adotivo.

Em segundo lugar, deixou o Anteprojeto de autorizar que, no caso de optar o adotado pelos apelidos do adotante, inclua também os apelidos dos avós do adotante no registro do adotado.

Tal é necessário, como vimos, não para fixar um parentesco, mas para evitar situação vexatória para o adotado, que teria avós diversos dos ascendentes do pai adotivo e eventualmente tornaria evidente sua ilegitimidade, dado que o adotado provém geralmente de menor com filiação ilegítima.

3 — O ponto mais infeliz, entretanto, do Anteprojeto foi ao regular a "adoção plena", porquanto, por incrível que pareça, extinguiu o instituto da legitimação adotiva, introduzido entre nós pela Lei 4.655 de 2 de junho de 1965!

"A adoção plena, diz com efeito, o Anteprojeto, atribui a situação de filho legítimo ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os seus pais e parentes, salvo os relativos a impedimentos matrimoniais..." (art. 1.829).

Por esse texto, a adoção plena passaria a ser uma simples modalidade de adoção restrita, isto é, a que é feita "com quebramento de vínculos com a família natural". O conceito de legitimação adotiva é muito diverso: seu CARACTERÍSTICO ESSENCIAL é a SUBSTITUIÇÃO INTEGRAL da família natural do adotado por uma nova família INSCRITA COM TAL NO REGISTRO CIVIL, PARA TODOS OS EFEITOS.

É o que está consignado na nossa Lei 4.655, de 1965, segundo a qual o registro de nascimento original do adotado *será anulado* e, uma vez feita a inscrição da adoção, cessam os vínculos da filiação anterior, salvo para os efeitos do art. 183 do Código Civil (art. 6, §§ 2 e 3).

Nesse sentido, diz a lei francesa de 1966: "ADOÇÃO PLENA confere ao menor uma filiação que SE SUBSTITUI à de sua família de origem: o adotado CESSA DE PERTENCER à sua família pelo sangue, sob reserva das proibições de casamento" (art. 356, novo, do Código Civil Francês).

"O Anteprojeto, entretanto, além dessa ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais, faz uma outra: "a sucessão prevista no art. 2.049", isto é, "falecendo sem descendência o filho adotivo, a herança caberá a seus pais de adoção, ou, NA FALTA DESTES, AOS SEUS GENITORES".

Ora, acolhida essa norma sucessória, deixará de haver a plena integração do adotado na família adotiva.

O registro de nascimento originário deixará de ser anulado como prescreve a lei atual sobre legitimação adotiva (Lei 4.655, de 2 de junho de 1965, art. 6, § 2), e o deixou inexplicavelmente de determinar o Anteprojeto.

5. — Diz o Anteprojeto, art. 1.831, § único: "Para que os efeitos da adoção (plena) se estendam aos ascendentes do adotante é necessário que eles a aprovem por ato inequívoco, perante o juiz competente".

Essa restrição que desfigurava a legitimação adotiva foi eliminada pela lei francesa de 1966: "L'adoption (plenière) confère à l'enfant une filiation QUI SE SUBSTITUE À SA FILIATION D'ORIGINE: l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang, sous réserve des prohibitions au mariage, visées aux articles 161 à 164" (art. 356, novo, do Código Civil).

Já anteriormente à lei de 1966, os autores preconizavam a supressão do ato de adesão (Marmier, pág. 166), o que foi feito pela nova lei.

Pelo próprio art. 1.829 do Anteprojeto, "a adoção plena atribui a situação de filho legítimo ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os seus pais e parentes". Como explicar-se então que sejam eliminados seus efeitos em relação aos ascendentes do adotante?

Não haverá, em tal caso, uma ADOÇÃO PLENA, mas uma modalidade de ADOÇÃO RESTRITA.

6. — "O reconhecimento do menor (legitimado adotivamente) por um terceiro (problema Ripert) é certamente impossível, porque o mesmo é assimilado a um filho legítimo e não se pode reconhecer um filho legítimo alheio. Para que tal não ocorra, seria preciso que o julgamento fosse anulado em

virtude de oposição de terceiro, se se admitir tal possibilidade. E uma ação de investigação de paternidade ou maternidade natural se choca à mesma objeção e não poderia também triunfar, senão no caso do julgamento da legitimação ser previamente anulado" (Ripert et Boulanger, 1, n.º 1.641, Repert., vb. Adoption n.os 257 e 258).

Dentro desse ponto de vista, a lei francesa de 1966 determinou que a colocação para adoção plena põe obstáculo a qualquer restituição do menor à sua família e impede qualquer declaração de filiação e qualquer reconhecimento (art. 352, do novo Código Civil Francês).

O Anteprojeto nada diz contra a possibilidade de reconhecimento de filiação após a adoção plena, meio de chantagem que deve ser rigorosamente reprimido.

7. — Refere-se apenas o Anteprojeto à possibilidade da investigação de paternidade por parte do filho ilegítimo que tenha sido adotado plenamente.

A opinião prevalente na doutrina é que tal investigação deve ser proibida, porque o filho adotado plenamente adquire a condição de filho legítimo e não cabe investigação de paternidade contra legitimidade de filiação (Ripert et Boulanger, 1, n.º 1.479, *in fine;* Alex Will, *Droit Civil*, n.º 1.062).

A admitir-se tal investigação, deveria ter como preliminar a anulação da sentença homologatória da adoção.

8 — A lei francesa de 1966 fundiu a antiga "adoção com rutura dos laços familiares" e a "legitimação adotiva" abrangendo ambas na modalidade de adoção denominada "adoção plena".

Em conseqüência, permitiu que fossem adotantes na adoção plena não somente casais como, também, solteiros.

É claro, entretanto, que tal fusão somente vale pelos seus efeitos formais. Na sua substância, distingue-se necessariamente a adoção feita por um casal (legitimação adotiva) da feita por solteiro, com rutura dos antigos laços familiares.

Somente a primeira permite ao adotado a ilusão duma perfeita filiação legítima. Se o adotante é solteiro, tal ilusão seria impossível.

Na prática, também, 93% por cento das adoções plenas são feitas por casais (Marmier, pág. 89).

O Anteprojeto aparentemente acompanhou nesse ponto a lei francesa, permitindo a adoção plena aos solteiros.

Entretanto, como vimos, o Anteprojeto parece ter excluído a legitimação adotiva, considerando adoção plena somente a adoção comum "feita com rutura dos laços com a família de origem", sem SUBSTITUIÇÃO integral da família, o que constitui uma violenta e inaceitável involução do nosso direito.

O que talvez fosse aconselhável no nosso futuro Código seria manter a distinção entre "adoção com rutura dos laços familiares" e a "adoção plena" propriamente dita, ou seja a antiga "legitimação adotiva", devido aos seus efeitos sobre a identidade do adotado.

9. — Outras modificações são aconselháveis no Anteprojeto.

Assim é que:

a) Não se justifica que o casado somente possa adotar após decorridos cinco anos do casamento.

Desde que o Anteprojeto, em boa hora, permitiu a adoção por parte de quem tenha filho legítimo ou legitimado, não se justifica que um casal aguarde tanto tempo para efetuar uma adoção que é permitida livremente ao solteiro e ao viúvo.

b) A idade mínima do adotante deve ser reduzida dos atuais 30 anos para 25 anos.

c) O art. 1.827 do Anteprojeto está pessimamente redigido, devendo ser substituído pelo seguinte: "Não há necessidade de consentimento dos representantes legais do menor, se se provar que se trate de infante exposto, ou do menor cujos pais sejam desconhecidos, ou mortos, ou desaparecidos, ou tenham sido destituídos do pátrio poder sem nomeação de tutor ou curador".

d) Não se justifica seja passível de revisão a sentença de adoção plena. A mesma deve ter caráter definitivo em benefício da tranqüilidade familiar do menor adotado.

Somente seria admissível uma sentença anulatória da decisão quando proferida contra direito expresso, como qualquer sentença.

Os arts. 1.833 e 1.834 do Anteprojeto devem ser supressos.

10. — Um Grupo de Trabalho, constituído pela Coordenação de Proteção Materno-Infantil, do Ministério da Saúde, em abril último, apresentou um SUBSTITUTIVO, subscrito pelo autor do presente trabalho e, mais, pelo Desembargador Maurício Eduardo Accioli Rabello, membro do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara e do Conselho da Magistratura; Dr. Alyrio Silva Cavalieri, juiz de menores do Estado; Dr. Carlos Mário Menezes Nunes, Assessor Jurídico da Secretaria de Assistência Médica do Ministério da Saúde; D. Yolanda Heloísa de Souza, Chefe de Seção de Normas e Padrões da C.P.M.I.; D. Therezinha Arnault, Supervisora da Agência de Adoção da C.P.M.I.; D. Maria do Carmo de Aguirre Quintella, Supervisora da Agência de Adoção; D. Julieta Silveira Pires, Diretora da Divisão do Serviço Social do Juízo de Menores da Guanabara.

Eis o Substitutivo, aprovado unanimemente, salvo quanto ao art. 1.835, por cuja supressão votei juntamente com outros componentes do Grupo de Trabalho, pelas razões mais acima expostas.

SUBSTITUTIVO

AO CAPÍTULO V DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL. DA ADOÇÃO.

SEÇÃO I

Disposições gerais.

Art. 1.820 — Só os maiores de vinte e cinco anos podem adotar.

§ 1.º — A adoção pode ser requerida conjuntamente por dois esposos não desquitados, um dos quais tenha mais de 25 anos.

§ 2.º — A adoção também pode ser requerida por qualquer pessoa com mais de vinte e cinco anos.

§ 3.º — Se o adotante for casado e não desquitado, o consentimento do seu cônjuge é necessário, a menos que esse cônjuge esteja impossibilitado de manifestar sua vontade.

Art. 1.821 — O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho que o adotado.

Art. 1.822 — Enquanto não der contas de sua administração e não saldar o débito, não poderá o tutor, ou o curador, adotar o pupilo ou o curatelado.

Art. 1.823 — A adoção depende do consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar, e também da concordância deste, se contar mais de quatorze anos de idade.

§ 1.º — Quando a filiação dum menor está estabelecida em relação a seu pai e a sua mãe, ambos devem consentir na adoção.

§ 2.º — Se um deles está na impossibilidade de manifestar a sua vontade ou se perdeu seus direitos de pátrio poder, o consentimento do outro é suficiente.

Art. 1.824 — Ninguém pode ser adotado por duas pessoas salvo se forem marido e mulher.

Art. 1.824.1 — A adoção é homologada a requerimento do adotante pelo juiz competente, que verificará se as condições da lei são preenchidas e se a adoção é conforme ao interesse do menor.

Art. 1.824.2 — A adoção produz seus efeitos a contar do dia da sua homologação.

SEÇÃO II

Da adoção plena.

Art. 1.825 — É permitida a adoção do menor de dezesseis anos, ou do menor de vinte e um não emancipado, que, desde idade não superior a dezesseis anos, tenha estado, de fato ou de direito, aos cuidados do adotante.

Art. 1.826 — Podem ser adotados:

a) Os menores cujos pai e mãe tenham validamente consentido na adoção, observado o disposto no art. 1.823.

b) Os menores cujo tutor ou curador tenham consentido na adoção no caso de morte dos pais ou destituição do pátrio poder.

c) Os menores abandonados.

Art. 1.827 — A adoção, que se constituirá mediante processo judicial, somente será admitida se constituir real benefício para o adotando.

Art. 1.827.1 — O consentimento para a adoção deve ser dado por declaração expressa perante o juiz competente do domicílio ou residência da pessoa que consente.

§ 1.º — Podem os pais ou representantes legais dar por antecipação o seu consentimento, sem designar o adotante.

§ 2.º — Não há necessidade do consentimento dos representantes legais do menor, se se provar que se trata de infante exposto, ou menor cujos pais

sejam desconhecidos ou mortos ou desaparecidos, ou tenham sido destituídos do pátrio poder sem nomeação de tutor ou curador.

Art. 1.828 — A homologação da adoção plena impede a restituição do menor à sua família de origem, bem como qualquer declaração de filiação ou qualquer reconhecimento.

Art. 1.829 — A adoção plena confere ao menor uma filiação que se substitui à de sua família de origem: o adotado cessa de pertencer à sua família pelo sangue, sob reserva das proibições de casamento.

Art. 1.830 — A decisão confere ao menor o nome do adotante, podendo determinar a modificação do seu prenome, a pedido do adotante ou do adotado.

Art. 1.831 — A sentença deferindo a adoção plena terá efeitos constitutivos, devendo ser inscrita, mediante mandado, no Registro Civil, como se se tratasse de registro fora do prazo, no qual se consignará o nome do ou dos adotantes como pais legítimos e os nomes dos ascendentes dos mesmos. O mandado será arquivado, dele não podendo o oficial fornecer certidões.

§ 1.º — Nas certidões do registro, nenhuma observação poderá constar sobre a origem do ato.

§ 2.º — O registro original do menor será anulado, também, por mandado do juiz, o qual será arquivado.

§ 3.º — Feita a inscrição, cessam os vínculos da filiação anterior, salvo para os efeitos do art. 1.708 do Código Civil.

Art. 1.831.1 — O adotado tem, na família do adotante, os mesmos direitos e obrigações que um filho legítimo.

Art. 1.832 — A adoção plena não é revogável, nem mesmo por acordo do adotante e do adotado.

Art. 1.833 — Cancelado.

Art. 1.834 — Cancelado.

Art. 1.835 — No caso de ser o adotado filho ilegítimo de outrem, não perde, por isso, o direito de propor ação de investigação de paternidade, a qual, julgada procedente, desfaz a adoção.

SEÇÃO III

DA ADOÇÃO RESTRITA

Art. 1.836 — O laço de parentesco resultante da adoção restrita estende-se aos descendentes do adotado e do adotante.

Art. 1.837 — O adotado e seus descendentes têm, na família do adotante, os mesmos direitos sucessórios que um filho legítimo, sem adquirir, entretanto, a qualidade de herdeiro necessário dos ascendentes do adotante.

Art. 1.837.1 — Se o dotado morre sem descendentes, os bens dados pelo adotante ou recolhidos na sua sucessão voltam ao adotante ou a seus descendentes, se eles existirem ainda em espécie ao tempo da morte do adotado, com o encargo de contribuir para saldar seus débitos e sob reserva dos direitos adquiridos pelos terceiros. Os bens que o adotado houver recebido a título gratuito de seu pai ou mãe de origem voltam da mesma forma a estes últimos ou a seus descendentes.

A sobra dos bens do adotado divide-se pela metade entre a família de origem e a família do adotante, sem prejuízo dos direitos do cônjuge sobre o conjunto da sucessão.

Art. 1.838 — Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção restrita, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo.

Art. 1.839 — O adotado, quando menor ou interdito, poderá desligar-se da adoção restrita no ano imediato ao em que cessar a menoridade ou a interdição.

Art. 1.840 — Se ocorrerem motivos graves, a adoção restrita pode ser revogada mediante ação judicial proposta pelo adotante ou pelo adotado.

O julgamento revogando a adoção deve ser motivado.

A revogação faz cessar para o futuro todos os efeitos da adoção.

Art. 1.841 — A adoção restrita confere o nome do adotante ao adotado juntando-lhe o nome deste último. O juiz pode, todavia, decidir que o adotado não trará senão o nome do adotante.

Em qualquer caso serão declarados, também, os nomes dos avós no registro do adotado.

Art. 1.841.1 — A adoção conserva todos os seus efeitos, não obstante o estabelecimento ulterior dum laço de filiação.

Art. 1.842 — Aplica-se à adoção restrita, no que couber, o disposto no capítulo anterior.

Algumas impropriedades do denominado "Novo" Código Civil

Cláudio Calo Sousa (*)

Sumário :

1. Intróito;
2. Incongruências;

2.1. Situação do menor;
2.2. Momento de aquisição da personalidade jurídica;
2.3. Inalienabilidade do nome empresarial;
2.4. Pessoa jurídica como sócia-administradora;
2.5. Sociedade entre cônjuges;
2.6. Teoria *ultra vires societatis;*
2.7. Aval parcial e endosso;
2.8. Parte geral dos títulos de crédito e os títulos virtuais.

1. Intróito

Está em período de *vacacio legis* a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que, entre os operadores do direito, está sendo mais conhecida como o "Novo" Código Civil, sendo certo que, se nenhuma alteração for feita, entrará plenamente em vigor em janeiro de 2003.

Este diploma legal, apesar de "novo", acabará revogando várias leis, inclusive, a primeira parte da Lei nº 556/1850 (Código Comercial).

Não há dúvidas de que, em pleno século XXI, a Lei nº 10.406 retrata a falta de visão e capacidade jurídica do Poder Legislativo, vez que dá ensejo a várias incongruências, a começar pelo fato de o Direito empresarial e Cambiário (parte geral) constar no Código Civil. Será que o legislador procurou a difícil unificação do direito Privado? Qual a finalidade desta disciplina? Será que, para o direito brasileiro adotar a teoria da empresa, deveria esta estar disciplinada no Código Civil? Não seria melhor uma reforma total no Código Comercial do século XIX ?

Bom, certo é que o "Novo Código Civil" deixa de enfrentar algumas questões bastantes controvertidas na doutrina e na jurisprudência e, às vezes, acaba optando pela posição menos aconselhável.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 17 (3ª Fase), jan./jun. 2003, p. 105-112.

2. Incongruências

2.1 - Situação do menor

Atualmente, em razão do disposto no artigo 9°, p. único, do Código Civil de 1916, a menoridade civil cessa aos 21 (vinte e um) anos completos, sendo que uma das hipóteses de o menor emancipar-se é o fato de o mesmo estabelecer-se comercialmente com economia própria, havendo controvérsia sobre o limite etário mínimo, ou seja, se a partir dos dezesseis ou dezoito anos. Neste contexto, levando-se em consideração o art. 3°, inciso II, do Decreto-lei n° 7.661/1945, que admite a falência do menor desde que tenha mais de dezoito anos, e a maioridade penal, que começa aos dezoitos anos, filiamo-nos à posição que defende o limite etário mínimo de dezoito anos, com fundamento em uma interpretação sistemática.

A questão torna-se problemática no momento em que o denominado "Novo Código Civil", no artigo 5°, altera a maioridade civil para dezoito anos de idade completos, sendo que no parágrafo único, inciso V, passa admitir expressamente a emancipação do menor, desde que devidamente estabelecido comercialmente, tenha economia própria e ***dezesseis anos de idade completos.***

Desta forma, poderíamos concluir que o legislador civilista, sem analisar a atual Lei de Falências (art. 3°, inciso II, do Decreto-Lei n° 7.661/1945), passou a admitir a emancipação aos dezesseis anos? E em sendo positiva a resposta, a falência poderá ser decretada?

Não há dúvidas de que urge que a Lei de Falências seja reformada, valendo registrar que está em tramitação no Poder Legislativo um projeto de Lei de Falências e Concordatas, que já foi chamado de projeto de Lei de Liquidação Judicial e Recuperação. No entanto, este projeto, dificilmente, tornar-se-á lei antes da entrada em vigor do "Novo Código Civil". Ademais, mesmo que entre em vigor, de toda sorte haverá uma incongruência do "Novo Código Civil" com o Código Penal, vez que, mesmo que o menor venha a emancipar-se com dezesseis anos de idade e seja admissível o decreto falimentar, mesmo assim, em eventual cometimento de crime falimentar, este menor emancipado não poderá ser responsabilizado criminalmente, diante do critério biológico adotado quanto à menoridade penal.

Nesta linha de raciocínio, o menor emancipado pela atividade empresarial aos dezesseis anos terá capacidade civil plena, capacidade falimentar, após a reforma da legislação falimentar, mas, penalmente, será inimputável. E se o menor der um "rombo" no mercado? Nada sofrerá ou responderá a processo sócio-educativo junto ao r. Juízo da Infância e da Juventude?

Ora, das duas uma: ou se altera o "Novo Código Civil" ou terá que ser alterada a maioridade penal!

Ainda sobre a questão do menor, o "Novo Código Civil" deixou de analisar a possibilidade de o menor poder ser sócio de uma sociedade, ressaltando que,

atualmente, a questão é controvertida na doutrina e na jurisprudência no tocante às sociedades limitadas. Já no tocante às sociedades reguladas no Código Comercial, este diploma legal veda expressamente, no artigo 308, a participação do menor como sócio da sociedade.

Mas e com o "Novo Código Civil"? Da mesma forma que o Código Civil de 1916, o novel diploma legislativo, no artigo 104, preceitua que, como um dos requisitos de validade do negócio jurídico, no caso o contrato social, tem-se a capacidade do agente, fazendo crer que o menor não emancipado, por ser incapaz, não poderá ser sócio de sociedade. No entanto, aquela controvérsia, apesar dos longos anos, continuará subsistindo no século XXI, até porque o Código Civil de 1916 também exigia agente capaz para o contrato ser válido (art. 81) e, mesmo assim, tem-se a divergência doutrinária e jurisprudencial.

2.2 - Momento da aquisição da personalidade jurídica

Atualmente, antes da entrada em vigor do "Novo Código Civil", há controvérsia quanto a aquisição da personalidade jurídica pela sociedade comercial, predominando o entendimento de que tal ocorre com o devido arquivamento do ato constitutivo na junta empresarial (arts. 16 e 18, ambos do Código Civil de 1916). No entanto, há quem defenda que, com a simples constituição, elaboração do ato constitutivo, já há a aquisição da personalidade jurídica, sendo que o registro é importante para que a sociedade possa funcionar de forma regular.

Após décadas, esta controvérsia continuará sendo atual, mesmo após janeiro de 2003, vez que o artigo 985 do "Novo Código Civil", de forma expressa, dispõe que a sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos; além do mais, o artigo 45 do mesmo diploma legal, de forma categórica, preceitua que a existência legal das sociedades privadas começa com a inscrição. Portanto, tal diploma legal faz crer, aparentemente, que a personalidade jurídica é adquirida com o registro.

No entanto, o próprio legislador civilista, quando dispõe sobre as sociedades em comum (leia-se irregulares ou de fato) no artigo 990, de forma também categórica, preceitua que os sócios destas sociedades têm responsabilidade solidária e ilimitada, sendo que está excluído do benefício de ordem (em outras palavras, não possuirá responsabilidade subsidiária) apenas aquele sócio que contratou pela sociedade, presentando-a. Em sendo assim, os demais sócios que não contrataram pela sociedade terão responsabilidade subsidiária, o que significa dizer que os credores da sociedade deverão executar primeiramente o patrimônio desta e, se for o caso, executarão, de forma ilimitada, os bens dos sócios. Há, portanto, benefício de excussão, o que evidencia a existência de autonomia patrimonial, isto é, o patrimônio da sociedade não se confunde com os patrimônios dos sócios, salvo o do sócio que contratou pela sociedade. Assim, objetivamente, o legislador civilista acabou acolhendo a teoria da personalidade jurídica, prevista atualmente no artigo 20 do Código Civil de 1916.

Portanto, apesar de o "Novo Código Civil" procurar fazer crer que as sociedades em comum são despersonificadas, pois exige o registro para a aquisição da personalidade jurídica e acaba por tratá-las no capítulo "Da Sociedade Não Personificada", acaba por admitir a autonomia patrimonial, que é o substrato da teoria da personificação.

Ademais, no tocante à sociedade em conta de participação, que é uma sociedade sem personalidade jurídica, o próprio "Novo Código Civil", no artigo 993, admite que a mesma possa ser registrada, mas preceitua que tal registro não irá conferir personalidade jurídica.

Conclui-se, assim, que a controvérsia subsistirá em pleno século XXI !

2.3 - Inalienabilidade do nome empresarial

O nome empresarial é o elemento de identificação do empresário individual ou coletivo, que admite duas espécies, quais sejam : firma ou denominação.

Nosso ordenamento jurídico, de forma expressa, no artigo 34 da Lei nº 8.934/1994, acolheu o sistema da autenticidade ou veracidade das firmas, em que, para formar a firma individual ou coletiva, deve-se observar o nome da pessoa natural (empresário individual) ou dos sócios (sociedade empresária). Do contrário, o nome será inautêntico.

Já com relação à denominação, que identifica a sociedade anônima e pode identificar as sociedades por quotas de responsabilidade limitada (ou simplesmente limitada) e as sociedades em comandita por ações, não se adota o sistema da autenticidade. Em sendo assim, se for transferida uma sociedade, esta poderá continuar com a mesma denominação, não havendo óbice na alienação da denominação, até porque não há que se cogitar de autenticidade nem, muito menos, de caráter personalíssimo.

No entanto, o "Novo Código Civil", nos arts. 1.155 ao 1.168, resolveu disciplinar o nome empresarial: no artigo 1.155, de forma clara e abrangente, preceitua que o "nome empresarial" pode ser firma ou denominação e, no art. 1.164, de forma cristalina, preceitua que o "*nome empresarial* não pode ser objeto de alienação" (grifei).

Ora, deve-se compatibilizar tal dispositivo com o sistema da autenticidade das firmas, devendo-se indagar : Qual a razão de se vedar a alienação da denominação se esta não tem caráter personalíssimo?

2.4 - Pessoa Jurídica como sócia-administradora

É certo e sabido que a sociedade empresária, em regra, deve ser formada por duas ou mais pessoas, sendo a pluralidade de sócios um pressuposto de existência da sociedade, não havendo dúvidas de que o sócio pode ser pessoa natural ou jurídica, dependendo do tipo societário, até porque o art. 2º, § 3º, da

Lei nº 6.404/1976, admite, expressamente, que a sociedade anônima possa ter por objeto a participação em outras sociedades.

Desta forma, não há controvérsia quanto à possibilidade de uma pessoa jurídica ser sócia de uma sociedade empresária (limitada e por ações). No entanto, no tocante à possibilidade de ser sócia-administradora (presentante), a questão não é tão simples.

No caso da sociedade em nome coletivo, esta é formada apenas por pessoas naturais (art. 1039 do NCC), o que demonstra que o legislador não quis que pessoa jurídica fosse sócia-administradora.

Em relação à sociedade em comandita simples, os sócios-administradores são os comanditados, necessariamente pessoas naturais (art. 1045 do NCC).

Ademais, estas sociedades, em caso de omissão, passam a ser disciplinadas pelas regras das sociedades simples (arts. 1040 e 1045, ambos do NCC). Em sendo assim, aplica-se-lhes, se for o caso, o disposto no artigo 977, inciso VI, do "Novo Código Civil", que exige que a administração seja feita por pessoas naturais.

Mas e no caso da sociedade limitada?

Atualmente, a questão é controvertida, havendo entendimentos nos dois sentidos. Porém, o "Novo Código Civil", ao invés de enfrentar a questão, acabou omitindo-se pois, no artigo 1.060, fez constar apenas que a sociedade limitada é administrada por uma ou mais *pessoas*, sem esclarecer se natural e/ou jurídica, como fez com as demais sociedades.

Cremos que o entendimento mais acertado é pela admissibilidade da gestão por sócio pessoa jurídica, mas por que o " Novo Código Civil" não colocou uma "pá de cal" na questão?

2.5 - Sociedade entre cônjuges

A mulher casada, com o advento da Lei nº 4.121/1962, passou a ser plenamente capaz, podendo exercer a atividade empresária como empresária individual sem a necessidade da autorização do marido. Após, o artigo 5º da Constituição da República, de forma categórica, também admitiu igualdade de direitos entre homens e mulheres. Portanto, a mulher casada pode ser empresária individual e pode também falir (art. 3º do Decreto-lei nº 7.661/1945), assim como pode ser sócia de sociedade empresária.

Porém, quanto à possibilidade de ser constituída sociedade empresária entre cônjuges, o entendimento prevalente na doutrina e na jurisprudência é de que não há qualquer óbice para ocorrer tal constituição, não havendo qualquer violação ao regime matrimonial de bens, mesmo que este seja o da comunhão universal, até porque o art. 3º da Lei nº 4.121/1962 destaca bem os patrimônios dos cônjuges.

No entanto, o "Novo Código Civil", no artigo 977, de forma expressa, passará a admitir a constituição de sociedade apenas entre cônjuges, porém de forma condicionada, ou seja, desde que o regime matrimonial de bens não seja da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória de bens.

Diante da redação do art. 3º da Lei nº 4.121/1962, que destaca bem o patrimônio dos cônjuges, mesmo que o regime matrimonial de bens seja o da comunhão universal, do ponto de vista jurídico, despicienda a subordinação à condição. Com a devida vênia, disse demais. Pergunta-se: Por que?

2.6 - Teoria *Ultra Vires Societatis*

Esta teoria surgiu na jurisprudência inglesa, no século XIX, segundo a qual, se o administrador, ao praticar atos de gestão, violar o objeto social (objeto-atividade e objeto-lucro) delimitado no ato constitutivo, este ato *ultra vires societatis* não poderá ser imputado à sociedade, sendo considerado, segundo alguns autores, inválido e, para outros autores, ineficaz.

Portanto, a sociedade fica isenta de responsabilidade perante terceiros, salvo se tiver se beneficiado com a prática do ato, quando então, passará a ter responsabilidade na medida do benefício auferido.

A aplicação desta teoria tem sido afastada por grande parte dos países, pois tem-se procurado prestigiar a proteção ao terceiro de boa-fé, adotando-se a teoria da aparência.

Entretanto, quanto à incidência desta teoria no nosso ordenamento jurídico, a questão suscita controvérsias, sendo certo que filio-me à posição que defende a não aplicação desta teoria, pois deve-se admitir a responsabilidade da sociedade, até porque esta possui direito regressivo com relação ao sócio que praticou indevidamente atos de gestão, sendo que este sócio, ao praticar o ato *ultra vires societatis*, o fez com aparência de licitude, não se podendo exigir que terceiros sempre venham consultar o ato constitutivo para saber se o ato está ou não dentro do objeto social delimitado, até porque o Direito Comercial e as relações comerciais são dinâmicas por natureza. Ademais, o artigo 10 do Decreto-lei nº 3708/19, de forma categórica, prevê o direito de regresso da sociedade com relação ao sócio.

No entanto, o "Novo Código Civil", consubstanciando idéias retrógradas, no artigo 1.015, parágrafo único, inciso III, quando trata da sociedade simples, acabou acolhendo a teoria, podendo a mesma ser aplicada à sociedade limitada caso esta tenha regência supletiva pelas normas sobre as sociedades simples (art. 1053 do "Novo Código Civil").

2.7 - Aval parcial e endosso

O aval é uma declaração cambiária sucessiva e eventual, em que uma pessoa natural ou jurídica apõe sua assinatura em um título de crédito, garantindo o cumprimento da obrigação cambiária.

Portanto, segundo o entendimento prevalente, configura uma garantia cambiária fidejussória, sendo um ato de liberalidade.

Atualmente, o ordenamento jurídico admite que o avalista garanta totalmente a obrigação cambiária ou apenas uma parte dela. No entanto, o "Novo Código Civil", no art. 897, parágrafo único, de forma expressa, veda o aval parcial.

Ora, se o aval é uma garantia e um ato de liberalidade, por que proibir o aval parcial? Sob a ótica do credor, é melhor possuir uma garantia por parte da obrigação ou não possuir garantia alguma? Será que a admissão do aval parcial obstacularia a circulação do título? Certamente que não.

Uma outra "pisada na bola" por parte do legislador foi o fato de, no art. 914 do "Novo Código Civil', tratar o endosso da mesma forma que a cessão ordinária de crédito (art. 296 do NCC), ou seja, o endossante, ao transferir a titularidade do direito de crédito e o respectivo título, não garante o cumprimento da obrigação caso o devedor direto não o faça, salvo se constar na cártula uma cláusula em garantia. Ora, qual foi a finalidade desta alteração? Não seria melhor continuar como está, ou seja, o endossante é garantidor, salvo cláusula expressa em contrário?

2.8 – Parte Geral dos Títulos de Crédito e os Títulos Virtuais

Depois de séculos, o legislador infraconstitucional resolveu "inovar", consubstanciando uma parte geral dos títulos de crédito, e pior, no "Novo Código Civil", acabando, inclusive, por conceituar título de crédito no artigo 887, repetindo, com impropriedades, o célebre conceito preconizado pelo mestre Cesare Vivante.

Dentro desta parte geral, o "Novo Código Civil", ao mesmo tempo que procura fazer alterações, como, por exemplo, na disciplina do endosso e do aval, acaba deixando claro que devem prevalecer as regras previstas na legislação extravagante, diante da redação do artigo 903 do "NCC".

Portanto, na grande maioria dos casos, a questão ficará como está, pois prevalecerá a legislação especial, apesar de anterior ao "Novo Código Civil". Daí, pergunta-se: para que a parte geral conforme prevista no NCC?

A mesma perplexidade pode-se extrair do confronto entre os artigos **889, § 3° e 223, parágrafo único**, ambos do "Novo Código Civil". Ora, no primeiro dispositivo, de forma tímida, admite os denominados títulos virtuais, mas, ao mesmo tempo, no segundo dispositivo legal, acaba exigindo que o título de crédito, em regra, seja exibido em seu original, não tendo o meio de prova força para suprir a ausência do título. Ademais, o artigo 887 do mesmo diploma legal, ao conceituar os títulos de crédito, acabou por consubstanciar, com bastante força o princípio da cartularidade. Portanto, em pleno século XXI, o legislador civilista regulou, de forma tímida, os títulos virtuais, apesar de estarmos na era da Informática.

Certamente há outras incongruências no "Novo Código Civil"; porém, o presente trabalho tem por escopo ventilar aos operadores do Direito que, quando da análise da novel legislação, procurem fazê-la de forma crítica, a fim de contribuir para a elaboração de uma legislação mais moderna e adequada ao meio social em que vivemos.

Ademais, não se pode perder de vista que, nas próximas eleições para os Poderes Legislativos, devemos refletir mais diante das inúmeras incongruências legislativas (Exemplo: Leis dos Crimes Hediondos e a Lei de Tortura; Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais e a esfera estadual; Lei de Tóxicos e diversas outras alterações pontuais), se os atuais integrantes do Congresso Nacional, apesar de legitimados, estão atingindo o anseio social.

(*) Cláudio Calo Sousa é Promotor de Justiça/RJ, Professor da Fundação Getúlio Vargas (FGV); da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ), da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), professor-contratado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), dos Cursos preparatórios para concursos "Master Juris Professores Associados/RJ", "CEPAD/RJ".

PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO DIREITO ROMANO?

ARION SAYÃO ROMITA*

"Rien de plus étranger au positivisme que l' esprit juridique romain."
Michel Villey[1]

1 Etimologia da palavra princípio

O vocábulo port. *princípio* deriva do lat. *principium*, que significa princípio, origem, fundamento, base; causa, regra fundamental de uma arte ou ciência[2]. *Principium*, por seu turno, provém de *princeps*, primeiro, principal, chefe, cabeça, maioral, o que ocupa a primeira parte ou a primeira fila, o primeiro lugar. *Princeps* é formado de *primum* + *capere*[3]. Estes dois elementos originam-se de *primo-caps*, formado de *per*, adiante, antes + *kap*, tomar, daí o sentido de começo, princípio[4].

Originalmente, portanto, *princípio* é sinônimo de começo, mas o uso atribuiu a esta palavra diferentes significados. Três são os sentidos fundamentais: ontológico, lógico e normativo.

2 Princípio

2.1 Visão ontológica

A primeira vertente do significado de princípio, metafísica, foi proposta por Aristóteles. A filosofia tem por missão expor os primeiros princípios (*archai*) da ciência, alcançados apenas pela razão intuitiva que procede por indução. Diz Aristóteles que o conhecimento científico decorre de primeiros princípios e é a razão intuitiva que os apreende, procedendo por indução: a indução é o ponto de partida que o próprio conhecimento do universal pressupõe[5].

Na Metafísica, Aristóteles discerne seis significados de princípios: 1º - o início ou ponto do qual uma coisa começa; 2º - o melhor ponto de partida ou o mais favorável; 3º - a parte fundamental de uma coisa ou da qual deriva a própria coisa; 4º - a causa eficiente ou motora de uma coisa; 5º - quem tem o poder de mover ou fazer mudar alguma coisa, segundo o seu querer e sua decisão; 6º - aquilo de que

* Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.
[1] VILLEY, Michel. *Le droit et les droits de l' homme*, 2ª. ed., Paris: PUF, 1990, p. 67.
[2] MARQUES LEITE, J. F.: NOVAES JORDÃO, A.J. Principium. In: *Dicionário Latino Vernáculo*, Rio de Janeiro: Henrique Velho, 1943, p. 382.
[3] ERNOUT, Alfred; MEILLET, Antoine. Princeps. In: *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. Paris: Klincksieck, 2001, p. 535.
[4] GRANDSAIGNES D'HAUTERIVE, R. *Dictionnaire des racines des langues européennes*, Paris: Larousse, 1948, p. 154 e 79.
[5] ARISTÓTELES. *Ética e Nicômaco*, VI, 1141a e 1139b.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 54 (3ª Fase), out./dez. 2014, p. 55-92.

partimos para conhecer alguma coisa. Segundo o Estagirita, comum a todos os significados de princípio é ser fundamento ou razão ou condição primeira do ser ou do gerar-se ou do conhecimento de uma coisa[6].

Assim, para Aristóteles, recebem preferentemente o nome de princípios os conteúdos de conhecimentos primeiros, imediatos, as proposições fundamentais, das quais arranca o pensamento que avança dedutivamente[7].

Os filósofos perpetuaram essa tríplice concepção da ideia de princípio. Descartes escreveu: Propus-me a encontrar os princípios ou primeiras causas de tudo o que é ou pode ser no mundo[8]. Pascal também a eles se refere, afirmando que conhecemos a verdade não somente pela razão mas também pelo coração, é desta última maneira que conhecemos os primeiros princípios[9]. Por coração, Pascal entendia o sentimento imediato, a intuição dos princípios.

Na ordem ontológica, portanto, princípio é aquilo que é fonte de existência ou de ação[10].

2.2 Visão lógica

A segunda vertente se estende pelo domínio da lógica jurídica, no campo da ciência do direito. Usado em nível ontológico, o vocábulo *princípio* induz o princípio de realidade, enquanto, em nível lógico, equivale a princípio explicativo ou de razão. É que a lógica formula as regras do raciocínio necessárias à construção de qualquer ciência (lógica formal). Trata-se da teoria da consequência lógica, que consiste em um sistema de regras que permite distinguir entre argumentações válidas e inválidas[11]. Lógica, então, é a ciência que estuda as leis do pensamento e sua aplicação correta à demonstração da verdade.

Princípios em sentido lógico, como dirigentes do conhecimento, são verdades evidentes por si mesmas, indemonstráveis e de alcance universal. Os princípios primeiros, dirigentes do conhecimento, são dois: o princípio de identidade e o princípio da razão suficiente. O princípio de identidade tem como derivados o princípio de contradição, do qual decorrem o princípio de exclusão do meio, o princípio do terceiro equivalente e o princípio de capacidade; e o princípio da razão suficiente, de que são corolários os princípios de causalidade e o princípio de substância[12].

Os princípios da razão são *a priori*, pois constituem a base necessária ou a própria condição de toda afirmação e de todo conhecimento. Neste

[6] ARISTÓTELES. *Metafísica*, V, 1012b 34 – 1013 e 23.
[7] BRUGGER, Walter. Conhecimento (princípios do). In: *Dicionário de filosofia*, trad. Antonio Pinto de Carvalho, São Paulo: Herder, 1962, p. 124.
[8] DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*, 4ª ed., trad. Paulo M. Oliveira, São Paulo: Atena, s/ data, sexta parte, p.81.
[9] PASCAL. Pensées, 1 E 282, 14ª ed., Paris: Hachette, p. 317 e 459.
[10] CUVILLIER, Armand. Princípio. In: *Pequeno vocabulário da língua filosófica*, trad. Lólio Lourenço de Oliveira e J. B. Damasco Pruna, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961, p. 125.
[11] KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica*, trad. J.C. Gardella, Bogotá: Temis, 1990, p. 1-2.
[12] JASPERS, D. Ludgero. *Manual de filosofia*, 6ª ed., São Paulo: Companhia Melhoramentos, s/data, p. 161-164.

sentido, são anteriores a todo conhecimento propriamente dito. Quando se fala em princípios de lógica, pensa-se em: a) um corpo de regras extraídas de uma elaboração metódica e dispostas em ordem sistemática; e b) os axiomas, alicerces desse edifício racional. Axioma, então, é um princípio necessário, evidente por si mesmo; por exemplo, o princípio de identidade. Os axiomas se estabelecem sem demonstração, ao contrário dos teoremas, que são demonstrados. Designações sinônimas de axioma são, postulado, princípio, pressuposto fundamental e premissa básica.

O arquétipo dessa concepção reside nas 211 *regulae* ou máximas do título 17 do livro 50 do Digesto (*de diversis regulie iuris antiqui*), que codificavam, aos olhos dos glosadores, os *generalia iuris principia*, vale dizer, os verdadeiros universais do direito. As *regulae*, como produto da ciência do direito, resultam antes da sabedoria dos *prudentes* do que do espírito de geometria, lógico-dedutivo, mas promoveram a associação dos princípios com a ordenação do direito por meio da razão. Acúrsio, o mais célebre dos glosadores, compôs a *Magna Glossa*, equiparada às compilações justiniâneas[13], na qual expunha os *principia maximae*. Nessa linha de pensamento, a "Exposição do direito universal" (1578) de Jean Bodin ou "As leis civis em sua ordem natural" (1689 – 1694) de Jean Domat são literalmente *summae* de princípios, erguidas sobre axiomas (dados pela razão), os quais apresentam por sua vez feição de princípios.

O capítulo I do Tratado das leis de Domat tem por título "Dos princípios de todas as leis"[14]. Os jusnaturalistas modernos procedem da mesma maneira, deduzindo o direito da reta razão de alguns princípios éticos e intitulam seus tratados com emprego do vocábulo princípios, como é o caso de Burlamaqui[15].

2.3 Visão normativa

Ao lado da vertente ontológica (que provém da filosofia), ao descrever o objeto ou uma forma do conhecimento, e da vertente lógica (proveniente da ciência do direito), ao revestir aspecto de um axioma ou de um sistema de regras construído pela razão, os princípios ostentam um caráter normativo. Este aspecto, que pertence integralmente ao direito *tout court*, edita um dever ser, configurando norma de conduta e revelando, em consequência, o lado deontológico da norma jurídica.

Neste particular, eles não se confundem com os princípios de interpretação. Os adágios de interpretação dão apoio a regras formais do raciocínio lógico. Não têm caráter coercitivo e são selecionados pelo juiz no momento de proferir a decisão. Constituem o que os juristas ingleses denominam uma *Rule of guidance* destinada a dirigir as operações mentais que conduzem a uma decisão[16].

[13] PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano*, t. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Companhia Editora Fortaleza, 1950, p. 155.
[14] DOMAT, Jean. *Traité des lois*, Caen: Centre de Philosophie politique et juridique, 1989, p. 1 e segs.
[15] BURLAMAQUI. *Principes de droit naturel*, nova edição (a 1ª ed. é de 1747), Paris: Librairie Brajeux, 1850.
[16] SCHROEDER, François-Michel. *Le nouveau style judiciaire*, Paris: Dalloz, 1978, p. 97.

Portalis já observara que a função da lei é fixar, em largos traços, as máximas gerais do direito, estabelecer princípios fecundos em consequências, e não descer aos pormenores das questões que podem surgir em cada matéria. Cabe ao magistrado e ao doutrinador, imbuídos do espírito geral das leis, dirigir sua aplicação. E adiante: Há uma ciência para os legisladores, como há uma para os magistrados. A ciência do legislador consiste em encontrar, em cada matéria, os princípios mais favoráveis ao bem comum; a ciência do magistrado é pôr esses princípios em ação, ramificá-los, estendê-los, por uma aplicação prudente e razoável, às hipóteses particulares[17].

A função normativa dos princípios gerais do direito será exposta adiante.

3 Princípios gerais do direito

No século XIX, por influência positivista, elaborou-se a noção de princípio geral do direito, com o intuito de demonstrar que o sistema jurídico dá resposta a todas as questões, ainda que não expressamente previstas. A completude do sistema afirmar-se-ia sempre que, na hipótese de lacuna da lei, fosse aplicado um princípio geral. Os princípios gerais do direito emergem das normas positivas mediante raciocínio lógico, procedendo-se por abstração crescente até alcançar os princípios últimos, que dominam todo o sistema[18].

A metodologia jurídica parte da ideia fundamental de unidade do direito. A principal característica da ideia de unidade reside na superação da multiplicidade de casos singulares para chegar-se a alguns poucos princípios constitutivos, devendo-se avançar até os valores fundamentais, vale dizer, aos princípios gerais da ordem jurídica, em busca de uma conexão orgânica. Pode-se, então, definir o sistema jurídico, segundo Canaris, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais do direito[19]. À luz dessa concepção, Canaris nega tenha o princípio caráter de norma e, em consequência, ele não acarretaria qualquer consequência jurídica, limitando-se a exercer uma função de fundamentação; facilita, além disso, uma conexão transversal com outras partes do sistema jurídico[20]. De acordo com essa concepção, os princípios jurídicos seriam ideias jurídicas gerais que caracterizam a conveniência ou o bom fundamento de uma regulação normativa em face da noção de direito ou de valores jurídicos reconhecidos. Na visão de Karl Larenz, esses princípios identificam-se com os próprios valores jurídicos superiores, como a ideia de boa-fé ou de justiça distributiva; em parte, são critérios referidos a esses valores, como por exemplo os critérios da imputação; em parte ainda, são postulados ético-jurídicos ou sócio-jurídicos, como a tutela da personalidade, a tutela da boa-fé, a proteção aos menores e à parte socialmente mais débil, o dever de assistência aos socialmente dependentes, etc.[21].

[17] PORTALIS, Jean Étienne-Marie. Discours préliminaire sur le projet de Code Civil. In: *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix-Marseille: Presses Universitaires, 1988, p. 26 e 30.
[18] ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito – introdução e teoria geral*, Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 365.
[19] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2ª ed., trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 77.
[20] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Función, estrutura y falsación de las teorías jurídicas*, trad. Daniela Brückner e José Luís de Castro, Madri: Civitas, 1995, p. 68-69.
[21] LAERENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*, trad. José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 569.

Ao determinar em que consistem os princípios gerais, contrapõem-se, como se vê, os princípios fundamentais que informam objetivamente a estrutura do ordenamento e que dela são excluídos, aos princípios gerais que, pelo contrário, inferem-se das normas explícitas mercê de um procedimento de abstração e de generalização crescente[22]. Esta contraposição tem uma origem profunda e denuncia uma oposição entre uma mentalidade abstracionista e intelectualista cara ao normativismo ou positivismo jurídico[23] e uma mentalidade mais atenta aos dados fenomenológicos e aos pressupostos sociológicos do direito. Esta última tendência adere uma avaliação concreta do ordenamento, orientada para fins sociais (oposição entre normativismo e decisionismo).

A ideia de que os princípios gerais de direito não são externos à ordem jurídica positiva, mas, pelo contrário, dela fazem parte, é relativamente recente, pois nasceu no direito internacional público, quando ainda existente a Sociedade das Nações: o art. 38, § 1º, c, do Estatuto da Corte permanente de justiça internacional (1920) prevê, como fonte do direito, os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas[24]. Por sua vez, no direito positivo brasileiro, os princípios gerais apresentam o caráter de fontes subsidiárias: nos casos de lacunas da lei (casos omissos), o juiz recorre à analogia e, quando esta falhar, aplica os princípios gerais de direito (art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1917 e art. 4º da vigente lei de introdução, de 1942)[25].

Segundo Boulanger, os princípios jurídicos compõem um conjunto de valores. Eles existem, mesmo quando não expressos ou não mencionados por textos de lei; mas a jurisprudência limita-se a declará-los, ela não os cria[26]. Para Ripert, o princípio consiste em uma noção primeira que comanda um conjunto de regras e deve ser respeitado mesmo pelo legislador[27].

Diante desse quadro, é possível definir princípio geral de direito, como se se tratasse de uma expressão unívoca? O Dicionário da Academia Brasileira de Letras Jurídicas tentou realizar a façanha: Princípios gerais do direito. Grandes preceitos abstratos que são chamados a integrar o direito-positivo em caso de lacuna, ou seja, quando para o caso concreto não há regra ou norma estabelecida. Locução criada no meio do século XIX pelos jus positivistas, em proscrição do direito natural, com o qual guarda perfeita sinonímia[28].

A assimilação dos princípios gerais do direito ao direito natural não constitui matéria pacífica na doutrina. Pelo contrário: existem várias outras opiniões a respeito do assunto. Vicente Ráo elenca cinco. No tocante à natureza desses princípios, há inúmeras teorias, tais as seguintes, havidas por principais: a) os princípios gerais de direito correspondem aos do direito natural; b) são princípios que se equiparam aos ditados pela equidade; c) são os que decorrem

[22] BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2ª ed., Milão: Giuffrè, 1971, p. 185-186.
[23] SCHMITT, Carl. *Les trois types de pensée juridique, trad. francesa*, Paris: PUF, 1995, p. 84 e segs.
[24] STRENGER, Irineu. *Lógica jurídica*, São Paulo: LTr, 1999, p. 50.
[25] BEVILACQUA, Clóvis. *Teoria geral do Direito*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, p. 35-36.
[26] BOULANGER, Jean. Principes généraux du droit et droit positif. In: *Le droit privé français au milieu du XXe siècle/études offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris: LGDJ, 1950, p. 67.
[27] RIPERT, Georges, *Les forces créatrices du droit*, Paris: LGDJ, 1955, p. 337.
[28] ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. Princípios gerais do direito. In: *Dicionário Jurídico*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 441.

da natureza das coisas; d) são os de caráter universal, ditados pela ciência e pela filosofia do direito; e) são, para cada povo, os resultantes de seu sistema jurídico[29]. Gérard Cornu relaciona sete diferentes definições de princípio: 1ª – regra ou norma geral, de caráter não jurídico, da qual podem ser deduzidas normas jurídicas; 2ª – regra jurídica estabelecida por um texto em termos gerais, destinada a inspirar diversas aplicações e que se impõe com superior autoridade; 3ª – máxima geral juridicamente obrigatória embora não escrita em um texto legislativo; 4ª – nome dado a uma máxima que não se pode transgredir; regra tida por absoluta; 5ª – regra geral que deve, na falta de texto especial ou de derrogação particular, reger uma espécie de caso, por oposição a exceção; 6ª – elemento essencial que caracteriza um regime, uma Constituição; 7ª – no sentido de Montesquieu, fundamento que permite a um regime funcionar[30].

Em nenhuma dessas acepções princípios jurídicos podem ser encontrados no direito romano.

4 Princípio e regra

4.1 Princípio como viga mestra do sistema jurídico: visão tradicional

Como se percebe, a palavra *princípio* não é unívoca: é empregada em variados sentidos. A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre norma e princípio[31].

No sentido tradicional, apenas com variação de palavras, existem inúmeras manifestações doutrinárias. Vale a pena lembrar algumas, a título de exemplificação.

Segundo Ripert, princípios jurídicos são as grandes regras que presidem à manutenção da ordem essencial: eles são as vigas mestras do edifício jurídico[32]. Ripert se inspirou na lição de Montaigne: É muito duvidoso que se possa obter uma evidente vantagem com a mudança de uma lei antiga, por se tratar de um edifício composto de diversas peças ajuntadas em conjunto e é impossível remover uma delas sem que todo o conjunto se ressinta[33].

Também Jean-Louis Bergel qualifica de vigas mestras de todo o edifício jurídico os princípios por ele denominados diretores, porque a ordem social deles depende[34].

É bastante difundida no direito brasileiro a concepção de princípio como disposição fundamental. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão[35]. No sentir de Eros Roberto

[29] RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, vol. I, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 239.
[30] CORNU, Gérard. Principe. In: *Vocabulaire juridique*, 8ª ed., Paris: PUF, 2007.
[31] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 1034.
[32] RIPERT, Georges. Op. cit., p. 344.
[33] MONTAIGNE, *Essais*, liv. I, cap. XXII, Paris: Librairie Garnier, s/data, p. 116.
[34] BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*, 2ª ed., Paris: Dalloz, 1989, p. 99.
[35] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 19ª ed., São Paulo:

Grau, os princípios determinam a interpretação das regras contempladas na Constituição[36]. Ao ver de José Afonso da Silva, princípios são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas, e é neste sentido que o termo é empregado no Título I da Constituição brasileira de 1988[37].

4.2 Princípio como norma jurídica: doutrina dominante

Os estudos de direito constitucional do segundo pós-guerra dão lugar ao surgimento de uma nova cultura jurídica, que se convencionou denominar neoconstitucionalismo, caracterizado como reação ao positivismo, daí o batismo de pós-positivismo, com ênfase em um constitucionalismo de direitos[38].

Entram em jogo novas técnicas de interpretação das normas constitucionais além da mera subsunção, acentuando-se a aproximação entre a ética e o direito. Os princípios gerais do direito são considerados imanentes à ordem jurídica e passam a ser considerados, como explica Norberto Bobbio, normas como todas as outras. Segundo sua lição, os princípios gerais são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A função para a qual são empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas[39]. Muitas normas da Constituição são princípios gerais do direito, que convivem com as demais normas nela contidas. A Constituição passa a ser vista como um sistema aberto de regras e princípios[40]. A dinâmica acelerada e a complexidade da vida contemporânea obrigam a constituição a se mostrar um texto dinâmico, capaz de acompanhar as transformações ditadas pelo processo de desenvolvimento e mutação. Por isso, torna-se necessário que ela contenha normas jurídicas que veiculem diretrizes gerais, valores. Nem todas as normas contidas na Constituição desempenham o mesmo papel, pois enquanto umas regulam inteiramente certas matérias, outras apenas fornecem diretrizes ou fixam metas a serem atingidas. Daí a classificação das normas jurídicas em normas-regras e normas-princípios, tudo segundo a função que exercem no ordenamento jurídico[41]. No mesmo sentido se manifesta Jorge Miranda, para quem os princípios não se contrapõem às normas, contrapõem-se às regras: as normas jurídicas se dividem em normas-princípios e em normas-disposições[42].

Malheiros, 2005, p. 408.

[36] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica), 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 97.

[37] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 82 e 81.

[38] PRIETO SANCHIS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELJL, Miguel (ed.). *Teoréa del neoconstitucionalismo*, Madri: Trotta, 2007, p. 213.

[39] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, trad. Maria Celeste C. Santos, São Paulo: Polis, 1989, p. 158-159.

[40] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 171.

[41] BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.) *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 150-151.

[42] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. II, 3ª ed., Coimbra, 1991, p. 224.

As teorias sobre a distinção entre princípio e regra, segundo Aulis Aarnio, podem ser agrupadas em duas categorias: 1ª – teorias que propõem uma distinção forte; 2ª – teorias que preconizam uma distinção débil[43]. A estas duas posições doutrinárias deve ser acrescentada uma terceira[44], que é a do próprio Aulis Arnio, qual seja a teoria que nega a possibilidade de distinção entre as duas espécies de norma jurídica.

As teorias classificadas na primeira categoria afirmam que tanto os princípios como as regras têm estrutura e forma de aplicação diversas. Integram esta categoria as distinções elaboradas, entre outros, por Robert Alexy e Ronald Dworkin. Segundo Robert Alexy, tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandamentos de otimização. Já as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não[45].

Ronald Dworkin distingue regra de princípio a partir de um critério lógico: eles diferem quanto ao caráter da diretriz que impõem. As regras são aplicáveis num estilo tudo-ou-nada. Os princípios, ao contrário das regras, ostentam uma dimensão que aparece na hipótese de conflito: a de peso ou de importância. Neste caso, um princípio com peso relativo maior prevalece sobre o outro, sem que este perca validade[46].

As teorias que preconizam uma distinção débil entre regras e princípios sustentam que, entre essas duas espécies de normas, existe apenas uma diferença de grau e, portanto, a diferença não é tão acentuada quanto aquela afirmada pelas teorias relacionadas no primeiro grupo. Entre essas teorias cita-se a de Joseph Raz, para quem o princípio possui maior generalidade e maior importância do que a regra.

No terceiro grupo de teorias está a de Aulis Aarnio. Aludindo às teses da distinção forte e da distinção débil, sustenta que nenhuma é válida, do ponto de vista de estrutura da norma. Ambas têm natureza deontológica de normas, obedecem às mesmas leis da lógica deôntica[47].

4.3 Superação da distinção entre princípio e regra: concepção original

Humberto Ávila, em obra que se caracteriza por um perfil nitidamente independente e pela originalidade da sua concepção, sem rejeitar a dicotomia princípio/norma, afirma a tese de que essa distinção não pode ser vista no sentido da exclusividade contraditória, mas no de que uma e a mesma norma jurídica pode funcionar tanto como regra quanto como princípio. As regras têm por objeto diretamente a descrição de um comportamento ou a atribuição

[43] AARNIO, Aulis. Las reglas en serio, trad. Sebastián Urbina. In: AARNIO, Aulis et al. (comps.) *La normatividad del derecho*, Barcelona: Gedisa, 1997, p. 17 e segs.
[44] SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 31.
[45] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdéa, Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86-87.
[46] DWORKIN, Ronald, *Prendre les droits au serieux*, trad. Marie-Jeanne Rossignol, Paris: PUF, 1995, p. 79 e segs.
[47] AARNIO, Aulis. Ob. cit., p. 32.

de uma competência e, apenas indiretamente, visam à obtenção de um fim; por seu turno, os princípios visam diretamente à consecução de um fim e influem apenas indiretamente nos modos comportamentais ou nas atribuições de competência necessárias para tal[48].

Em suas próprias palavras, Humberto Ávila demonstra que os princípios não apenas explicitam valores, mas, indiretamente, estabelecem espécies precisas de comportamento; e que a instituição de conduta pelas regras também pode ser objeto de ponderação. Acrescenta que os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras.

O autor introduz a noção de postulados normativos aplicativos, que exercem a função eficacial de normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, metanormas. Por isso, qualificam-se como normas de segundo grau[49].

Atualmente, tem-se por inaceitável a afirmação de que os princípios jurídicos apenas têm por função preencher as lacunas da lei. É certo que o apelo aos princípios ultrapassa a moldura da interpretação das leis existentes. É por intermédio da aplicação de princípios que, frequentemente, se exerce a atividade criadora do juiz: este se abstém de qualquer referência a uma disposição precisa da lei e aplica princípios. Inúmeras decisões judiciais têm por fundamento não um texto expresso de lei, mas princípios jurídicos. Neste caso, os princípios deixam de ser fonte subsidiária, como tradicionalmente eram considerados, e passam a exercer a função de fonte autônoma, apta a fundamentar a decisão do juiz[50].

Os princípios jurídicos tornam-se normas jurídicas em sentido estrito, aplicadas muitas vezes contrariamente ao direito positivo expresso do qual a decisão judicial faz evidente abstração. Nessas condições, o caráter não escrito do princípio não oculta a função que eles exercem até mesmo *contra legem*. Foi assim que passaram a ser admitidos o abuso de direito, a responsabilidade civil por riscos criados, a teoria da aparência[51]. Como observa Luiz Fernando Coelho, em nome dos princípios, admitem-se decisões *contra legem*, caso em que os princípios em que apoiam servirão para corrigir o direito positivo ou até para transformá-lo[52].

5 Conceitos indeterminados, standards, valores, tópicos

Conceitos indeterminados, standards, valores e *topoi* não se confundem com princípios jurídicos.

---

[48] CANARIS, Claus-Wilhelm. Prefácio da edição alemã de ÁVILA, Humberto: *Teoria dos princípios*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 14.
[49] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 25, 97 e 122.
[50] GAILLARD, Maurice. *L'intelligence du droit*, Paris: Les Éditions d'Organisation, 1992, p. 132.
[51] MORVAN, Patrick. Principes. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (sous la dir.). *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris: PUF, 2003, p. 1203.
52 COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*, 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 387.

5.1 Conceitos indeterminados

Os conceitos indeterminados, também conhecidos por conceitos gerais, noções indeterminadas, de conteúdo variável ou de textura aberta, podem ser considerados elementos de perturbação, que poderiam abalar o ordenamento jurídico, como fonte de confusões, ambiguidades e outras imprecisões. Pela óptica da segurança jurídica, podem parecer negativos; entretanto, podem apresentar muitas vantagens, porquanto seu caráter vago e impreciso permite que se adaptem aos novos tempos, aceitem novas realidades sociais, sigam a evolução dos costumes precisamente graças a sua flexibilidade. Ensejam a conciliação da necessidade de uma regra com a da regulação de caso a caso.

Trata-se de noções que dificilmente podem ser expressas em linguagem corrente e facilitam a aplicação da norma jurídica: o sistema jurídico não é uma máquina de produzir direito. A norma jurídica não pode ser aplicada de forma mecânica ou automática[53]. Sabe-se que a elaboração da lei resulta de um compromisso entre as tendências políticas, econômicas e sociais presentes no momento dos trabalhos preparatórios e, assim, o texto resultante está destinado a uma especificação progressiva por obra do intérprete, notadamente do juiz. A feição imprecisa desses conceitos apresenta sempre, no momento de sua aplicação ao caso concreto, uma boa dose de flexibilidade e enseja uma grande margem de manobra por parte do aplicador da norma[54].

Definir *indeterminado* não é tarefa das mais simples. A etimologia do vocábulo pode ajudar. Ele se compõe de *in* (negação) + *determinar*. Este verbo provém do lat. *determinare*, composto de *de* + *terminare*, este por seu turno derivado de *terminus*, cuja origem está no gr. *terma* = limite. Termo, em sentido figurado, pode significar definição. Determinar, portanto, significa marcar limites, fim, no espaço ou no tempo[55]. Indeterminado, então, vem a ser aquilo que não pode ser fixado em sua natureza, aquilo cujos limites não podem ser fixados.

É de rigor distinguir entre noção de conteúdo variável e regra de conteúdo variável. Variação de conteúdo é variação de sentido. Está em tela de juízo a abertura à mudança, característica prevista pelo legislador e por ele conscientemente disposta. Nas noções de conteúdo variável, a variabilidade é disposta por antecedência. A intenção é inerente à variabilidade. A regra de conteúdo variável é suscetível de vários significados diferentes (diferentes, mas não incompatíveis entre si). Fala-se até em instituições de conteúdo variável[56] e direito natural de conteúdo variável (Stammler: *Naturrecht mit wechselndem Inhalte*)[57].

[53] MATTHEY, Fany. Concepts juridiques indeterminés en procédure d'asyle européenne. In: RITAINE, Eleanor Cashin; ARNAUD, Elodie Maître (ed.). *Notions-cadre, concepts indeterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé*, Genebra, Zurique, Basilea: Schuthess Médias Juridiques, 2008, p. 195.

[54] BERGEL, Jean-Louis. Méthodologie juridique. In: ARNAUD, André-Jean et al. (sous la dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ª ed., Paris: LGDJ, 1993, p. 375.

[55] DAUZAT, Albert et al. Terme. In: *Nouveau dictionnaire étymologique et historique*, Paris: Larousse, 1971, p. 740.

[56] CARBONNIER, Jean. *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*. In: PERELMANN, Chaim; VANDER ELST, Raymond (ed.). Les notions à contenu variable en droit, Bruxeles Bruylant, 1984, p. 99.

[57] FASSÓ, Guido. *Histoire de la philosophie du droit* – XIXe et XXe siècles, trad. Catharine Rouffet,

As noções jurídicas indeterminadas evidenciam a impossibilidade de uma aplicação mecânica do direito. Impõe-se a interpretação, forçosamente necessária em cada caso concreto, o que pressupõe a atividade de um intérprete, notadamente o juiz. Este intérprete levará em conta as circunstâncias e as peculiaridades do caso em exame, especialmente os imperativos de ordem social, econômica e moral, quando da aplicação de uma dessas noções. Cabe-lhe a tarefa de resolver as questões que surgirem, preencher as lacunas, precisar os pormenores, esclarecer as ambiguidades.

O papel a ser exercido pelo juiz na tarefa de aplicar uma noção jurídica indeterminada é, portanto, de alta relevância. É neste momento que se percebe a inexistência de antítese entre interpretação da lei e função criadora do juiz. Sem dúvida, a função de interpretação da lei pelo juiz comporta certo grau de criação do direito. Como esclarece Mauro Cappelletti, o verdadeiro problema não consiste em estabelecer contraste entre a tarefa de interpretar e a de criar o direito, mas sim em saber até onde o juiz pode ir na sua atividade criadora do direito. Todo ato de interpretação implica certo grau de criatividade, certa possibilidade de escolha, o que envolve um elemento de apreciação discricionária. Mas, adverte ele, o intérprete não goza de total liberdade, e poder discricionário não significa necessariamente arbítrio. O juiz, embora desempenhando um papel na criação do direito, não é completamente livre: todos os sistemas jurídicos dos países civilizados estabelecem e aplicam limites à liberdade do juiz[58].

O juiz dos dias atuais não é mais o juiz do tempo de Justiniano nem de Montesquieu. Justiniano considerava o Digesto uma obra perfeita, na qual nenhuma contradição poderia ser encontrada. Por isso, proibiu fossem feitos comentários, pois estes seriam antes perversões do que interpretações (*immo magis perversiones*) e serviriam apenas, mercê de sua prolixidade, para estabelecer confusão[59]. Permitiu apenas traduções palavra por palavra e extratos dos textos. Os infratores seriam punidos como falsários e seus escritos seriam destruídos. Também responderiam pelo delito de falsidade aqueles que, em juízo ou em outra discussão, citassem obras que não fosse as Institutas, o Código ou o Digesto[60]. Segundo Montesquieu, os julgamentos devem ser apenas um texto preciso da lei; os juízes são a boca que pronunciam as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor[61].

O risco que corre o intérprete, ao aplicar noções indeterminadas, é o de abalar a segurança jurídica. Seria desejável que as noções desse tipo apresentassem um conteúdo mais preciso, mais objetivo. Voltar as costas à segurança jurídica equivale a desconhecer a principal, senão exclusiva, finalidade do direito[62].

Paris: LGDJ, 1976, p. 175.

[58] CAPPELLETTI, Mauro. Le pouvoir des juges, trad. René David, Paris: Economica, 1980, p. 30 e 32.

[59] C. I, 17, *de veteri iure*, 1, § 12.

[60] C. I, 17, *de veteri iure*, 2, § 19, 21 e 22.

[61] MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*, liv. XI, cap. VI. Tomo I, Paris: Garnier, 1922, p. 154 e 159.

[62] SALMON, JeanJ. A. Les notions à contenu variableen Droit International Public. In: PERELMANN,

A expectativa de segurança do direito (ou segurança jurídica) pode ser apreciada em dois sentidos. *Stricto sensu* a aspiração à segurança jurídica significa que toda pessoa tem o direito de exigir uma proteção jurídica, ou seja, que um juiz ou outro órgão judicante tem a obrigação jurídica de dar resposta a uma pretensão jurídica por ela formulada. Trata-se de um direito fundamental da pessoa humana em sociedade: o acesso à justiça[63]. *Lato sensu*, a segurança jurídica apresenta dois aspectos: *primo*, a exigência de rejeição do arbítrio; *secundo*, que seja proferida uma decisão apropriada. Os juízes e tribunais devem agir de modo que os cidadãos possam desenvolver sua própria atividade em bases racionais. Uma organização racional é uma condição necessária à estabilidade social, verdadeira exigência de coesão da sociedade. Há de estar presente o requisito de previsibilidade das decisões judiciais[64]. A imprevisibilidade no ambiente das decisões judiciais constitui um obstáculo ao desenvolvimento e ao crescimento do mercado. O processo de racionalização do universo jurídico e da justiça corresponde à necessidade, para o capitalismo atual, de dispor de um sistema jurídico em que se possa confiar, quer no que diz respeito à estabilidade da jurisprudência quer no tocante à transparência dos procedimentos[65].

O ponto ideal de equilíbrio está na conciliação entre a atividade criadora do direito pelo juiz e os reclamos da sociedade em prol da segurança jurídica. As noções de conteúdo variável permitem, sob a égide de uma norma geral, encontrar soluções concretas diferentes, de acordo com as circunstâncias e as peculiaridades do caso em exame. Pode-se afirmar, com L. Fernando Coelho, que a atividade dos profissionais do direito (advogado, Ministério Público, juiz), ao decidir, não é definir aquilo que está contido nas leis, mas realizar os valores do direito, tornar efetiva a Justiça, de preferência com a lei, mas se necessário contra a lei[66]. E mais importante, do ponto de vista da sociedade, ter bons juízes do que ter boas leis. Uma boa lei nas mãos de um mau juiz pode ser causa de um desastre; uma lei má nas mãos de um bom juiz pode prestar um bom serviço à sociedade.

Constitui para o direito tarefa impossível regular todos os pormenores da vida em sociedade por meio de normas gerais e abstratas. Deve ele valer-se do expediente propiciado pela utilização de conceitos indeterminados, que permitem, por meio de sua função de concretização, obter resultados aproximados da realização do ideal de justiça perante os dados da realidade. Como afirma Karl Engisch, a justiça exige uma grande concretização, quer dizer, uma consideração das circunstâncias individuais da pessoa e da situação[67]. Em outra passagem, o mesmo Engisch esclarece que concreção do

Chaim; VANDER ELST, Raymond (ed.). *Les notions à contenu variable en droit*, cit. p. 264.

[63] ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*, 4ª ed., São Paulo: LTr, 2012, p. 38-39.

[64] AARNIO, *A. Le rationnel comme raisonnable*, trad. Geneviéve Warland, Paris: LGDJ, 1992, p. 4-5.

[65] COMAILLE, Jacques. La justice entre détraditionnalisation, néoliberalisation et democratisation. In: COMAILLE, Jacques: KALUSZINSKI, Martine (sous la dir.). *La function politique de la justice*, Paris: La Découverte, 2007, p. 308.

[66] COELHO, L. Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 42.

[67] ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 5ª ed., trad. J. Batista Machado, Lisboa:

direito significa orientação do direito ao real, virtude de que acomoda-se às propriedades naturais do objeto da regulação jurídica[68]. O juiz, diante dessa situação, deve acomodar-se aos dados da realidade, da mesma maneira como procede o legislador na busca do direito reto, ao escolher os meios apropriados para alcançar o fim apropriado, como disserta Rodríguez Paniagua[69].

Imbuído desse propósito, o Código Civil brasileiro, de 2002, frequentemente utiliza conceitos indeterminados, em obediência a orientação legislativa submetida a imperativos de socialidade e concreção, como explica Miguel Reale, supervisor da Comissão elaboradora do projeto de lei, na exposição de motivos ao Ministro da Justiça. Escreve ele: O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais e absolutos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com frequente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência das prestações, etc.[70]. Apenas a título de exemplo, podem ser lembradas as referências a noções jurídicas indeterminadas, no corpo do Código Civil, em artigos como o 138 (pessoa de diligência normal); 187 (boa-fé, bons costumes); 421 (função social do contrato); 422 (probidade, boa-fé); 1.573, III (sevícia ou injúria grave), VI (conduta desonrosa); 1.815 (indignidade), além de muitos outros.

A exigência de conexão deriva da imperiosa contingência de permanente adequação da norma geral e abstrata aos fatos sociais verificados no cotidiano da vida das pessoas, em constante mutação.

As noções indeterminadas se valem de linguagem caracterizada por uma textura aberta. Os modelos de comportamento por elas veiculados revelam-se indeterminados, o que torna sua aplicação problemática, por força do que se denomina, em teoria da comunicação, uma textura aberta. Sistemas jurídicos diferentes ou o mesmo sistema jurídico em diferentes épocas precisam encontrar meios de assegurar a mais adequada aplicação de normas gerais e abstratas aos casos particulares. Uma das soluções consiste em regular a conduta dos homens por meio de normas que utilizem conceitos que possuam o mesmo significado em todas as situações em que eles devam ser aplicados. O conceito de bons costumes, por exemplo, é um só, embora os costumes do começo do século XX não sejam os mesmos do século XXI, no Brasil. Os homens que legislam não podem deter total conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro vai deparar[71].

Dizer que a linguagem da lei ostenta uma textura aberta significa reconhecer que os conceitos por ela utilizados não têm um conteúdo

Fundação Caljuste Gulbenkian, 1979, p. 262.

[68] ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, trad. Juan José Gil Cremades, Granada: Comares, 2004, p. 177 e 202.

[69] RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Mª. Ley y derecho, Madri: Tecnos, 1976, p. 156.

[70] REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da Comissão elaboradora do Código Civil, 1975.

[71] HART, H. L. A. *Le concept de droit*, trad. Mcihel van de Kerchove, Bruxelas: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 159-161.

precisamente delimitado. E não só a parte expressa da comunicação legal deve ser tida em linha de conta: a parte implícita, ou seja, aquela que se depreende do contexto global do enunciado deve igualmente ser levada em consideração. De fato, os estudos sobre comunicação ensinam que esta contém dois elementos distintos, mas indissociáveis: o elemento expresso (no caso da lei, o texto) e o elemento implícito, vale dizer, o contexto que encerra o elemento implícito. Sem ir a extremo de supor que as palavras não têm sentido por si próprias, força é concluir que seu sentido adequado depende, e muito, do contexto em que eles são aplicados[72].

5.2 Standards jurídicos

Standard é palavra da língua inglesa que significa modelo, padrão, entre outros significados (norma, tipo, regra). Não é termo jurídico. Em linguagem comum, quer dizer aquilo que está conforme à norma, à lei, aos costumes, etc.; aquilo que pode servir de modelo, de base.

Os léxicos jurídicos o definem. Segundo o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, *standard jurídico* é critério básico de avaliação de certos conceitos jurídicos indefinidos, variáveis no tempo e no espaço[73]. Para o Vocabulário Jurídico de Cornu, *standard* designa norma flexível fundada em um critério intencionalmente indeterminado, critério diretivo (englobante e plástico, mas normativo) que incumbe ao juiz, em virtude de implícita remissão legal, aplicar caso a caso, à luz de dados extralegais ou mesmo extrajurídicos (referências costumeiras, necessidades sociais, contexto econômico e político), ocasião de adaptar a norma à diversidade de situações, ao perenizá-la. Como sinônimos de noção-quadro, são dados exemplos: interesses da criança, exigência de boa justiça, prazo razoável, iniquidade manifesta, ordem pública, bons costumes, circunstâncias excepcionais, boa-fé[74]. O Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito assim define *standard jurídicos*: Termo ou locução inseridos em uma regra de direito ou em qualquer ato jurídico, em referência a um estado de fato ou uma qualidade cuja identificação requer uma avaliação ou uma apreciação. De maneira mais geral, noção da linguagem jurídica de conteúdo indeterminado ou variável; noção vaga[75].

A noção de standard jurídico tem origem no direito anglo-saxão, mas no direito romano são encontrados exemplos de standards, como os de boa-fé e bom pai de família. Os standards jurídicos não são normas, porém, exercem a função de uniformizar a interpretação de conceitos indeterminados. Não são fontes do direito nem se confundem com os princípios gerais do direito. Coube à doutrina e à jurisprudência a tarefa de forjar a noção de standards jurídicos, que, no entender de Tercio Sampaio Ferraz Jr., são fórmulas interpretativas

[72] CÔTÉ, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2ª ed., Québec: Les Editions Yvon Blais, 1990, p. 261-262.
[73] Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Standard jurídico, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 534.
[74] CORNU, Gérard. *Vocabulaire Juridique*, 8ª ed., Paris: PUF, 2009, p. 885 e 619.
[75] ORIANE, Paul. Standart juridique. In: ARNAUD, André-Jean et al. (sous la dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ª ed., Paris: LGDJ, 1993, p. 581.

gerais que resultam de valorações capazes de conferir certa uniformidade a conceitos vagos e ambíguos como mulher honesta, justa causa, trabalho noturno, ruído excessivo, etc.[76].

Trata-se de noções insuscetíveis de precisa definição, porém encontradas em todos os sistemas jurídicos. Os standards correspondem a critérios lastreados naquilo que parece normal e aceitável na sociedade no momento em que os fatos são apreciados. São instrumentos de medida de comportamentos e de situações que permitem integrar na ordem jurídica as realidades e valores sociais do momento. São verdadeiros conceitos elásticos[77].

Os standars jurídicos são regras flexíveis ou diretivas (*General Plausel*), que deixam ao juiz um amplo poder de apreciação do caso concreto segundo as circunstâncias[78]. Implicam poder discricionário e, sendo noção maleável, deixam ao juiz certa margem de atuação[79], por constituírem apenas uma diretriz geral que, indicando o fim perseguido, guiam o juiz na aplicação do direito. Paul Roubier cita alguns standards usuais no direito anglo-americano: conduta desleal (*unfair competition*) em matéria de restrições ao trabalho e de monopólios; prudência necessária (*due care*) na apreciação da culpa; procedimento regular (*due processo of law*) na apreciação da inconstitucionalidade das leis, etc.[80].

O standard é uma noção em que o fato predomina sobre o direito. É sempre lembrado em doutrina a definição que de standard fornece Roscoe Pound: uma medida média de conduta social correta, apreciada em função do ideal vigente em dado momento e local, que supõe certo senso em face das coisas da vida e certa margem de apreciação por parte daquele que o aplica. Suas funções podem ser classificadas em duas categorias: função técnica, ao permitir a adaptação do direito à evolução da sociedade; e função ideológica, por assegurar a legitimidade das soluções jurídicas encontradas[81].

Foi a jurisprudência inglesa que introduziu o standard ao lado da norma. Ao contrário desta, que vincula o juiz, o standard é uma diretiva geral destinada a guiar o juiz na aplicação do direito a dar-lhe uma ideia de sua finalidade. Em lugar de regras precisas e fórmulas inflexíveis e imutáveis, adotam-se simples diretivas, grandes linhas de conduta que permitem certa liberdade de ação e adaptação muito mais sensíveis às circunstâncias variáveis da vida social. Al-Sanhoury lembra que, na época clássica, o direito romano forjou o standard da boa-fé para os *negotia bonae fidei* e o standard da conduta do bom pai de família para a noção de culpa. A complexidade crescente da vida social e a evidente incapacidade da lei para tudo prever e tudo regular determinam o aparecimento do standard[82].

[76] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, São Paulo: Atlas, 1988, p. 223.
[77] BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*, 2ª ed., Paris: Dalloz, 1989, p. 200.
[78] DABIN, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*, nova edição, Paris: Dalloz, 1969, p. 84.
[79] DU PASQUIER, Claude. *Introduction à la théorie et à la philosophie du Droit*, 4ª ed., Neuchatel: Delachaux et Niestlé, 1967, p. 96.
[80] ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit*, Paris: Recueil Sirey, 1946, p. 81.
[81] BLOUD-REY, Céline. Standart. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (sous la dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris: PUF, 2003, p. 1440.
[82] AL-SANHOURY, A. A. *Les restrictions contratuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, Paris: Marcel Giard, 1925, p. 29.

O standard apresenta, juntamente com o princípio jurídico, duas características: a falta de precisão, de um lado, e, de outro, a generalização e a abstração lógica. Entretanto, eles não se confundem. A noção de princípio jurídico corresponde a certa categoria de normas jurídicas e delas se destaca por via de indução, procedendo por abstração lógica e eliminando as particularidades de cada norma. Já o standard não busca a generalização eliminando as circunstâncias particulares: ele prescreve a maneira como as pessoas devem conduzir-se em sua atividade, e isto unicamente para guiar o juiz que vai julgar, com o bom-senso e a situação baseada em sua própria experiência, a conduta de determinada pessoa em determinadas circunstâncias. Não há no standard, pois, generalização nem abstração, porque ele não visa um caso particular em circunstâncias particulares. Daí a definição de standard como o procedimento que prescreve ao juiz tomar em consideração o tipo médio de conduta social correta para determinada categoria de atos que lhe incumbe apreciar[83].

É verdade que a utilização dos standards alcançou seu apogeu na França durante os anos 20 do século XX, para depois declinar. Hoje em dia, os standards já quase não são empregados, mas permanece viva a ideia de que eles são instrumentos de medida em termos de normalidade, a despeito da ambiguidade da noção de normalidade. Vale salientar que a normalidade pressupõe o que é habitualmente pensado, e não necessariamente o que pensam certas pessoas. A utilidade do standard, portanto, é inegável, uma vez que ele introduz no direito a ideia de normalidade.[84]

5.3 Valores

O vocábulo port. *valor* deriva do lat. tardio *valore*, cognato do v. *valere*, que tem o sentido original de ser forte, ter a força ou o poder de; poderoso. Deriva da raiz *wal-*, que exprime a força, o poder. Em sentido metafísico, significa caráter que faz certas coisas dignas de estima; aquilo que é digno de ser buscado[85]. Em acepção sociológica, *valor social* tem o significado de ideias, normas, conhecimentos, técnicas e objetos materiais, em torno dos quais se vão condensando, pela interação social, opiniões e atitudes favoráveis, baseadas sobretudo em experiências positivas[86]. Em sentido objetivo, tem o significado de bem em si; aquilo que, em geral, é considerado bom, útil, digno de estima[87].

A ciência ou teoria dos valores denomina-se axiologia, do gr. *axia*, valor, preço, dignidade; cognato de *axios*, digno, capaz, hábil, conveniente, condigno, que vale[88].

---

[83] STATI, Marcel O. *Le standart juridique*, Paris: Librairie de Jurisprudence Anacienne et Moderna, 1927, p. 58-59 e 45.
[84] RIALS, Stéphane. *Les standards, notions critiques du droit*. In: PERELMAN, Chaim; VANDER ELST, Raymond (ed.). *Les notions à contenu variable en droit*, cit., p. 43-44.
[85] CUVILLIER, Armand. Valor. In: *Pequeno vocabulário da língua filosófica*, cit., p. 162.
[86] WILLEMS, Emílio. Valor social. In: *Dicionário de sociologia*, Porto Alegre: Globo, 1961, p. 354.
[87] CORNU, Gérard. Valeur. In: *Vocabulaire juridique*, cit., p. 952.
[88] BÖLTING, Rudolf. Axia; axios. In: *Dicionário grego-português*, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1953, p. 78 e 79.

A noção de valor é desconhecida na Antiguidade clássica. Entretanto, aos juristas romanos pareceu necessário estimar o valor das coisas (*id quod valent*). Para corrigir os injustos desequilíbrios nas trocas e na repartição das coisas, torna-se indispensável inventar uma medida comum, medir os preços respectivos. Um texto de Aristóteles traz à luz esta necessidade[89]. A função do direito, segundo esta linha de raciocínio, seria proporcionar o quinhão das coisas a cada pessoa segundo o grau do seu valor, seu mérito, sua dignidade[90].

Os léxicos jurídicos definem valor. Uma dessas definições reza: filosoficamente, aquilo que diz respeito à finalidade intrínseca do ser. Social e politicamente, aquilo que a sociedade reputa de importância fundamental para a consecução dos fins que o Estado pretende alcançar[91]. Outra definição: qualidade de uma coisa ou de uma ação, em virtude da qual elas merecem estima ou são objeto de um desejo. Caráter daquilo que é conforme à regra ou à decisão tomada em virtude de um julgamento de valor no sentido anterior. O que fundamenta a validade[92].

No entender de Chaim Perelman e Luci Olbrechts-Tyteca, há valores universais ou absolutos, admitidos por todos, tais como o Verdadeiro, o Bem, o Belo, o Justo[93]. Tais valores universais podem ser chamados de valores de persuasão, porque exercem efetivamente papel argumentativo. A esta lista Neil MacCormick acrescenta o Razoável (*Reasonable*)[94].

Os valores interferem na conceituação de sistema jurídico, porque, como disse Canaris, o sistema pode ser definido como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito[95], mas não se restringe a eles, devendo ser incluída a conexão da vida, dos valores, dos institutos, etc., salientando-se assim os elementos de adequação valorativa[96].

Há quem negue a importância dos valores, esposando expressamente a posição de nihilismo axiológico. Theodor Geiger sustenta que os valores não são reais, mas sim imaginários. O bom, o belo, o correto, são *termini* que não têm correspondências no mundo da realidade: a concepção desses valores é somente uma realidade psíquica[97]. Trata-se, porém, de atitude isolada, que não se reflete no pensamento jurídico dominante. Na verdade, o conceito de valor é uma noção-chave, tipicamente teleológica, que aproxima as explicações

[89] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, trad. Leonel Vallandro, São Paulo: Abril Cultural (Col. Os Pensadores), 1973, p. 328. É o texto constante do livro V, cap. V, nº 1133ª.
[90] VILLEY, Michel. Préface a GRZEGORCZYK, Christophe. *La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris: LDGJ, 1982, p. 5.
[91] ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. Valor. In: *Dicionário Jurídico*, cit., p. 584.
[92] DELGADO OCANDO, José Manuel. Valeur, trad. André-Jean Arnaud. In: ARNAUD, André-Jean et al. (sous la dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, cit., p. 633.
[93] PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação – a nova retórica, trad. Maria Ermentina Galvão G. Pereira, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 86.
[94] MACCORMICK, N. On Reasonableness. In: PERELMAN, Chaim VANDER ELST, Raymon (ed.). Les notions à contenu variable en droit, cit., p. 131.
[95] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2ª ed., cit., p. 77 e 78.
[96] FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 52.
[97] GEIGER, Theodor. *Moral y Derecho* – polémica con Uppsala, trad. Ernesto Garzón Valdés, Barcelona: Editorial Alfa, 1982, p. 14-15.

teórica e filosófica. A teoria dos valores fornece a moldura explicativa para a passagem entre o fato bruto e a finalidade, para a interpretação racional dos comportamentos humanos[98].

A importância da noção de valor para o jurista se evidencia numa dupla dimensão: na produção do direito e na sua aplicação. Epistemologicamente, convém lembrar que, como ensina Gofredo Telles Júnior, o valor tem dois fundamentos. O primeiro é o objetivo e consiste na bondade do objeto. O segundo é subjetivo e consiste no critério de quem julga essa bondade[99]. Ambos os fundamentos apresentam relevância na análise dos dois momentos apreciados na teoria do direito, acima indicados: o de sua produção e o de sua aplicação.

A produção do direito se desdobra no interior de um campo de valores, de um código cultural próprio de cada sociedade, que lhe serve de suporte interpretativo e do qual decorrem impulsos para sua aplicação e efetividade[100]. Uma norma jurídica não surge *ex nihilo*: resulta da dialética de fatos (valorizados) e de valores (em vias de realização)[101]. Em sua aplicação, não se pode perder de vista que, como escreve Miguel Reale, o valor-fim próprio do Direito é a justiça, não como virtude, mas em sentido objetivo como justo, como ordem que a virtude justiça visa realizar[102].

Muito se escreveu sobre este tema, mas força é reconhecer que a teoria trimensional do direito, de Miguel Reale, é a que mais satisfatória solução proporciona para resolver o problema dos fins do direito. É no trinômio fato, norma, valor que se encontra o eixo de toda discussão a respeito do assunto. A norma jurídica é uma forma de integração fático-axiológica, dependendo dos fatos e valores de que se origina e dos fatos e valores supervenientes. Na sua aplicação, a regra jurídica não pode ser entendida sem conexão necessária com as circunstâncias de fato e as exigências axiológicas, e, em consequência, seu sentido autêntico é dado pela estimativa dos fatos, nas circunstâncias em que o intérprete se encontra[103].

Corroborando essa conclusão, Recaséns Siches afirma que, como produto da cultura, o Direito transcende os limites da realidade, visando essencialmente o cumprimento de específicos valores, buscando realizar valores como a justiça, a dignidade e a autonomia de pessoa humana, a segurança, o bem-estar geral, etc.[104].

Ante o exposto, emerge a distinção entre princípio e valor, no campo do direito: enquanto aquele orienta o intérprete na busca de uma decisão justa para o caso concreto, este revela o fim social a ser alcançado no ato da aplicação da norma jurídica.

---

[98] GRZEGORCZYK, Christophe. *La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris: LDGJ, 1982, p. 27.
[99] TELLES JÚNIOR, Gofredo. *Filosofia do Direito*, 1º t., São Paulo: May Limonad, s/data, p. 198.
[100] LAJOIE, André. Surdetermination. In: LAJOIE, Andrée et al. *Théories et émergences du droit*, Montréal: *Les Éditions Thémis*, 1998, p. 85.
[101] OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel. De la pyramide au réseau, Bruxelas: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 365.
[102] REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*, 2ª ed., São Paulo: Rev. Dos Tribunais, 1972, p. 306.
[103] REALE, Miguel. *Filosofia de Direito*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1965, p. 484 e 503.
[104] RECASÉNS SICHES, Luis. *Algunas notas sobre el sentimiento jurídico*. In: CAVALCATI), Teófilo (org.). Estudos em homenagem a Miguel Reale, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 195.

Na interseção do valor com a decisão que ao juiz incumbe proferir evidencia-se a cautela que deve presidir ao afã de julgar. Somente na medida em que o juiz se atém ao código cultural inscrito na norma é que ele desempenha seu papel e exerce efetivamente uma função jurisdicional. Quando, ao contrário, o juiz usa seu poder de codeterminação para inventar um próprio código cultural, quando ele substitui seus próprios valores aos do autor da norma, deixa de se comportar como juiz e introduz uma nova dimensão na decodificação da norma. Aí nasce o governo dos juízes. E então o juiz deixa de exercer uma função estritamente jurisdicional. Ele se torna, neste momento, camuflado sob a toga de magistrado, o titular de uma verdadeira função administrativa, ou política[105].

5.4 Tópicos jurídicos

O vocábulo tópico deriva do gr. *topos*, lugar. Tópicos são categorias gerais, lugares-comuns utilizados como premissas da argumentação num esquema de raciocínio exposto em um debate. Trata-se de uma noção originalmente forjada para o discurso retórico. Quando o debate é de natureza judicial, fala-se em tópicos jurídicos.

Tópicos (*topiká*, em grego) é o título de uma obra de Aristóteles, na qual ele trata dos tópicos no quadro da argumentação de tipo dialético ou retórico, que se opõe à demonstração científica, apodítica, baseada em premissas que são verdadeiras e primeiras; no processo dialético, ao revés, as premissas não são verdadeiras, mas opiniões geralmente aceitas, isto é, aquelas que todos admitem, ou a maioria das pessoas, ou os filósofos, em outras palavras: todos, ou a maioria, ou os mais notáveis e eminentes[106]. Os conceitos e as proposições fundamentais encontradas nos processos dialéticos não são postulados nem axiomas (que deveriam servir de base a uma demonstração), mas *tópoi* da argumentação, ou seja, lugares-comuns, fórmulas, as mais familiares aos juristas ou aos oradores, que variam no tempo e no espaço, e cuja força persuasiva é reconhecida no confronto das opiniões[107].

A tópica era tratada por Cícero não como uma teoria da dialética mas como uma prática da argumentação, no campo da retórica. Na Idade Média, encontrou espaço propício para expansão no contexto do *trivium*, isto é, do grupo das três artes liberais (gramática, retórica, dialética) cujo estudo precedia o *quadrivium*. Entrou em declínio, para ressurgir na Europa, no segundo pós-guerra, em diversas disciplinas, não somente nem em primeiro lugar, no Direito. Ao que consta, a obra pioneira é a de autoria de Ernst Robert Curtius, Literatura Europeia e Idade Média Latina, de 1948.

No capítulo V de sua obra, Curtius apresenta a tópica, que é um celeiro de provisões: contém os mais variados pensamentos, que podem empregar-se em qualquer discurso e nos escritos em geral. Assim é que são estudadas as

[105] TIMSIT, Gérard. *Les noms de la loid*, Paris: PUF, 1991, p. 185.
[106] ARISTÓTELES. Tópicos, trad. Leonel Vallandro, São Paulo: Abril Cultural (Col. Os pensadores), 1973, p. 11. O texto é: Tópicos, I, 1, 100b.
[107] FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Topiques. In: ARNAUD, André-Jean et al. (sous la dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, cit., p. 615.

seguintes variedades de tópica: a do discurso de consolação, a tópica histórica, a modéstia afetada, a tópica exordial, a tópica da peroração, a invocação da natureza, o mundo às avessas, o menino e o ancião, a anciã e a menina[108]. Desde então, a tópica encontra aplicação em matérias como a ciência política, a sociologia, a teoria literária, a filosofia.

Coube a Theodor Viehweg, com sua obra Tópica e jurisprudência, editada em 1953, o mérito de introduzir a tópica no mundo do direito. Vivia-se uma fase de irrupção de correntes críticas, que reagiam contra o positivismo legalista. Afastando a aplicação estrita das normas do direito positivo, procurava-se promover uma reflexão metodológica sobre o raciocínio jurídico, atribuindo ao juiz a missão de encontrar para cada litígio uma solução equitativa, razoável e aceitável, embora dentro dos limites das prerrogativas que lhe outorgava o sistema jurídico, de direito legislado e codificado.

A função da tópica é a de um método apto a robustecer a justificação razoável na argumentação jurídica. Para realizar a síntese entre equidade e a lei, o juiz deve poder flexibilizar a última, mediante o emprego de normas jurídicas não codificadas, representadas por máximas e princípios gerais de direito que revelam os valores fundamentais assegurados pelo direito: são os lugares-comuns (*loci*), os tópicos que se formaram ao longo dos séculos, desde o direito romano. A tópica repele o dogma do modelo legalista: pressupõe a lógica do razoável, em virtude da qual a solução resulta não de uma dedução silogística, mas de um debate contraditório centrado na controvérsia dialética. Mediante o emprego da tópica, busca-se encontrar soluções que não somente sejam conformes à lei, mas antes privilegiem a conciliação do direito com a razão e a justiça[109].

No prefácio à tradução brasileira da obra de Theodor Viehweg, Tercio Sampaio Ferraz Jr. esclarece que a tópica não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção a eles. Num campo teórico como o jurídico, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático. São *tópoi* noções como interesse, interesse público, boa-fé, autonomia da vontade, soberania, direitos individuais, legalidade, legitimidade. Prossegue o autor do prefácio: Noções-chaves como interesse público, vontade contratual, autonomia da vontade, bem como princípios básicos como não tirar proveito da própria ilicitude, dar a cada um o que é seu, *in dubbio pro reo* guardam um sentido vago que se determina em função de problemas como a relação entre sociedade e indivíduo, proteção do indivíduo em face do Estado, do indivíduo de boa-fé, distribuição dos bens numa situação de escassez, etc., problemas estes que se reduzem, de certo modo, a uma aporia nuclear, isto é, a uma questão sempre posta e renovadamente discutida e que anima toda a jurisprudência: a aporia da justiça[110].

[108] CURTIUS, Ernst Robert. *Literatura europeia e Idade Média latina*, trad. Teodoro Cabral, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1957, p. 82 e segs.
[109] CORIAT, Jean-Pierre. Topiques juridiques. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (sous la dir.). *Dictionnaire de la culture juridique*, cit., p. 1.485.
[110] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Prefácio a: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, p. 3-4.

Em sua obra, Theodor Viehweg ensina que a tópica é uma técnica do pensamento problemático: trata-se de uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema, entendendo-se por problema toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta. Característica do pensamento problemático é reclamar uma eterna busca dialética, um sistema aberto. A *techne* jurídica, a serviço da ciência do direito, a implica a incessante busca do justo. O direito positivo emana dessa busca. Trata-se simplesmente da questão do que seja justo aqui e agora[111].

O modelo tópico de funcionamento da jurisprudência a que se refere Viehweg é, ao ver de Manuel Atienza, indubitavelmente ingênuo. As reflexões de Viehweg a respeito da função da tópica, que seria a busca da realização do ideal de justiça, não passam, segundo Atienza, de uma trivalidade, que em nada contribui para fazer avançar a teoria do raciocínio jurídico. O problema, naturalmente, não consiste em lançar proclamações vazias sobre a justiça, mas sim em idealizar algum tipo de método que permita discutir racionalmente as questões da justiça[112].

Também Luis Alberto Warat dirige critícas à concepção de Viehweg, que, segundo ele, é vacilante e, muitas vezes, incoerente, em razão de seu apego e culto à dogmática jurídica[113]. Inegável, porém, é que a doutrina de Viehweg ostenta valor incontestável para a solução do problema da aplicação prática do direito, porque, como diz o próprio Warat, a adoção dos tópicos conduz a decisões legitimadas por fundamentos de caráter persuasivo, aceitos pela comunidade e incorporados ao saber jurídico. De qualquer forma, é certo que os tópicos não são princípios jurídicos nem exercem a mesma função deles.

5.5 Conclusão

Do exposto acima (item 5.1), resulta a clara distinção entre princípios jurídicos e conceitos jurídicos indeterminados (figura da qual se aproximam os preceitos de textura aberta, os valores e os tópicos).

Os conceitos jurídicos indeterminados, que não se confundem com os princípios, são formulações ideais, vale dizer, mentais ou pensadas, de elementos da realidade, das quais derivam consequências jurídicas. Não há uma regra estrita que discipline a aplicação desses conceitos, pois o fator decisivo reside no poder discricionário do intérprete (juiz ou outro jurista). Como elementos da integração do direito, têm por efeito a aproximação entre a generalidade da norma jurídica e o caso concreto que se encontra em exame. Por meio dos princípios, a argumentação jurídica centra-se na própria norma para aproximá-la da realidade, mercê dos processos de interpretação. Por meio dos conceitos indeterminados, o esforço de aproximação centra-se nos fatos ou circunstâncias do caso em estudo, isolando-os com o fito de concretizar a persuasão de que determinada solução é efetivamente a mais adequada.

---

[111] VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 88.

[112] ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho* – teorías de la argumentación jurídica, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 60.

[113] WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito*, II, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 31.

Os conceitos indeterminados partem não da norma, mas dos fatos reais, para, atentas as circunstâncias que os cercam e as peculiaridades que lhes são próprias, aproximá-los da norma que o intérprete criará para solucionar o problema real[114].

6 Brocardos, adágios, aforismos

Brocardo, adágio e aforismo são sinônimos.

A palavra *brocardo* provém do lat. mediev. *brocardus*, substantivo próprio: Burchard, bispo de Worms, que no século XI compôs uma compilação canônica de sentenças que se tornaram célebres, sob o título Brocardia. Brocardos são axiomas jurídicos, preceitos gerais extraídos da jurisprudência e dos escritos dos intérpretes (axioma é uma regra breve que, em matemática, designa as proposições evidentes por si mesmas e que dispensam demonstração).

O vocábulo *adágio* deriva do lat. *adágio-onis*, mais tarde *adagium*, -i, proveniente de *aio*, verbo que significa dizer sim, afirmar[115]. É uma sentença moral, um provérbio; expressão lapidar consagrada pela tradição, que enuncia, sob forma concisa e elegante, uma regra jurídica ou um fato de experiência.

Aforismo é palavra derivada do gr. *aphorismos*, do v. *aphorizo*, definir: é uma breve sentença que em poucas palavras contém um princípio de doutrina[116]. O aforismo era cultivado pelos médicos e filósofos da Antiguidade. Trata-se de uma proposição breve que resume o essencial dos conhecimentos e da experiência de um ponto de ciência, de doutrina ou de prática. Ex.: Os aforismos de Hipócrates (século V a.C.).

São também sinônimos: apotegma, sentença, parêmia.

O *apotegma* (do gr. *apophthegma*), derivado do v. *apophthegestai*, proferir uma máxima é a fala memorável de um ancião, uma frase atribuída a um personagem célebre, demonstração espirituosa de um ensinamento. Ex.: Os Apotegmas dos Antigos, de Plutarco). É um dito breve e sentencioso.

Sentença (do lat. *sententia*, de *sentire*, sentir, perceber) define-se como uma opinião sábia e autorizada, sentimento profundo emitido por um jurisconsulto, de valor doutrinário consagrado. Exemplo ilustre: as Sentenças de Paulo.

Parêmia (do gr. *paroimia*, provérbio) é um provérbio; o mesmo que máxima, ditado, anexim. A máxima é uma sentença relevante, que contém uma verdade superior ou um preceito moral, expressando muitas vezes um princípio geral do direito. Também se usa o termo ditado (do lat. *dictum*, part. de *dicere*, dizer), que exprime uma faceta de sabedoria em forma de provérbio; breve ensinamento de bom senso. Ex.: Quem pode o mais pode o menos. Quem cala consente.

---

[114] PUIG BRUTAU, José. *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona: Bosch, s/data, p. 196.
[115] WAGNE, Augusto. Aio. In: *Dicionário etimológico da língua latina*, vol. I, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1952, p. 185.
[116] RAMIZ GALVÃO. Aphorismo. In: *Vocabulário etimológico, ortográfico e prosódico das palavras portuguesas derivadas da língua grega*, Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1994, p. 73.

Discrepam os autores quanto à juridicidade e à serventia dos brocardos. No passado, alguns juristas os julgavam eternos, por serem a própria razão natural escrita. Esclarecem, iluminam, guiam: são raios divinos[117]. Autores mais modernos, entretanto, os condenam, por destituídos de valor científico e muitas vezes falsos e inexatos. Roberto de Ruggiero escreve: São o mais perigoso instrumento nas mãos do juiz, quando pouco experiente na difícil arte de interpretar. Têm a aparência de princípios gerais e absolutos, mas não há um só que não seja falso, como regra geral: parecem as mais das vezes contraditórios e antitéticos, de modo que contra um, que afirma certa regra, é sempre possível encontrar outro, que contenha regra oposta; tem cada um seu campo de aplicação dentro de limites próprios, fora dos quais vigora regra contrária; mas não se esclarece quais sejam esses limites. Grande número dos erros cometidos na aplicação dos textos legais tem sua causa direta e imediata no abuso que os juízes e os advogados fazem desses aforismos, que, como foi dito, são falsos em sua generalidade[118]. Entre nós, Alípio Silveira declara seu prestígio, modernamente, pouco menos que nulo[119].

Outra corrente de pensamento reconhece valor, embora limitado, aos brocardos jurídicos. Raimundo Bezerra Falcão os menciona entre as regras de hermenêutica externas e os considera regras de norteamento interpretativo. Eles resultam de interpretações ancestralmente realizadas e à interpretação se destinam, contudo, também eles reclamam interpretação[120].

Como soi acontecer em temas desta natureza, a opinião mediana é a que merece prevalecer. No caso, a lição de Carlos Maximiliano parece a mais convincente: Assim como os provérbios resumem a sabedoria popular, são os brocardos um elemento importante da tradição jurídica. Não têm força obrigatória: porém guiam, orientam o hermeneuta (...). Não se confunda o abuso com o uso prudente e oportuno. O perigo está na aplicação mecânica dos adágios, na obediência cega a dogmas tradicionais, no emprego não pensado e não consciente dos textos romanos: a jurisprudência não pode prescindir do coeficiente pessoal, do critério, do raciocínio. Cumpre verificar qual foi, na origem, o objeto da regra, conhecer o verdadeiro significado da mesma, empregá-la com pleno conhecimento de causa e senso da oportunidade, restringi-la aos casos que efetivamente abrange[121].

A maioria dos brocardos são enunciados em latim, embora nem sempre eles provenham do direito romano. Na Idade Média e no Renascimento foram criados inúmeros adágios, em língua latina, mas é certo que a maior parte deles vem do direito romano.

A compilação justiniânea constitui o núcleo desse conjunto. O último título do Digesto (o XVII), *de diversis regulis iuris antiqui*, reúne 211 máximas

[117] MAXILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 240.
[118] DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1°, trad. de Ramón Serrano Suñer e José Santa-Cruz Teijeiro, Madri: Reus, s/data, p. 134.
[119] SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito brasileiro*, 1° vol., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 384.
[120] FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 261.
[121] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, cit., p. 242.

colhidas nos escritos de antigos jurisconsultos. Nesse florilégio oficial, os jurisconsultos mais citados são Paulo, com 67 transcrições, e Ulpiano, com 61. Diversos fragmentos são de autoria de Pompônio (15), Gaio (15), Papiniano (10), Celso (9), Juliano (6), Modestino (4), Marcianus (1).

As máximas se caracterizam por sua concisão e generalidade: quanto a esta, é de lembrar que no início do adágio a palavra *nemo* aparece 14 vezes; *omnis*, *omnes*, *omnia* 8 vezes; *semper*, *quotiens*, *nulla*, *nullum*, *nihil* são frequentes. As regras tratam de todos os temas jurídicos, em particular a ação judicial e o processo, o testamento e a sucessão, a interpretação das leis e das declarações de vontade (20), as obrigações, os atos ilícitos (21), os danos, a fraude, o furto, a coação, a venda, a posse, a prescrição, o *status libertatis* ou a condição social (22). Interessando ao direito, muitos adágios derivam da lógica e do bom senso (*in toto et pars continetur*, Gaio; *semper speciali generalibus insunt*, Gaio). Trata-se de enunciados que condensam o que há de mais profundo na ciência do direito (= *iurisprudentia*), produtos de uma elaborada reflexão.[122]

São encontrados em escritos de juristas brasileiros adágios redigidos em francês; por exemplo: *en fait de meubles possession vaut titre* = quando se trata de móveis a posse equivale a título (de propriedade); *pas d'interêt pas d'action* (a falta de legítimo interesse acarreta a carência de ação); *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo).

Embora não gozem mais do prestígio que outrora desfrutaram, os adágios ainda são empregados. São inúmeros os repertórios que os divulgam. Apenas como exemplo, citam-se os de Tassilo Orpheu Spalding[123], Paulo Rónai[124] e Dirceu A. Victor Rodrigues[125]. Casos há em que um adágio se torna objeto de teses ou de estudo doutrinário profundo; por exemplo, o estudo de Tzarano[126].

Os adágios podem ser classificados em duas grandes categorias: 1ª – adágios que veiculam o direito; 2ª – adágios que servem ao direito (para, meta ou suprajurídicos).

Adágios que veiculam o direito.

Verdadeiros adágios jurídicos expressam uma norma jurídica e podem ser divididos de acordo com a finalidade que buscam alcançar; adágios que veiculam regras técnicas; princípios gerais; diretrizes de interpretação e explicações fundamentais. Vejamos exemplos de cada um deles.

a) Regras técnicas

Pela precisão de seu objeto, os adágios que enunciam estas regras se assemelham às disposições legislativas, das quais se distinguem apenas pela forma. Dizem respeito à ação judicial, à prescrição, ao processo em geral. Ex.: *Ne procedat iudex ex officio*.

---

[122] CORNU, Gérard. *Linguistique juridique*, Paris: Montchrestien, 1990, p. 359 e segs.
[123] SPALDING, Tassilo Orpheu. *Pequeno dicionário jurídico de citações latinas*, São Paulo: Saraiva, 1971.
[124] RÓNAI, Paulo. *Não perca o seu latim*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.
[125] RODRIGUES, Dirceu A. Victor. *Dicionário de brocardos jurídicos*, 6ª ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1970.
[126] TZARANO, Grégoire J. *Étude sur la règle*: Nemo auditur propriam turpitudissem allegams, Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, s/ data.

b) Princípios gerais

São verdadeiras máximas que, pela generalidade e pelo alcance, constituem-se em preceitos de ordem superior. Ex.: *Pacta sunt servanda.*

c) Diretrizes de interpretação

Trata-se de princípios jurídicos de interpretação, que orientam o jurista na tarefa de interpretar a lei. Ex.: *Ubi eadem ratio, idem ius.*

d) Explicações fundamentais

São sentenças que explicam o direito. Têm origem doutrinária, mas exprimem opiniões consagradas. Ex.: *Forma dat esse rei.*

Estes adágios não veiculam normas jurídicas *stricto sensu*, mas são úteis ao direito. Embora compostos de elementos exteriores ao direito, contribuem para sua compreensão e sua realização, pelas ideias e valores que exprimem. São: a) máximas superiores; b) conselhos práticos; c) máximas de sagacidade; d) evidências lógicas; e e) notas de valor.

a) Preceitos superiores

Estes adágios exprimem ideias que elevam o direito, ligados à moral, ao direito natural ou a outras fontes de valor. Compreendem dois grupos: I – máximas de equidade; II – máximas que comportam uma concepção do direito.

I) Máximas de equidade

Preconizam a realização da justiça e o equilíbrio. Ex.: *Ubi emolumentum, ibi onus.*

II) Máximas que contêm uma concepção do direito

Caracterizam ou definem o direito. Ex.: *Ius est ars boni et aequi.*

b) Conselhos práticos

Exprimem dados da experiência, observações de sabedoria popular. Ex.: *Verba volant, scripta manent.*

c) Máximas de sagacidade

Semelhantes aos anteriores, caracterizam-se pelo realismo e pelo pragmatismo. Passam por verdades de experiência e tratam principalmente da prova. Ex.: *Idem est non esse et non probare.*

d) Evidências lógicas (axiomas)

Sua força provém da evidência no sentido comum, mas encontram notáveis aplicações. Ex.: *Sublata causa, cessat effectus.*

e) Notas de valor

Enunciam julgamentos de valor sobre fatos e atos, mais geralmente sobre situações e comportamentos de diversa consideração. Ex.: *En fait de meubles, possession vaut titre*[127].

[127] CORNU, Gérard. *Linguistique juridique*, cit., p. 369 e segs.

7 Direito romano

O direito romano não constitui um sistema. Consta de uma enorme coleção de textos de riqueza incomensurável, não raramente heterogêneos ou contraditórios, que se estende por mais de seis séculos. O jurista contemporâneo fala de sistema, mas em latim clássico esta palavra não é usada, a não ser nas acepções técnicas referentes à métrica e à música. Em uma tradução de Cícero de texto grego, em que se emprega o substantivo *sistema*, lê-se o verbo latino *constare*. O fato se deve à tendência, típica do latim clássico, de evitar abstrações. Aqui, tem pleno cabimento lembrar o alvitre de Antonio Manuel Hespanha, que censura a tendência de alguns historiadores para impor ao passado os paradigmas do presente. A deformação do passado pela utilização de categorias vigentes na época do escritor merece condenação[128].

Os juristas romanos evitavam o uso do termo abstrato *sistema*, como totalidade coerente, para designar o material objeto de seu estudo[129].

Ao falar de direito romano, é de rigor abandonar o cômodo artifício de considerá-lo um bloco monolítico; cumpre não perder de vista as diversas fases de seu desenvolvimento.

O gênio eminentemente prático dos romanos fez do direito, ao contrário de outras legislações primitivas, um domínio distinto da religião e da moral. Há um direito religioso: é o *fas*; e há um direito profano independente do *fas*, que é o *ius* (*iura*). Feito pelos homens, o ***ius*** não é obra de uma vontade superior, infalível e imutável. Produto das necessidades sociais, ele se modela ao sabor das transformações sofridas pelo ambiente sobre o qual incide[130].

É natural que o direito privado reflita as características do espírito romano. Como ser pragmático por excelência, o romano não vê na regra jurídica a expressão de um alto valor moral, mas ele a acata porque, avisadamente, percebe sua vantagem imediata. A utilidade é para ele a fonte e a justificação do direito. Horácio, que não era jurista, mas um poeta fortemente imbuído de noções jurídicas, diz claramente: *utilitas iusti prope mater et aequi*: a utilidade é, por assim dizer, a mãe da justiça e da equidade[131].

As fontes do direito variam, segundo as diversas fases da evolução histórica.

No antigo direito romano, a fonte por excelência é o costume: como todo direito arcaico, é essencialmente consuetudinário: *mos maiorum*, *consuetudo*. Na República, a lei entra em concorrência com o costume como fonte do direito. Citam-se algumas leis importantes: a famosa lei das XII tábuas, de 451-449 a. C.; a *lex* Cinnia (204 a. C.) sobre as doações; a *lex* Furia (cerca de 200 a. C.) sobre testamentos; a lex Atilia (186 a. C.) em matéria de tutela; a *lex* Aquilia (por volta do século III a. C.), que sancionava como delito privado o *damnum*

[128] HESPANHA, Antonio Manuel. Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime. In: HESPANHA, A. M. (org.). *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*, Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 1984, p. 25.
[129] LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*, vol. 1, trad. Carlo Alberto Dastoli, São Paulo: Martins Fortes, 2008, p. 15-22.
[130] MAY, Gaston. *Éléments de droit romain*, 7ª ed., Paris: Librairie de a Société du Recusil Général, 1901, p. 13.
[131] Horácio. *Sátiras*, I, 3, 98.

iniuria datum; a lex *Julia de adulteriis*. Outras fontes são os senátus-consultos e os éditos dos magistrados[132].

No direito clássico (que se estende do século II a. C. ao fim do século III d. C.) subsistem as fontes do período anterior, mas surgem duas novas fontes: as constituições imperiais e as respostas dos jurisconsultos[133].

O direito romano do Baixo Império desenvolve-se dos séculos IV a VI da nossa era. Nesta fase, registram-se os primeiros esforços de codificação, que culminam com a compilação ordenada pelo imperador Justiniano. O conjunto das coletâneas, ao qual mais tarde se deu o nome de *Corpus Iuris Civilis*, compreende quatro partes: o Código (*Codex Justiniani*), o Digesto (*Digestas* ou *Pandectas*), as Instituições (*Institutiones Justiniani*) e as Novelas (*novellae* ou leis novas)[134].

Cabe lembrar que as fontes do direito romano estão relacionadas em dois textos. Papiniano: *Ius autem civile est, quod ex legibus plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, autoritate prudentium venit. Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt, adiuvandi vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam: quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatur.* Assim, o direito civil é o que deriva das leis, dos plebiscitos, dos senátus-consultos, dos decretos dos príncipes, da autoridade dos jurisconsultos. O direito pretoriano é o que os pretores introduziram para interpretar, integrar ou corrigir o direito civil, em razão da utilidade pública: o qual também se designa por honorário, em honra dos pretores[135]. Gaio: *Constant autem iura ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium.* Assim, o direito consiste das leis, dos plebiscitos, dos senátus-consultos, das constituições dos príncipes, dos éditos daqueles que têm o direito de promulgá-los, das respostas dos jurisconsultos[136].

Interessam-nos aqui, particularmente, as respostas dos jurisconsultos, assim definidas nas Instituições de Gaio: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum est iura condere.* As respostas dos jurisconsultos são os pareceres e as opiniões daqueles que têm permissão de constituir o direito[137]. Como explica Ebert Chamoun, a atividade dos jurisconsultos consistia em *respondere*, isto é, responder às consultas jurídicas, *agere* ou dirigir os processos, e *cavere* ou redigir os atos jurídicos[138].

Os romanos faziam alto conceito daqueles que se consagram ao direito, a seu ensino e a sua aplicação. O direito é para eles a arte do bom e do justo[139] e aqueles que a ele se consagram exercem uma espécie de sacerdócio[140]. Segundo Stammler, o mais belo e mais grandioso em sua obra está no seu talento para

[132] GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*, 5ª ed., Paris: Arthur Rousseau, 1911, p. 34.
[133] PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano*, t. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Edit. Fortaleza, 1950, p. 89.
[134] GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*, 3ª ed., trad. A. M. Hespanha, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 92.
[135] D. 1, 1, *de iustitia et iure*, 7, pr. e § 1.
[136] Institutiones, 1, 2.
[137] Institutiones, 1,7.
[138] CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 35.
[139] D. 1, 1, de *iustitia et iure*, pr. (Celso, cit. por Ulpiano).
[140] D. 1, 1, de *iustitia et iure*,1, § 1.

encontrar sempre nos casos controvertidos a solução que na situação litigiosa dita o direito justo[141]. A duração milenar do direito romano se deve, ao ver de Rafael Bielsa, ao alto valor de suas sentenças ou máximas, pois não sobrevive às transformações sociais, políticas e econômicas um princípio jurídico que não encontre apoio consistente no justo e no moral, ostentando vitalidade em face das modificações que os acontecimentos e os tempos impõem a todas as coisas[142].

Sem dúvida, os juristas romanos não elaboraram teorias abstratas sobre a justiça. O justo em geral não constituía objeto do seu labor, ao contrário do que sucedera com os filósofos gregos, que teorizavam o justo. Os romanos eram práticos: interessava-lhes a solução do caso concreto. Por isso, pode-se falar em ordenamento jurídico em Roma, mas não em sistema de direito romano. Sistema do direito romano (Saviagny) é criação do século XIX[143].

Descabe, no direito romano, falar em exegese das leis, porém, mais propriamente, em inteligência e interpretação dos costumes. Pompônio, em passagem bem conhecida, esclarece: *Ita in civitate nostra, aut iure, id est, lege constituitur: aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*. É assim que, em nossa cidade, o direito se constitui de leis, porém, o direito civil em sentido próprio consiste, na ausência de toda lei escrita, naquilo que somente resulta do trabalho de interpretação dos jurisconsultos[144]. Não se admite, portanto, que as sentenças sejam deduzidas das leis, isto é, que as decisões derivem do direito concebido como um sistema legislativo. As leis e o direito configuram esferas distintas, embora as primeiras possam interferir. No Digesto, os dois primeiros títulos do livro I são dedicados aos princípios do *ius*, e, depois deles, vem um terceiro, separado, relativo às leis e ao costume (*de legibus, senatusque consultis et longa consuetudine*). É neste título que se encontra a definição de *lex*, segundo Papiniano: *Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultam: delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, communis reipublicae sponsio*. A lei é um preceito geral, deliberação de homens sábios: repressão dos delitos, cometidos intencionalmente ou por ignorância, compromisso comum da república[145]. O trabalho dos jurisconsultos tem por efeito a produção de definições e de regras jurídicas gerais, conferindo ao direito forma escrita[146].

O direito romano é, assim, axiomático: não deduz a solução das controvérsias de regras estabelecidas de antemão. Como se lê em Paulo: *non ex regula ius sumatur*[147]. Não procede de cima para baixo, a partir de normas fixadas pelo legislador sábio e onisciente. Não é um direito legalista. Utiliza um número reduzido de leis e nele nada se encontra que possa assemelhar-se aos códigos modernos. O raciocínio dedutivo é moderadamente empregado, o que ocorre apenas quando, a título auxiliar, atende às determinações precisas do direito legislado. O método utilizado pelos juristas romanos é o casuístico, proferindo

[141] STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofía del derecho*, trad. W. Roces, México: Edit. Nacional, 1974, p. 29.
[142] BIELSA, Rafael. *Los conceptos jurídicos y su terminología*, 3ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 266.
[143] FERRAZ, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito*, São Paulo: Atlas, 1988, p. 35 e 166.
[144] D. 1, 3, de origine *iuris et omnium magistrum et su cessione prudentium*, 12.
[145] D. 1, 3, de *legibus senatus que consultis et longa consuetudine*, 1.
[146] VILLEY, Michel. *Sentusque Le droit et les droits de E'homme*, Paris: PUF, 1990, p. 65.
[147] D. 50, 17, *de diversis regulis iuris antiqui*, 1.

em cada caso a sentença não de acordo com os ditames da lei, mas segundo o que impõem a natureza das coisas e as opiniões dos jurisconsultos. Já houve quem dissesse que o direito romano apresenta uma estrutura casuística[148]. Por esse motivo, Francisco Amaral ensina que o direito romano foi um direito dos juristas, na medida em que, sendo quase inexistentes os textos legais, eles decidiam os casos que lhes eram apresentados e para os quais eram chamados a dar respostas (*responsa*) ou decisões (*sententiae*). O processo de decisão jurídica tomava-se, então, a partir do caso, não de uma lei ou regra preexistente (...). O pensamento jurídico romano era, assim, um pensamento problemático, pois constituía o direito, a norma jurídica, a partir de um problema e com uma determinada técnica (*techne*) formada de princípios e proposições[149].

No desenvolvimento de sua atividade, que, como vimos, consistia em responder às consultas jurídicas (*respondere*), dirigir os processos (*agere*) e redigir os atos jurídicos (*cavere*), ou seja, ao proferirem as respostas às consultas (*responsa*) ou decisões (*sententiae*), os jurisconsultos romanos deveriam, à míngua de textos legais preexistentes, inspirar-se em princípios, valores ou critérios, como a *bona fides*, a *aequitas*, a *utilitas*.

Convém notar que, sendo o direito romano um direito jurisprudencial, não se obriga, contudo, a observar os precedentes, isto é, as decisões anteriores dos juízes. É, mais propriamente, um *Juristenrecht* do que um *judge made law*. Distancia-se, então, do direito anglo-norte-americano, no qual os precedentes judiciais são considerados fontes formais do direito. Neste sistema jurídico, a regra do *stare decisis* significa que um caso anterior deve servir de norma para o posterior que lhe seja equiparado[150]. Já o direito romano não pode ser considerado um direito de precedentes, embora, no exercício do *ius respondendi*, os jurisconsultos romanos levassem em conta a força jurídica das *responsa* anteriores, que não poderiam deixar de exercer certa influência sobre as sentenças futuras a serem pronunciadas[151].

8 Principia, praecepta, regulae iuris

Ante o exposto acima (item 7, supra), cabe indagar se o direito romano conheceu princípios jurídicos e, em caso afirmativo, se a concepção romana coincide com a atual. Para tentar dar uma resposta, seria de rigor distinguir as expressões princípios jurídicos e princípios gerais de direito? é sustentável a tese de que os *pracepta iuris* de Ulpiano[152] e das Instituições de Justiniano[153] constituem princípios gerais do direito? Neste caso, seriam princípios exteriores, anteriores ao direito positivo, porquanto relacionados com a lei

[148] VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris: PUF, 2003, p. 429.
[149] AMARAL, Francisco. Princípios fundamentais do direito contratual brasileiro. Marcas romanas (separata de *O sistema contratual romano*: de Roma ao direito actual), Lisboa: Coimbra Editora, 2010, p. 424.
[150] BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito*, trad. Enéas Marzano, Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 409.
[151] HAMZA, Gábor. *La formación del Derecho Privado Europeo y la tradición del Derecho Romano*. In: Revista Brasileira de Direito Comparado, nº 39, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2011, p. 124-125.
[152] D. 1, 1, *de iustitia et iure*, 10, § 1.
[153] I. 1,1, *de iustitia et iure*, § 3.

natural, entendendo-se que este *ius naturale* não consiste em um direito superior (por exemplo, de origem divina), mas representa unicamente o conjunto das normas de conteúdo moral que governam a vida dos homens em sociedade. Pode-se igualmente afirmar que as diversas *regulae iuris* contidas no último titulo do último livro do Digesto[154] exprimem princípios jurídicos, no sentido de soluções jurídicas geralmente aceitas.

8.1 Principium

O vocábulo *principium* quase não é empregado pelos juristas romanos. Quando o é, contém a ideia de: primazia, o que vem em primeiro lugar, os primeiros elementos. Por exemplo: as primeiras palavras de um interdito possessório. Lê-se nas Instituições de Gaio: *Interdicto, cuius principium est QUORUM BONORUM...*[155]*; ou, ainda: Interdictum cuius principium est UNDE TU ILLUD VI DEJECISTI*[156]. O primado pode aludir a uma precedência cronológica, mas também conceitual, como se lê em Cícero (*De Legibus*): *ita principem legem*, referindo-se à lei natural que os deuses deram aos homens, pois que esta não é uma invenção humana nem uma decisão arbitrária dos povos, mas um princípio eterno que governa o mundo inteiro e indica o que convém permitir ou proibir[157].

Da ideia de primado ou anterioridade deriva a que empresta a *principium* o significado de causa eficiente de um fenômeno, ou seja, uma causa primeira suscetível de produzir efeitos. Neste sentido, também pode ser encontrado o emprego de *causa* e *fons*.

Cícero usa frequentemente *principium* com o significado de origem, começo. Assim é que vê na família o *principium* da cidade e o seminário da sociedade: *Id autem est principium urbis et quase seminarium reipublicae*[158]. Na origem, os princípios naturais (*naturae principia*) da comunidade e da sociedade humana residem na razão e na linguagem[159]. O homem é qualificado de *principium reliquarum rerum*, isto é, a razão de ser de todas as outras coisas: *Nunc quoniam hominem, quod principium reliquarum rerum esse voluit...*[160].

Aplicada ao domínio do direito, essa acepção leva Cícero a sustentar que, para formar o verdadeiro conhecimento do direito, é preciso começar por estudar os seus princípios. A ignorância, e não o conhecimento do direito, é que causa os processos: *potius ignoratio iuris litigiosa est quam scientia*[161]. É necessário examinar os princípios do direito: *nunc iuris principia videamus*[162]. Onde encontrar esses princípios que fundamentam o direito? No estudo da lei, que pode ser definida como a razão suprema gravada na natureza do homem, ditando-lhe o que deve fazer e proibindo-lhe o que deve ser evitado: *ut idem definiunt, lex est*

[154] D. 50, 17, *de diversis regulis iuris antiqui*.
[155] GAIO. *Instituições*, III, 34.
[156] Id., IV, 154.
[157] CÍCERO. *De Legibus*, III, 4 e 8.
[158] CÍCERO. *De Officiis*, I, 17, 54.
[159] Id., I, 16, 50.
[160] CÍCERO. *De Legibus*, I, 9, 27.
[161] Id., I, 6, 18.
[162] Id., ib.

ratio summa, insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria[163]. É a lei que permite distinguir as coisas justas das injustas, expressando-se conforme a natureza antiga e primordial do mundo, a partir da qual se regem as leis dos homens, que punem os maus e tomam a defesa e a proteção dos homens de bem: *Ergo est lex iustorum iniustorumque distinctio, ad illam antiquissimam et rerum omnium principem expressa naturam, ad quam leges hominum diriguntur, quae supplicio improbos adficiunt, defendunt ac tuentur bonos*[164].

Os princípios jurídicos, suas raízes, devem ser descobertos na natureza: *stirpem iuris a natura*[165]. Ela ensina aos homens que nascemos para a justiça e que o direito se funda não no acordo entre os homens mas na própria natureza: *nos ad iustitiam esse natos, neque opinione sed natura constitutum esse ius*[166]. O direito deriva do princípio de sociabilidade: a natureza nos criou para participarmos uns com os outros e para pormos o direito em comum entre todos nós: *sequitur igitur ad participandum alium cum alio communicandumque inter omnes ius natura esse factos*[167]. Pois a quem a razão foi dada pela natureza, a estes também foi dada a justa razão; portanto, a lei, que é a justa razão quando ordena ou proíbe: *quibus enim ratio a natura data est, isdem etiam recta ratio data est; ergo et lexx, quae est recta ratio in iubendo et vetando*[168].

Os textos de Cícero acima transcritos demonstram que, em seu ensinamento, *principium* tem por função fundamentar uma ciência ou uma instituição, mas não designa aquilo que estrutura um conjunto organizado (sistema). Por outro lado, Cícero entende que é no íntimo da filosofia que se deve buscar o conhecimento do direito e não no édito do pretor ou na lei das doze tábuas (ou seja, no direito tal como existe): *non ergo a prastoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim tabullis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas*?[169]

8.2 Praeceptum (a).

Em sentido não especificamente jurídico, *praeceptum* designa de modo geral aquilo que ocupa o primeiro lugar, o que vem primeiro, de acordo com a etimologia (*prae*, antes, na frente, com sentido de preferência, anterioridade + *capere*, tomar). Deste primeiro sentido decorre um segundo: são preceitos os fundamentos de uma doutrina, de um pensamento. Cícero, por exemplo, salienta que o convívio com os filósofos dá a oportunidade de se instruir com os seus preceitos e sua doutrina: *abundare oportet praeceptis institutisque philosophiae*[170]. É ainda Cícero quem afirma que os preceitos dos retores devem ser observados na conversação: *contentionis praecepta rhetorum sunt*[171].

[163] Id., ib.
[164] Id., II, 5, 13.
[165] Id., I, 6, 20.
[166] Id., I, 10, 28.
[167] Id., I, 12, 33.
[168] Id., ib.
[169] Id., I, 5, 17.
[170] CÍCERO. *De Officiis*, I, 1, 1.
[171] Id., I, 37, 132.

Esses ensinamentos podem ser considerados como um modelo de ação: *quod positum est in praeceptis, quibus in omnes partes usus vitae conformari possit* (regras às quais devemos a cada instante nos conformar), como diz Cícero[172].

Na linguagem jurídica, o termo conserva esses significados, como se vê nas Instituições de Justiniano, que explicam, depois de fixar a noção de direito público (*quod ad statum rei publicae spectat*) e de direito privado (*quod ad singulorum utilitatem pertinet*), que este último é tirado dos preceitos do direito natural, do direito das gentes e do direito próprio de cada cidade: *dicendum est igitur de iure privato, quod tripertitum est: collectum est enim ex naturalibus praceptis aut gentium aut civilibus*[173].

Em outra passagem, as Instituições assimilam *praeceptum* à lei: no que concerne ao casamento, precisam que justas núpcias são aquelas contraídas entre cidadãos romanos que se unem na conformidade dos preceitos, das regras estabelecidas pelas leis: *iustas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt*[174].

Muitas vezes, o vocábulo *praeceptum* assume o significado de comando, ordem ou injunção. Neste caso, a força imperativa de *praeceptum* não sofre contestação. É o caso de inúmeras constituições coligidas no Código de Justiniano, nas quais o termo contém a ordem ou comando imperativo dirigido pelo imperador a um subordinado, a decisão ou deliberação tomada pelo soberano e que ele ordena seja aplicada. A título de exemplos, entre muitos outros podem ser lembrados: *ex praecpto nostro competenter observet*[175]; *ut praecepta nostra contemnat*[176]; *praeceptus est imminere*[177].

Outro emprego do termo, na expressão *praecepta iuris*, suscita debates. Um dos primeiros fragmentos do Digesto[178], reproduzido nas Instituições de Justiniano[179], indica que os preceitos do direito (*praecepta iuris*) são os seguintes: viver honestamente (*honeste vivere*), não lesar outrem (*alterum non laedere*) e atribuir a cada um o que lhe é devido (*suum cuique tribuere*). Os dois primeiros preceitos aplicam-se a todos os compartimentos da vida e do comércio jurídico, enquanto o terceiro parece aludir à prática judiciária.

Como traduzir a expressão *iuris praecepta*? Pode dizer-se que se trata de preceitos jurídicos, vale dizer, de natureza jurídica, integrados no direito, impondo-se ao juiz ou ao intérprete de maneira imperativa? Ou, pelo contrário, deve-se traduzir por preceitos do direito, ou seja, ensinamentos situados fora do direito, mas que inspiram sua compreensão?

Uma provável resposta poderia considerar os três preceitos como de caráter extrajurídico, de origem filosófica ou moral. Como esclarece Matos Peixoto, é a moral e não o direito que recomenda o ato honesto; deve-se,

[172] Id., I, 3, 7.
[173] Id., 1, *de iustitia et iure*, § 4.
[174] Id., I, 10, pr.
[175] C. I, 28, 2.
[176] C. I, 40, 6.
[177] C. I, 40, 10.
[178] D. 1, 1, *de iustitia et iure*, 10, § 1 (Ulpiano).
[179] I, 1, de *iustitia et iure*, § 3.

porém, não esquecer que os romanos não faziam distinção nítida entre essas duas disciplinas[180]. Cabe aduzir, ainda que, segundo o próprio Digesto, *non omne quod licet honestum est*: nem tudo que é lícito é honesto[181]. Cícero vê em *non alterum nocere* um dos fundamentos da justiça, mas não do direito: *referri enim decet ad ea, quae posui principio, fundamenta iustitiae: primum, ut ne cui noceatur; deinde, ut communi utilitati serviatur*. Ou seja: devemos guiar-nos pelos princípios fundamentais da justiça, que eu enumerei no começo: primeiro, não causar dano a ninguém; depois, servir ao interesse da comunidade[182].

Como quer que seja, não é possível afirmar, quanto a esses preceitos, sua juridicização. São modelos de conduta, mas não fazem parte do direito positivo. Por exemplo, o *honeste vivere* só pode ser acolhido na prática jurídica por meio de noções que, estas sim, têm valor jurídico: *bona fides, benignitas, humanitas*. Vale observar que os juristas romanos não fundamentam a responsabilidade por inexecução do contrato em qualquer dos citados *praecepta iuris* (por exemplo: *alterum non laedere* ou *suum cuique tribuere*). Eles baseiam essa responsabilidade em noções jurídicas, como a boa-fé: não ultrapassam os limites do direito para legitimar uma noção jurídica por meio de um preceito extrajurídico.

As traduções jurídicas desses preceitos não lhes garantem plena expansão no campo do direito. O *neminem laedere*, por exemplo, não fomenta uma norma jurídica geral que obrigue o causador de um dano a ressarci-lo. O *suum cuique tribuere*, igualmente, não se presta a justificar uma técnica geral de rescisão do contrato por lesão. São, em face do direito, como que elefantes sem tromba.

8.3 Regula e regula iuris

No direito romano, há distinção entre *regula* e *regula iuris*.

Empregado isoladamente, o termo *regula* significa, em primeiro lugar, uma solução jurisprudencial. As *responsa prudentium* são fontes do direito, relacionadas nas Instituições de Justiniano[183], mas são doutrinas não são normas absolutamente imperativas. Por tal motivo, as Instituições falam de *sententiae et opiniones*[184].

Em segundo lugar, *regula* não designa um princípio dotado de alto grau de generalidade, mas o conteúdo de uma lei ou de uma disposição cujo cumprimento é ordenado, por exemplo, em uma constituição de Teodósio: *si legis istius regulas*[185]; em outra constituição: *providentissimae legis igualas excusare debebit*[186].

Ao lado da *regula* – disposição jurídica, o direito romano conhece as regras denominadas *regulae iuris* – regras de direito ou do direito. Os juristas clássicos adotam essa nomenclatura para designar o que aos olhos de hoje

[180] PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano*, cit., p. 177.
[181] D. 50, 17, *de diversis regulis iuris antiqui*, 144 (Paulo).
[182] CÍCERO. *De Oficiis*, I, 10, 31.
[183] I. 2, *de iure naturali, gentium et civili*, § 3.
[184] Id., § 8.
[185] C. 2, 7, *de advocatis diversorum iudiciorum*, 6.
[186] C. 1, 2, *de sacrosanctis ecclesiis*, 10.

poderiam constituir verdadeiros princípios aplicáveis ao conjunto do direito ou um ramo deste, produzindo consequências práticas. Por exemplo, o princípio *ex nudo pacto actio non nascitur* é uma expressão do formalismo contratual romano. Outro exemplo pode ser lembrado, a respeito de legados: *huic proxima est illa iuris regula, falsa demonstratione legatum non pereni*[187]. Ainda outra, sobre testamento: *subtili iuris regulae*[188]. Nas Instituições de Gaio também se lê a expressão *iuris civilis regulam*[189].

Numerosos juristas clássicos escreveram obras consagradas às regras, bastando lembrar, de Ulpiano, os *Fragmenta libri regularum singularis*, conhecidos como Regras de Ulpiano, além das obras citadas no livro 50 do Digesto: Scaevola[190], Modestino[191], bem como o mesmo Ulpiano[192]. O último título do último livro do Digesto é intitulado de *diversis regulis iuris antiqui*.

Ao contrário do que sucede com *principium* e *praeceptum*, o termo *regula* é objeto de definição por um jurista romano. Paulo, logo no fragmento que abre o título 17 do livro 50 do Digesto, escreve: *regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat*. A regra é a explicação, descrição ou comentário exposto brevemente de uma coisa. Paulo continua: por meio da regra, trata-se de formular uma breve exposição das questões: *per regulam igitur brevis rerum narratio traditur*, o que demonstra a vinculação entre a regra e o caso. Acrescenta Paulo que não se tira o direito da regra, mas a regra deve ser formulada a partir do direito tal qual é: *non ut ex regula ius sumatur sed ex iure, quod est, regula fiat*[193]. Segundo Paulo, não convém aplicar cegamente uma regra geral ao caso particular. A atividade do jurista deve consistir em apreciar com minúcia o caso que lhe é submetido e, a partir desta solução – *ius* –, tirar a regra. Nesta fórmula, *ius* designa menos o direito do que a solução dada ao caso[194].

9 Conclusão

Segundo o entendimento de Ch. Perelman, as regras formuladas no Digesto, livro 50, título 17, *de diversis regulis iuris antiqui*, não enunciam princípios jurídicos. Algumas delas representam simples máximas.

Citando W. J. Ganshof van der Meersch, afirma o jurista belga que as máximas jurídicas, também denominadas adágios ou brocardos, são os provérbios do direito. A seu ver, essas fórmulas concisas, breves sínteses resultantes da experiência e da tradição, têm crédito por serem antigas e apresentarem forma lapidar. Do ponto de vista da forma, são fórmulas brilhantes, concisas e convincentes. Quanto ao fundo, exprimem verdades

[187] I. 2, 20, *de legatis*, 30.
[188] D. 28, 2, *de liberis et posthumis heredibus instituendis*, 13 (Juliano).
[189] GAIO. *Instituições*, II, 114.
[190] D. 50, 4, *de numeribus et honoribus*, 5.
[191] D. 50, 7, *de legationibus*, 15 e 16.
[192] D. 50, 16, *de verborum significatione*, 213.
[193] D. 50, 17, *de diversis regulis suris antiqui*, 1.
[194] DE ROUSSIN, David. *Le droit romain a-t-il connu des principes? Sur les significations (possibles) de principia, praecepta et regulae iuris*. In CAUDAUL, Sylvie (sous la dir.). Les principes en droit, Paris: Economica, 2008, p. 127 e segs.

de ordem geral, que não levam em conta as exceções e ignoram a evolução do direito. Grande número de máximas são incompletas, geralmente dúbias, algumas incorretas, em certos casos abertamente contrárias à lei. Dão azo a uma doutrina anônima e imemorial, mas são estranhas ao direito positivo.

Diferem, portanto, por sua própria natureza, dos princípios jurídicos, mas expressam pontos de vista consagrados pela tradição jurídica. Não devem ser, em consequência, descartados pela doutrina atual, na tentativa de conciliar a fidelidade ao sistema com caráter razoável e aceitável da decisão. Sua importância está em fornecer argumentos que permitem evitar soluções injustas ou desarrazoadas, já que, nesta hipótese, afastam-se de considerações que aquelas máximas sintetizam e que se integram em uma visão global do direito como *ars aequi et boni*[195].

É fora de dúvida que o direito romano jamais se ocupou da distinção entre regra, norma, standard ou tópico e que manifestava propensão a desconhecer as fronteiras que a moderna teoria do direito estabelece entre fato e valor, entre o que é (falso ou verdadeiro) e o que deve ser. Entretanto, releva acentuar que não é estranha ao espírito do direito romano (infenso ao positivismo jurídico, tal como hoje o entendemos e como se lê no fragmento de Michel Villey, citado como epígrafe deste estudo) a concepção de princípios jurídicos em sentido normativo. Seria inútil a tentativa de nele encontrar princípios em sentido ontológico (descrição de um objeto ou de uma forma do conhecimento própria da filosofia) ou em sentido lógico (axiomas ou sistema de normas ou regras construído pela razão, extraído da ciência do direito). Mas não seria injurídico afirmar a existência de princípios com caráter de norma jurídica, prescrevendo um dever-ser (ponto de vista normativo, emanado apenas do Direito).

Em muitas das *regulae iuris* relacionadas no título 17 do livro 50 do Digesto encontram-se enunciados aos quais pode ser atribuído caráter princípiológico, porque resultam de raciocínio abstrato, não extraído *ex nihilo*, mas que, pelo contrário, encontram apoio em soluções casuísticas próximas uma das outras. São eles fruto de acumulação e de sedimentação de soluções repetidas, das quais é extraído, por decantação, o essencial, daí seu caráter sintético e lapidar. Trata-se de proposições de natureza verdadeiramente jurídica, como, por exemplo, a regra *res iudicata pro veritate acciptur*[196]. O que, em certos casos, poderia parecer um truísmo, uma verdade evidente, é, na realidade, uma construção intelectual consciente e útil, como na regra *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*[197] ou, em outra formulação, *quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest*[198]; o que não é válido no começo, não o será com o correr do tempo. O mesmo se pode dizer da regra *in toto et pars continetur*[199]: o todo abrange a parte.

As *regulae iuris* obedecem a um tipo de raciocínio racional e são elaboradas com determinada finalidade: esclarecer e fixar o sentido e a

[195] PERELMAN, Ch. *Logique juridique - nouvelle rhétorique*, 2ª ed., Paris: Dalloz, 1979, p. 86-87.
[196] D. 50, 17, 207 - Ulpiano.
[197] D. 50, 17, 29 - Paulo.
[198] D. 50, 17, 210 - Ulpiano.
[199] D. 50, 17, 113 - Gaio.

aplicação das normas jurídicas. É fora de dúvida que numerosas *regulae iuris* estabelecem, na realidade, programas de ação, como a fórmula pretoriana *pacta sunt servanda*, a *regula libertas inestimabilis res est*[200], da qual se aproxima a regra que declara *libertas omnibus rebus favorabilior est*[201]: a liberdade é uma coisa inestimável; a liberdade é a mais valiosa entre todas as coisas. Quando o Digesto dispõe que *iura sanguinis nullo iure civile dirimi possunt*[202] – o direito civil não pode derrogar o direito de sangue, faz uma promessa que incumbe ao juiz executar, embora não diga como fazê-lo. A regra segundo a qual, no dizer de Modestino, deve-se sempre considerar nos casamentos não somente o que é permitido mas também o que é honesto: *semper in coniunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum est*[203] sem dúvida endereça ao juiz uma indicação geral, talvez com o intuito de concretizar um dos preceitos do direito: *honeste vivere*. Outros fragmentos do Digesto ilustram essa ideia, como, por exemplo, *nemo de domo sua extrahi debet*: ninguém deve ser tirado de sua casa[204], formulado como regra geral, resultado da redução do fragmento *sed etsi is qui domi est interdum vocari in ius potest, tamen de domo sua extrahi debet*[205] – embora em certos casos alguém possa ser citado em casa para comparecer em juízo, todavia ninguém deve ser tirado de sua casa.

Numerosas *regulae iuris* têm caráter programático, como, por exemplo, *nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest* – a ninguém é dado melhorar sua condição com a prática de um delito[206]; *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* – ninguém pode transferir a outrem mais direitos do que ele próprio tem[207], regra que serve para reger os casos de aquisição *a non domino*; *nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt* – ninguém parece fraudar os que sabem e consentem[208]. Dessas regras, pode o juiz retirar consequências práticas nas diversas situações submetidas a sua apreciação.

Quando Paulo afirma que *nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*[209], recomenda ao juiz que, ao decidir o conflito, verifique se aquele cujo ato produziu consequências danosas agiu de maneira juridicamente justificável. Sem dúvida, ver na regra jurídica um programa que incumbe ao intérprete pôr em prática equivale a considerá-la um modelo, apto a conduzi-lo na busca da melhor solução para o caso submetido ao seu julgamento.

Algumas *regulae iuris* atuam como indicativos na interpretação dos atos jurídicos, guido a mão do juiz em sua tarefa judicante : *in re danbia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius este quam tutius* – em matéria duvidosa, não só é mais justo como também mais seguro adotar o que é mais benigo[210].

[200] D. 50, 17, 106 – Paulo.
[201] D. 50, 17, 122 – Gaio.
[202] D. 50, 17, 8 – Pompônio.
[203] D. 50, 17, 197 – Modestino.
[204] D. 50, 17, 103 – Paulo.
[205] D. 2, 4, 21 – Paulo.
[206] D. 50, 17, 134, § 1 – Ulpiano.
[207] D. 50, 17, 54 – Ulpiano.
[208] D. 50, 17, 145 – Ulpiano.
[209] D. 50, 17, 151 – Paulo.
[210] D. 50, 17 , 192, § 2 – Marcelo.

Ulpiano ensina que, sempre, as cláusulas obscuras se interpretam *a minima*: *sempre in obscuris quod minimum est sequimur*[211], no que é seguido por Modestino: *expressa nocent, non expressa non nocent* – as coisas expressas prejudicam, as não expressas, não[212]. Segundo Paulo, em causa igual, o possuidor deve ter preferência: *in pari causa possessor potior haberi debet*[213].

É nessa linha de raciocínio que Cícero emprega a palavra *regula*, para designar um modelo de ação propósito da moral e da utilidade, pois, ambas devem submeter-se à mesma regra: *atqui in talibus rebus aliud utile interdum, aliud honestum videri solet. Falso: nam eadem utilitatis quae honestitatis est regula* (em tal caso, parece que a moral esteja de um lado, o interesse em outro. Errado: a regra é a mesma para os dois)[214]. Ou seja: a moral e o interesse (utilidade) devem submeter-se à mesma *regula*, ao mesmo modelo de comportamento, de sorte que não se deve considerar separadamente o bem e a vantagem, salvo para abrir caminho para a fraude e a desonestidade.

Tais *regulae iuris* têm existência secular: no decurso do tempo, elas se fixam, passam de uma geração de autores a outra, adquirem antiguidade e força persuasiva, são aceitas por todos, pacificamente. Em certos casos, elas são qualificadas como regras constantes, caracterizadas por sua generalidade e certeza, como sucede a propósito das ações penais, com a regra constante das Institutas de Gaio[215] assim como das Institutes de Justiniano[216] tida por *certissima*: o superlativo revela o valor obrigatório e normativo da regra: *est enim certissima regulae*. O princípio *ex nudo pacto*, que remonta à época clássica, é referido por inúmeras constituições imperiais, citando-se, como exemplos, a dos imperadores Diocleciano e Maximiano[217] e a dos imperadores Severo e Antonino[218]. O princípio que veda a retroeficácia da lei acha-se claramente enunciado por Teodósio e Valentiniano: *leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotts, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum est* – é certo que as leis e as constituições dão forma aos negócios futuros e não retrocedem aos fatos passados, a menos que disponham expressamente sobre o tempo pretérito e negócios ainda pendentes[219]. Gaio ensina que, além das leis *stricto sensu*, é necessário que o contrato observe, de maneira mais geral, as regras do direito civil, ou seja, as *iuris civilis regulae: contra iuris regulae pacta conventa non habentur* – não são válidos os pactos convencionados contra as regras de direito civil[220]. Teodósio e Valentiniano dispõem que age contra a lei aquele que, atendo-se demais aos seus termos, procura destruir seu espírito: *non dubium est in legem comittere eum qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem* –

[211] D. 50, 17, 9 – Ulpiano.
[212] D. 50, 17, 195 – Modestino.
[213] D. 17, 128 – Paulo.
[214] CÍCERO. *De Oficiis*, III, 18, 74.
[215] GAIO. *Institutas*, IV, 112.
[216] JUSTINIANO. *Institutas*, IV, 12, § 1.
[217] C. 4, 65, 27.
[218] C. 5, 14, 1.
[219] C. 1, 14, 7.
[220] D. 2, 14, 28 – Gaio.

sem dúvida transgride a lei quem, apoiando-se nas palavras da lei, esforça-se contra o espírito da lei[221]. De conformidade com os antigos princípios jurídicos, os imperadores ordenam igualmente que sejam tidos por inválidos os pactos celebrados contrariamente aos bons costumes: *secundum veteres itaque regulas sancimus, omnimodo huismodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli*[222].

Ao relacionarem as *regulae iuris* contidas no Digesto (livro 50, título 17), tinham os juristas romanos o propósito de formular princípios atos a se inscreverem em um sistema jurídico completo e ordenado? Seguramente, não. Cícero tentou redigir um tratado de direito civil metodicamente organizado, projeto que, a crer em Quintiliano e Aulo Gélio, chegou a executar em parte. Diz ele: ... *ius civile, quod nunc diffusum et dissupatum esset, in certa genera coacturum et ad artem facilem redacturum* – reunir os elementos do direito civil, atualmente esparsos e disseminados, classificá-los em categorias determinadas e formar um sistema fácil e claro[223]. Não logrou ele, porém, tornar realidade essa ideia, nem ele nem qualquer dos juristas romanos.

Não obstante, a relação dos *praecepta* e das *regulae iuris* pode dar ensejo à formação de um conjunto construído e ordenado, que teria por finalidade instaurar o reinado dos valores éticos dos bons pais de família (*boni viri*) e da equidade (*aequitas*), vale dizer, o equilíbrio nas relações jurídicas, como expressou Celso, no começo do século II de nossa era, em sua famosa síntese: *ius est ars boni et aqui*, na qual se pode lobrigar em *ars* o significado de um todo formado de partes logicamente coordenadas. Em certos contextos, *ars* indica um corpo de doutrina, um sistema (como no texto de Cícero acima citado, no qual *ars* – em acusativo, *artem* – é traduzido por sistema). Na fórmula de Celso, *ars* significa realização prática e, em consequência, o direito é a realização prática do bem comum (*bonum*) e da distribuição da justiça (*aequm*)[224]. Explica-se: para os romanos, não era a ação que protegia o direito, mas o inverso: a *actio* dava vida ao direito. Tendo em vista o aspecto processual, era natural que o direito romano visse no direito uma realização prática – *ars*.

É certo que as *regulae iuris* não tinham o mesmo alcance nem exerciam idênticas funções. Nem todas elas foram formuladas como proposições normativas. Na verdade, não podem ser reunidas num grupo homogêneo. Elas se classificam em três categorias: 1ª – proposições explicativas, que têm por finalidade eliminar as divergências doutrinárias e judiciais como que fixando uma interpretação autêntica; 2ª – diretivas endereçadas ao juiz para orientá-lo na tarefa de decidir os casos submetidos à sua apreciação (portanto, mais cogentes do que os três *praecepta iuris* de Ulpiano e das Institutas, que têm caráter pré-normativo); 3ª – verdadeiras normas positivas (imperativas ou supletivas). As últimas, por serem abstratas por sua generalidade, podem, de certa forma, ser assimiladas a princípios jurídicos, tais como os entendemos na atualidade, embora a noção de princípio, neste sentido, seja estranha ao direito romano.

[221] C. 1, 14, 5.
[222] C. 2, 30, 3.
[223] CÍCERO. *De Oratore*, II, 33, 142.
[224] MATOS PEIXOTO, José Carlos de. *Curso de Direito romano*, cit., p. 176.

Direito Civil – Constitucional

Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas (*)

GUSTAVO TEPEDINO (**)

SUMÁRIO: 1. *Apresentação do problema: insuficiência da dogmática tradicional e das técnicas do direito privado para a tutela dos Direitos Humanos. Os novos confins do direito público e do direito privado;* 2. *Alguns casos paradigmáticos. A crescente necessidade de proteção da pessoa na atividade econômica. Insuficiência da técnica legislativa regulamentar. Superação do individualismo e a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana nas relações intersubjetivas;* 3. *Globalização, atividade econômica privada e a proteção dos direitos humanos.* 4. *Em busca da proteção integral da pessoa humana na perspectiva civil-constitucional.*

1. *Apresentação do problema: insuficiência da dogmática tradicional e das técnicas do direito privado para a tutela dos Direitos Humanos. Os novos confins do direito público e do direito privado*

Muito já disseram os especialistas sobre o percurso histórico da proteção dos direitos humanos, no momento em que, ao final do Século XX, contabilizam-se, em trágico balanço, massacres, guerras, genocídios, fluxos e refluxos de autoritarismo, dominações internacionais, imperialismo e neo-imperialismo, o desapreço pela convivência harmônica entre os povos (1). Por quanto interessa ao tema aqui proposto, pode-se afirmar que, durante o longo e tormentoso processo de consolidação dos instrumentos de

(*) Aula inaugural do ano acadêmico de 1988 da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba, no dia 22 de março de 1998, proferida em evento organizado conjuntamente por aquela Instituição de Ensino, o Conselho Estadual de Direitos Humanos e o Ministério Público Federal.

(1) Sobre o tema, especialmente no que tange à conceituação, origens, fundamentos e principais doutrinas dos direitos humanos, **Celso Albuquerque Mello**, *Direitos Humanos e Conflitos Armados*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997. V., ainda, para o exame da evolução histórica da proteção dos direitos humanos, **Clémerson Merlin Clève**, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos nos Sistemas Regionais Americano e Europeu* **in** *Temas de Direito Constitucional*, Curitiba, Editora Acadêmica, 1993.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 07 (3ª Fase), jan./jun. 1998, p. 103-116.

proteção dos direitos humanos, quer no âmbito do direito internacional, mediante a celebração de tratados e convenções, quer no plano interno, no que concerne aos Textos Constitucionais e às Declarações de Direitos Fundamentais, a matéria manteve-se essencialmente contida nas balizas do direito público.

Vale dizer, a estrutura dogmática que dominou as grandes codificações européias do Século XIX, e gizou as linhas mestras do sistema jurídico pátrio, baseia-se na *summa divisio* herdada do direito romano, que estrema o direito público e o direito privado. Inspirado pelas idéias jusnaturalistas que exaltavam o indivíduo, o direito civil assegurava a liberdade de contratar e a franca apropriação dos bens, ao passo que a doutrina dos direitos humanos, concebida a partir do século passado, engendrou mecanismos de proteção do indivíduo em face do Estado. Cuida-se, pois, de duas faces da mesma moeda. A sublimação do indivíduo no direito civil dá-se pela autonomia da vontade, enquanto as garantias fundamentais, concebidas pelo direito público, afastam as ingerências do Estado da esfera privada [2].

Eis as linhas mestras que, perfeitamente compatíveis com as necessidades da sociedade pré-industrial, mostram-se no entanto abaladas pela crescente demanda da sociedade tecnológica, onde a economia massificada e os avanços científicos perturbam a demarcação antes cristalina dos territórios do direito público e do direito privado. O dirigismo contratual, de um lado, e a formulação de novos meios – processuais e substanciais – de controle e de participação social corroboram este fenômeno de superposição dos espaços público e privado, suscitando uma redefinição de limites e uma profunda relativização conceitual. Na democracia capitalista globalizada, de pouca serventia mostram-se os refinados instrumentos de proteção dos direitos humanos, postos à disposição pelo direito público, se as políticas públicas e a atividade econômica privada escaparem aos mecanismos de controle jurídico, incrementando a exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana. Na era dos contratos de massa e na sociedade tecnológica, pouco eficazes mostram-se os mecanismos tradicionalmente empregados pelo direito civil, como a responsabilidade civil fundada na culpa, sendo indiscutíveis os riscos sociais decorrentes da atividade econômica, mais e mais sofisticada, impondo-se a busca de soluções de índole objetiva, preferencialmente preventivas, não meramente ressarcitórias, em defesa de uma melhor qualidade de vida e da realização da personalidade [3].

---

[2] Sobre o tema, fazem-se sempre estimulantes as páginas clássicas de **Michele Giorgianni**, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, p. 391 e ss.

[3] V. **Antonino Procida Mirabelli di Lauro**, *La riparazione dei danni alla persona*, Camerino-Napoli, ESI, 1993, especialmente o segundo capítulo, *Riparazione integrale*, p. 103 e ss., com ampla bibliografia. O processo de objetivização da responsabilidade civil em diversos países

Diante dessas circunstâncias, verifica-se igualmente a insuficiência das técnicas de proteção da pessoa humana elaboradas pelo direito privado, consubstanciadas na doutrina dos direitos da personalidade. Afinal, a tipificação (de cunho monista ou pluralista) dos direitos da personalidade, concebida sob o paradigma dos direitos patrimoniais, com sua meticulosa taxionomia, a definição de poderes do titular e os mecanismos previamente definidos para a sua proteção, mostra-se inteiramente aquém das inúmeras e crescentes demandas da pessoa humana, inseridas em situações que se multiplicam e se diversificam ao sabor dos avanços tecnológicos, sendo insuscetíveis de se ajustarem à rígida previsão normativa, muito embora merecedoras de tutela pelo ordenamento jurídico [4].

2. *Alguns casos paradigmáticos. A crescente necessidade de proteção da pessoa na atividade econômica. Insuficiência da técnica legislativa regulamentar. Superação do individualismo e a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana nas relações intersubjetivas*

Os exemplos das deficiências acima expostas são inúmeros, todos eles confrontando a atividade econômica privada com a tutela dos direitos fundamentais. Examinem-se alguns casos emblemáticos. O primeiro deles foi registrado na recente experiência francesa [5]. O Prefeito de *Morsang-sur-Orge*, valendo-se do seu poder de polícia, interditou o espetáculo, em cartaz numa certa discoteca, constituído pelo arremesso de um homem de pequena esta-

---

mostra-se indiscutível, sobretudo em setores como o meio ambiente. Cf. **Barbara Pozzo**, *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità - esperienze giuridiche a confronto*, Milano, Giuffrè, 1996. A insuficiência dos mecanismos subjetivos da responsabilidade aquiliana foi acentuada, nos anos 60, por **Stefano Rodotà**, *Il problema della Responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1967, sendo notáveis os esforços de certa corrente doutrinária no sentido de racionalizar a matéria, ainda que em perspectiva estritamente econômica. V., nesta direção, a contribuição fundamental de **Guido Calabresi**, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1975.

[4] Ao propósito, apresenta-se fundamental a obra de **Pietro Perlingieri**, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, ESI, 1972. A necessidade de construir critérios interpretativos capazes de integrar as diversas fontes normativas incidentes sobre a atividade econômica privada é proposta por **Stefano Rodotà**, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969, onde se analisa, magistralmente (no capítulo segundo, *Buona fede e correttezza nel quadro dell'integrazione*, p. 112 e ss.) o papel das cláusulas gerais para uma revisão crítica da teoria dos negócios jurídicos. Ainda em tema de cláusulas gerais, na perspectiva de superação da técnica regulamentar, v. **Maria Costanza**, *Profili dell'integrazione del contratto secondo buona fede*, Milano, Giuffrè, 1989, com amplas referências bibliográficas.

[5] A preocupação com a integração das normas de direito público e de direito privado na França tem-se acentuado na última década. V., por todos, **Marc Frangi**, *Constitution et Droit Privé - Les Droits Individuels et les Droits Economiques*, Paris, Presses Universitaires d'aix-Marseille, 1992, com minuciosa seleção de julgados e ampla bibliografia relativa ao direito francês.

tura – um anão – pelos clientes, de uma lado a outro do recinto, em certame com objetivos de entretenimento [6].

A decisão da Prefeitura, que pretendia debelar a visível humilhação a que era submetido o anão, teve fundamento no art. 3º da Convenção Européia de Salvaguardas dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, cujo texto consagra o princípio da dignidade da pessoa humana. O problema é que o próprio anão, litisconsorciado com a empresa interessada, recorreu ao Tribunal Administrativo, obtendo êxito em primeira instância, ao argumento de que aquela atividade não perturbava "a boa ordem, a tranqüilidade ou a salubridade públicas", aspectos em que se circunscreve o poder de polícia municipal. Em outras palavras, a tutela da dignidade humana, só por si, segundo a jurisprudência francesa até então vigente, não integrava o conceito de ordem pública. O pedido fundamentava-se, ainda, no fato de que a atividade econômica privada e o direito ao trabalho representam garantias fundamentais do ordenamento jurídico francês [7]. O caso acabou sendo submetido, em grau de recurso, ao Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa que, alterando o entendimento dominante, reformou a decisão do Tribunal de Versailles, assentando que "o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da (noção de) ordem pública; (e que) a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais específicas, interditar um espetáculo atentatório à dignidade da pessoa humana" [8].

Observou-se, ainda no exame da mesma hipótese, que o Conselho de Estado, ao valer-se de princípio insculpido na Convenção européia, adotou

---

[6] A descrição do caso e todos os elementos dele extraídos foram colhidos da arguta análise do Professor **Joaquim Barbosa Gomes**, *O Poder de Polícia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Francesa*, in *ADV-COAD, Seleções Jurídicas*, 1996, n. 12, p. 17 e ss.

[7] Salienta o mesmo autor que o caso representou "uma limitação clara à liberdade individual e à liberdade de iniciativa, mais conhecida naquele país como *'liberté du commerce et de l'industrie'* ", tendo o anão alegado que "aderira 'voluntariamente' ao programa, mediante remuneração (...) Por outro lado, na condição de desempregado e ainda por cima inferiorizado no mercado de trabalho em razão da própria deficiência física, aquela atividade era para ele nada mais do que um meio de sobrevivência como outro qualquer. Proibi-lo de exercê-la significava, portanto, do seu ponto de vista pessoal, a privação do gozo de um direito inalienável: o direito ao trabalho" (*O Poder de Polícia, cit.*, p. 19).

[8] **Joaquim Barbosa**, *ob. cit.*, p. 17. Vale conferir o texto original: *"Le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public; que l'autorité investie de pouvoir de police municipale peut, même en absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteintée à la dignité de la personne humaine"* (*RDP*, 1996, p. 564). **Joaquim Barbosa** sublinha ainda a importância da decisão que provocou uma reviravolta na jurisprudência anterior, construída pelo próprio Conselho de Estado, a partir do caso Benjamim, de 1933, que consagrava a excepcionalidade da intervenção do poder de polícia; *"la liberté est la règle, la restriction de police l'exception"*.

orientação em sentido análogo à tendência do Conselho Constitucional da França, o qual, na ausência de norma expressa, decidiu, em 1994, "ao examinar a argüição de inconstitucionalidade de uma lei versando sobre doação e utilização de elementos e partes do corpo humano, 'elevar' o princípio da dignidade da pessoa humana ao *status* de *'principe à valeur constitutionelle'*. E o fez valendo-se não de uma disposição da Constituição em vigor (de 1958), mas de uma declaração de princípios inserida na Constituição do pós-guerra (1946)" [9].

Tais considerações servem a demonstrar, sem possível discussão, que a proteção dos direitos humanos, nos dias de hoje, reclama análise interdisciplinar, concita o intérprete a harmonizar fontes nacionais e supranacionais, reformula, em definitivo, o conceito de ordem pública, que se expande para os domínios da atividade econômica privada.

O segundo caso a ser trazido à baila refere-se à transexualidade. À falta de expressa previsão legal, doutrina e jurisprudência mostram-se resistentes à admissão da intervenção cirúrgica de alteração do sexo e, mais grave, contrárias à retificação do registro civil para a mudança do sexo e do nome do transexual, mesmo após a cirurgia, normalmente realizada no exterior. Além dos inúmeros inconvenientes sofridos por transexuais com projeção na imprensa [10], vale relatar hipótese em que o descompasso entre a realidade fática e a legislativa (*rectius*, interpretativa) propiciou verdadeira agressão à dignidade da pessoa humana.

Após dez anos de vida conjugal na Dinamarca, com um marido francês e um filho adotado segundo a legislação francesa, um brasileiro transexual, chamado Juracy, veio ao interior da Bahia para visitar a família. Decidiu, então, com o marido, adotar uma criança abandonada, José, com 6 anos de idade, "à moda brasileira", ou seja, registrando-a como filha do casal. Juracy foi presa pela polícia federal no momento em que pretendia obter o passa-

---

[9] *Ob. cit.*, p. 20.

[10] O caso mais notório parece ser o de Luís Roberto Gambine Moreira, conhecido como Roberta Close, submetido à cirurgia de alteração de sexo em Londres, em 1989. Em 1992, através de substanciosa sentença de 58 laudas, cuidadosamente proferida pela Juíza Dra. Conceição Mousnier, da 4ª Circunscrição de Registro Civil, após perícia médica, foi-lhe autorizada a alteração de nome e alteração de sexo, nos termos do pedido, para que passasse a se chamar Roberta, com indicação do sexo feminino. O Ministério Público recorreu, tendo então a 8ª Câmara do Tribunal de Justiça, por unanimidade, através dos Desembargadores Geraldo Batista, Luís Carlos Guimarães e Carpena Amorim, reformado a sentença, para manter o nome e o sexo masculino na Certidão de Nascimento de Roberta Close. O Recurso Extraordinário que se seguiu foi inadmitido, assim como improvido foi o agravo de instrumento interposto contra a sua inadmissão, deixando assim a Suprema Corte de examinar a matéria. Conforme amplamente divulgado pela imprensa, a referida artista mudou-se para a Suíça, onde constituiu família, casando-se e assumindo integralmente a sua condição de mulher.

porte para José, tendo-lhe sido imputada a prática dos crimes de uso de documento falso (art. 304, C.P.), promoção de ato destinado ao envio de criança para o exterior (art. 239 da Lei nº 8.069/90) e falsidade ideológica (art. 299, C.P.), além de ter sido questionada pelo Ministério Público a adoção de uma criança por um casal de homossexuais.

A partir daí, a vida da família transformou-se em verdadeiro pesadelo, no qual se produziram danos irreparáveis. Juracy foi recolhida ao pavilhão masculino do aterrorizante presídio de Água Santa, no Rio de Janeiro, onde foi submetida, certamente, à mais vil degradação. Seus filhos, o maior deles um adolescente estudioso, responsável e poliglota, segundo consta nos autos, foram recolhidos a um asilo de menores. O pai, também denunciado, foi posto em liberdade mediante o pagamento de fiança, afirmando em juízo desconhecer inteiramente, assim como o filho adolescente, a transexualidade de Juracy.

Ambos os réus foram absolvidos no processo criminal, tendo a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria de votos, mantido a sentença, rejeitando o recurso interposto pelo Ministério Público, através de acórdão assim ementado:

> ***"Criminal - Uso de Documento Falso - art. 304 do CP.***
>
> *I - Utilização de certidão de nascimento falsa para obtenção de passaporte para menor.*
>
> *II - Constatação de que a mãe do menor, constante do registro, era transexual operado e que se casara no exterior com um francês, utilizando falsa certidão de nascimento.*
>
> *III - A omissão da legislação brasileira quanto aos transexuais que se submeteram a cirurgia para troca de sexo, impossibilitando-os de legalmente alterarem a certidão de nascimento, gera situações como a dos autos, por inexigibilidade de outra conduta.*
>
> *IV - Se a jurisprudência tem entendido que inexiste o delito se a falsa identidade visa a esconder passado criminoso, também se aplica à hipótese de esconder o sexo original.*
>
> *V - O artigo 304 do CPB exige, além do dolo, a intenção de obter vantagem ou causar prejuízo, o que inocorre no presente caso".*

VI - Recurso Improvido" [11].

O terceiro caso a ser destacado, na esteira das mesmas considerações até aqui desenvolvidas, alude à possibilidade de se exigir do réu, na ação de investigação de paternidade, que se submeta ao exame de D.N.A., mesmo contra sua vontade.

A jurisprudência, tendencialmente, tem tomado posição pela impossibilidade do constrangimento físico do réu, servindo a recusa como prova, em favor do autor, do vínculo de paternidade, a ser sopesada pelo magistrado no conjunto probatório. Alguns autores têm se manifestado no mesmo sentido, em homenagem ao "direito individual, fundamental, constitucional, natural da pessoa à sua integridade corporal. Violaria o direito constitucional à intimidade (art. 5º, n. X) constranger-se alguém a fornecer material ou substância para um exame biológico" [12].

A matéria foi submetida de recente ao Supremo Tribunal Federal, em *Habeas Corpus* impetrado contra a obrigatoriedade do exame determinada pelo juiz monocrático no Rio Grande do Sul, em decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça daquele Estado. A Suprema Corte, por maioria apertada, manifestou-se pela concessão da ordem, em acórdão redigido pelo Ministro **Marco Aurélio**, assim ementado:

> *Investigação de Paternidade - Exame DNA - Condução do Réu "Debaixo de Vara".* Discrepa, a mais não poder, de e garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório "debaixo de vara" para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a dou-

---

[11] Os elementos acima apresentados constam da apelação criminal n. 92.18299-0/RJ, julgada em 8 de março de 1993, tendo sido Relatora a Dra. Tânia Heine e vencido o Dr. Clélio Erthal.

[12] **Zeno Veloso**, *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 110.

trina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos".

No controvertido julgamento restaram vencidos os eminentes Ministros **Francisco Rezek**, **Sepúlveda Pertence** e **Ilmar Galvão**, tendo sido Relator o primeiro deles, com voto primoroso em que coteja, de um lado, os direitos à intangibilidade e à intimidade, aqui atingidos pelo dever de oferecer um fio de cabelo para o exame e, de outro, os direitos à investigação de paternidade e à elucidação da verdade biológica, concluindo pelo prevalecimento destes últimos. E remata: "A Lei 8.069/90 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação, e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento. O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado" [13].

Ao comentar criticamente o acórdão, observou-se, argutamente, em doutrina, que a hipótese caracterizaria abuso de direito por parte do réu: "o direito à integridade física configura verdadeiro direito subjetivo da personalidade, garantido constitucionalmente, cujo exercício, no entanto, se torna abusivo se servir de escusa para eximir a comprovação, acima de qualquer dúvida, de vínculo genético, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade" [14].

O quarto e último caso posto à colação, particularmente inserido na problemática dos direitos humanos, diz com a prisão civil por dívida, expressamente rejeitada pelo art. 7° , n° 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Governo brasileiro através do Decreto n°. 678/92, que dispõe:

> *"Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar".*

O Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, que, por não prevalecer a norma internacional em face da Constituição Federal, conforme o en-

---

[13] Ac. S.T.F., n. 71373-4-RS, de 10.11.94 (*D.J.U.*, 22.11.94, p. 45686).

[14] **Maria Celina Bodin de Moraes**, "Recusa à Realização do Exame de D.N A na Investigação de Paternidade e Direitos da Personalidade", **in** *A Nova Família: Problemas e Perspectivas* (Org. Vicente Barretto), Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 194.

tendimento há muito pacificado naquela Corte [15], a norma transcrita deve se curvar à Constituição de 1988, a qual, por sua vez, assim como a Carta anterior, autoriza a lei ordinária a regular a prisão civil nos casos de depositário infiel. Veja-se a ementa do acórdão da lavra do Relator para o acórdão, Ministro **Moreira Alves**:

> "*Habeas Corpus*. Prisão Civil do Depositário Infiel - Alienação fiduciária em face da atual Constituição. Cabimento da prisão em face do art. 5º, LXVII/CF. Pacto de São José – Norma infraconstitucional que não pode contrapor-se à permissão do art. 5º, LXVII no que diz respeito à prisão civil do depositário infiel – Norma geral que não derrogou as normas infraconstitucionais especiais sobre a prisão civil do depositário infiel. HC indeferido [16].

À arguta objeção de que, sendo o texto internacional equiparado à lei ordinária, teria o condão de revogar, por ser aquele posterior a esta, a prisão do depositário infiel, argumentou o Ministro **Moreira Alves** que a lei geral não revoga a lei especial, rematando: "ainda que se considere este Tratado como lei ordinária, é de sabença também comum, que está na Lei de Introdu-

---

[15] Sobre o ponto, v. a minuciosa retrospectiva crítica da jurisprudência do STF empreendida por **Jacob Dolinger**, "As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um Exercício de Ecletismo", **in** *Revista Forense*, vol. 334, 1996, p. 71 e ss. V., ainda, o passo incisivo do voto do Relator no acórdão passado em revista, quando afirma: "Todos sabemos – e hoje, então, com muito mais evidência do que em face da Constituição de 1969– que os tratados do Direito Brasileiro estão equiparados às leis ordinárias, não têm supremacia sobre a Constituição e hoje, com muito mais razão, por um fato singelíssimo, o de que, como Suprema Corte do País, temos competência para julgar as questões em que haja desrespeito à Constituição e o STJ, que é um Tribunal hierarquicamente inferior ao nosso, tem como competência, em recurso especial, julgar as contrariedades ou as negativas de vigência a Tratados. Não é possível que, se o tratado se sobrepusesse à Constituição, a Suprema Corte julgue as suas questões e não as dos tratados." Na mesma direção, vale examinar o recente julgamento do Recurso Extraordinário n. 172720-9, R.J., julgado pela 2ª turma do STF em 6 de fevereiro de 1996, sendo Relator o Ministro **Marco Aurélio** (D.J. 21.02.97, ementário n. 1858-04). No acórdão, relativo a extravio de bagagens, a Corte consagrou a responsabilidade por danos morais excedente à indenização tarifária fixada pela Convenção de Varsóvia, salientando-se, no voto do Ministro **Rezek**, especialista na matéria, "o fato de que a garantia constitucional da indenizabilidade do dano moral é algo que prevalece sobre obrigações internacionais de nível ordinário (no caso, os velhos textos de Varsóvia e Haia)".

[16] *Habeas Corpus* n. 72.131 - RJ., julgado em Sessão plenária de 23 de novembro de 1995, sendo vencidos os Ministros **Marco Aurélio** (Relator), **Francisco Rezek**, **Carlos Velloso** e **Sepúlveda Pertence** (Presidente). A ementa e os votos orais, sem revisão, foram gentilmente cedidos pelo Ministro Relator, antes de sua publicação.

ção ao Código Civil (art. 2º, § 2º), que a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. E aqui, isto é em demais evidente. Este é um Tratado de princípios gerais que não são nem princípios de natureza legal ordinária".

Assim decidindo, a Suprema Corte, posto que por apertada maioria, confirma uma perigosa tendência, incentivada pelas sucessivas crises econômicas que paulatinamente reformulam os institutos e as práticas jurídicas, no sentido da difusão da prisão civil por dívida, veiculada pela alienação fiduciária em garantia, como sanção ordinária aposta aos empréstimos em dinheiro [17]. Não é por acaso que, após a impressionante expansão da alienação fiduciária em garantia, de modo a alcançar bens fungíveis e bens que já pertenciam ao patrimônio do devedor no momento da celebração do financiamento (e não apenas os bens objeto do financiamento), tratou o legislador de regular a alienação fiduciária para o financiamento de bens imóveis. E a prisão civil por dívida, que se pensava abolida da civilização ocidental desde a *lex Poetelia Papiria*, de 326 a. C. [18], parece passar de exceção à regra, a despeito da eclosão de Tratados, Convenções, Pactos e Constituições que proclamam a tutela dos direitos humanos.

A tais casos concretos poder-se-iam acrescentar outros, atinentes à bioética, à inseminação artificial, a conflitos envolvendo as novas tecnologias e às redes de informática. Servem todos a corroborar, em síntese estreita, a tese aqui sustentada no sentido de que a proteção dos direitos humanos não mais pode ser perseguida a contento se confinada no âmbito do direito público, sendo possível mesmo aduzir que as pressões do mercado, especialmente intensas na atividade econômica privada, podem favorecer a uma conspícua violação à dignidade da pessoa humana, reclamando por isso mesmo um controle social com fundamento nos valores constitucionais. Por outro lado, como acima enunciado, no campo das relações privadas, a usual técnica regulamentar mostra-se avessa à proteção dos direitos humanos, pois que incapaz de abranger todas as hipóteses em que a pessoa humana se encontra a exigir tutela.

A Constituição da República, ponto de equilíbrio entre as diversas forças políticas nacionais, oferece parâmetros para o exercício do necessário con-

---

[17] Sobre o tema, em particular sobre a expansão subjetiva e objetiva da utilização da alienação fiduciária em garantia, com minuciosa retrospectiva jurisprudencial, seja consentido remeter a **Gustavo Tepedino**, "Efeitos da Crise Econômica na Execução dos Contratos", in *Revista da Faculdade de Direito* (UERJ), Ed. Renovar, vol. 4, 1994, p. 195 e ss.

[18] O interessante contexto em que se concebeu a *lex poetelia* é relatado magistralmente por **Pietro Bonfante**, *Storia del diritto romano*, vol I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 213.

trole da atividade econômica privada. Seja por seu caráter compromissório, seja pela maior estabilidade do processo legislativo necessário à sua revisão, seja por sua posição hierárquica no ordenamento jurídico, deve ser utilizada sem qualquer cerimônia pelo operador, aproveitando-se da opção do constituinte pela intervenção nos institutos do direito civil, como propriedade, família, atividade empresarial, relações de consumo [19].

No que tange especificamente à proteção da pessoa humana, mantém-se despercebida, as mais das vezes, pelos civilistas, a cláusula geral de tutela fixada pela Constituição, nos arts. 1°, n° III; 3°, n° III e 5°, § 2°.

Segundo o art. 1°, n° III, a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Nos termos do art. 3°, III, constituem-se objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Finalmente, pelo art. 5°, § 2°, os direitos e garantias expressos na Constituição (com aplicação imediata, consoante o § 1°) não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Tais preceitos, inseridos como foram no Título I, compõem os princípios fundamentais da República, os quais, segundo a técnica adotada pelo constituinte, precedem topográfica e interpretativamente, todos os demais capítulos constitucionais. Vale dizer, a Constituição não teria um rol de princípios fundamentais não fosse para, no plano hermenêutico, condicionar e conformar todo o tecido normativo: tanto o corpo constitucional, no mesmo plano hierárquico, bem como o inteiro ordenamento infraconstitucional, com supremacia sobre todas as demais normas jurídicas [20].

Pretendeu, portanto, o constituinte, com a fixação da cláusula geral acima aludida e mediante o estabelecimento de princípios fundamentais introdutórios, definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas, que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos.

---

[19] V., na perspectiva do texto, **Maria Celina Bodin de Moraes**, "A Caminho de um Direito Civil Constitucional", in *Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993, p. 21 e ss.

[20] Dentre os constitucionalistas, a tese da Constituição como compromisso e a necessidade de sua aplicação imediata nas relações de direito privado é sustentada por **Clémerson Merlin Clève**, em sua conferência "A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória)", proferida no Seminário Nacional sobre o Direito Alternativo promovido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, in *Seleções Jurídicas ADV-COAD*, 1994, n. 1, p. 45 e ss. V., ainda, para um pormenorizado exame dos métodos e princípios de interpretação constitucional, **Luís Roberto Barroso**, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1996, especialmente, p. 97 e ss.

3. *Globalização, atividade econômica privada e a proteção dos direitos humanos*

As preocupações acima manifestadas tornam-se ainda mais inquietantes quando se pensa no inelutável processo de globalização que norteia a economia mundial e que se apresenta permeado por duas tendências contraditórias: de uma lado, o intervencionismo supranacional sobre o direito interno da maior parte dos países europeus e americanos, a implicar rigoroso planejamento e pouquíssimo espaço para a soberania nacional, valendo-se os centros de decisão de práticas notadamente autoritárias, na fixação das metas a serem alcançadas por cada país; e, de outro, um excessivo liberalismo entre as transferências de tecnologia, mão-de-obra e investimentos, com a derrubada das barreiras alfandegárias nas relações internacionais, como forma de formar mercados supranacionais. Daí decorrem diversas conseqüências em termos hermenêuticos, no que tange aos direitos humanos na atividade econômica privada [21].

Verifica-se, em primeiro lugar, um choque de fontes: o ordenamento interno, quase sempre intervencionista, destinado a garantir a igualdade substancial no cenário nacional, fruto de formações legislativas do pós-guerra e, no caso brasileiro, consagrado pela Carta de 1988; e as fontes externas, supranacionais, que se pretendem liberalizantes no intuito de facilitar a formação dos mercados e das transferências de capital e trabalho. Ocorre que tal contraste normativo não pode significar um aniquilamento dos valores internos que asseguram a estabilidade social e o respeito à tábua axiológica nacional [22].

Em segundo lugar, percebe-se a tentativa de se suplantar, através da normatização supranacional, as conquistas sociais internas, as quais acabariam por representar barreiras não- tarifárias à unificação dos mercados globalizados. O exemplo típico deste fenômeno é o nosso Código de Defesa

---

[21] As diversas repercussões, no plano ético e jurídico, do processo de globalização econômica são examinadas nos estudos de **Agostinho Ramalho, Jacinto Coutinho, Wilson Ramos, Manoel Eduardo Gomes e Luiz Edson Fachin**, *Direito e Neoliberalismo - Elementos para uma leitura interdisciplinar*, Curitiba, Edibej, 1996.

[22] Tal preocupação é particularmente sentida em **Pietro Perlingieri**, *Diritto comunitario e legalità costituzionale – per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, ESI, 1992, o qual salienta, em passo lapidar (p. 19-20): *"La pluralità delle fonti implica la loro armonizzazione. Il mito delle più ampie unificazioni legislative ed anche quello dell'applicazione uniforme del diritto deve fare i conti com la realtà, sempre risorgente nella storia e sempre vincente, della diversità dei localismi. Il realismo cioè induce a sottolineare la necessità di un coordinamento secondo una gerarchia di fonti e di valori formalizzati ed una ripartizione di competenze stabilita e garantita. Il 'sistema giuridico' complessivo terrà in conto le peculiarità nazionali e regionali, le diversità che esistono in una comunità di popoli"*.

do Consumidor, que impõe restrições à atividade econômica dos fornecedores bem mais rígidas do que aquelas a que são submetidos os empresários dos demais países do Mercosul.

Sublinhe-se, em terceiro lugar, o risco de se subestimar e comprimir as realidades culturais internas, no âmbito das quais se encontram consagrados altos níveis de demandas coletivas, novos direitos, conquistas sociais importantes.

Prevalece, em todo esse complexo processo, a ótica e a lógica da maximização dos resultados e da minimização dos custos. Os direitos sociais e a expansão do exercício da cidadania passam a ser vistos como custo econômico da produção, no panorama da competição internacional, sem levar em conta as desigualdades sociais de certos países, nos quais – mercê de processo histórico e político que os exclui do rol dos chamados países desenvolvidos – há de se destinar portentosa soma orçamentária às políticas públicas destinadas à efetivação da justiça distributiva (como, de resto, determina a Constituição de 1988) para que se possa garantir um mínimo de dignidade social.

Cria-se, desse modo, um falso dilema entre os investimentos em fatores que ofereçam competitividade internacional e os investimentos sociais, que propiciam o pleno desenvolvimento da pessoa humana, a efetivação da cidadania, a consolidação dos direitos do homem.

A busca da competitividade, nesse contexto, acaba por significar uma importação de produtos já elaborados – a melhores preços de produção – e a exportação dos empregos necessários a produzi-los, já que outros países se encontram mais preparados tecnologicamente para a competição, resultando em ulteriores fatores de desemprego, exclusão social, atentados a valores existenciais, sendo certo que, no caso brasileiro, os modelos anteriormente adotados de protecionismo interno não trouxeram competitividade, senão a consolidação de grandes cartéis e monopólios.

Tal cenário se agrava na medida em que a absorção de Tratados internacionais de proteção à pessoa humana e de garantias sociais é vista com desconfiança pela mídia, exatamente pelos custos que representa, ou seja, pelo perigo de que o ingresso de novos princípios fundamentais represente um entrave à maximização dos resultados econômicos.

Aponte-se, ainda, no plano do direito privado, permeado pela mesma lógica de mercado, uma perigosa e equivocada tendência a reduzir a pessoa humana – e portanto a sua tutela – a simples sujeito de direito, através de expediente técnico que, em verdade, desconsidera a diversidade axiológica, nos termos do ditado constitucional, entre a pessoa humana e a empresa privada. Exemplo disso é a construção doutrinária em matéria de ressarcimento por danos morais, indistintamente aplicada às pessoas físicas ou jurí-

dicas, além da teoria dos direitos da personalidade das pessoa jurídicas, bem como, no plano da retórica, a eloqüente referência à *empresa cidadã*, expressão utilizada recentemente no discurso oficial.

4. Em busca da proteção integral da pessoa humana na perspectiva civil-constitucional

Em conclusão, pode-se afirmar que a tutela dos direitos humanos na atividade econômica e, mais genericamente, nas relações de direito privado, consolida-se na interpenetração dos espaços público e privado, fazendo-se a cada dia mais urgente, na medida em que os avanços tecnológicos e a ampliação dos mercados tendem a "despersonificar" o indivíduo, aniquilando conquistas sociais e fomentando o predomínio da perversa lógica econômica.

Faz-se imprescindível, diante disso, que a absorção dos Tratados de proteção aos direitos humanos não seja levada a cabo à luz de parâmetros econômicos ou meramente mercadológicos; e que, na compatibilização das fontes normativas, possa ser preservada a tábua de valores culturais, jurídicos e éticos nacionais, consagrada nos Textos constitucionais e na história jurisprudencial de cada país [23].

Impõe-se, finalmente, uma nítida separação conceitual, no plano interpretativo, entre os valores sociais e os valores econômicos que presidem o ordenamento; entre a pessoa jurídica e a pessoa humana; entre a lógica de mercado e a lógica existencial, concernente ao cidadão, para o qual há de se voltar, em última análise, toda a ordem jurídica contemporânea.

---

[23] Para o exame dos diversos aspectos relativos à mais que complexa integração normativa supranacional, v. os atos de importante congresso internacional reunidos em *Diritto Privato Comunitario – Fonti, Princípi, Obbligazioni e Contratti* (coord. **Vito Rizzo**), Napoli, ESI, 1997, 2 vols.

[**] **Gustavo Tepedino** é Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

NORMAS E PRINCÍPIOS DE DIREITO CIVIL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Luiz Roldão de Freitas Gomes

I — INTRODUÇÃO

Indagar-se-ia, à primeira vista, em que medida pode uma Constituição, a não ser de modo esparso e vagamente, conter normas e princípios de Direito Civil, antes destinados a um Código do que próprios da Lei que haverá de fornecer o arcabouço da Organização Política do País.

Já a propósito da Carta de 1937, escrevia o Prof. Caio Mário da Silva Pereira, em magnífico estudo sobre "O Direito Civil na Constituição de 1937" ("Rev. Forense", 73/40 e 74/33), que pode parecer escapar à órbita da Constituição o Direito Civil. No entanto, demonstra o emérito Mestre fincarem-se nela suas vigas mestras, quer na definição de direitos, de competência dos entes federados, da fixação de seu patrimônio, da matéria a ser, nos diferentes níveis, objeto de legislação, no tratamento dispensado ao direito de propriedade, na concepção de família, em preceitos da ordem social e financeira, como na instituição do usucapião *pro labore,* na repressão à usura e na própria sucessão hereditária.

Recentemente, estudos do mesmo Mestre, "Dano Moral, a Indenização pelo Banco, por dano Moral, frente à Nova Constituição" ("ADV — Seleções Jurídicas", junho 1989) e do Prof. Humberto Theodoro Júnior, "A Nova Constituição e o Direito Civil" ("ADV — Seleções Jurídicas", maio 1989) demonstram a pertinência do tema.

Explica-se hoje mais ainda sua oportunidade: a nova Constituição, seguindo a tendência de seu tempo (Constituições espanhola e portuguesa) é longa, adentrando-se em matérias que lhe eram antes estranhas e infensas. Sem qualquer ânimo crítico, uma verificação se impõe. Passem a rarear novos Códigos, sobretudo de Direito Privado.

Afirmam juristas de porte *(Antunes Varela, Orlando Gomes, Haroldo Valladão,* dentre vários outros eminentes) serem os grandes e monumentais Códigos de Direito Privado, com a pretensão de tudo conterem, fruto do iluminismo do fim do século XVIII e início do século XIX, que sustentava decorrerem as normas da razão universal, podendo ser por todos os povos apreendidas e compiladas em um só Código, concepção cientificamente ultrapassada. Serviram também, como explana, com erudição e autoridade, *Ferrara,* em seu *Trattato de Diritto Civille,* aos propósitos de unificação política das nações européis.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 28 (2ª Fase), jul./dez. 1988, p. 49-63.

Hoje, com a evolução do Mundo, máxime nas áreas científicas e tecnológicas, seu desenvolvimento econômico com novos modelos de organização dos fatores de produção, de estruturação política e do tecido social, com o intercâmbio das comunicações, assiste-se a uma fragmentação dos até então monolíticos blocos de normas jurídicas em menos extensos e compactos diplomas que as englobam por setores (Títulos de Crédito, Sociedades, Locação, Acidentes do Trabalho, Consumidor, Meio Ambiente, Informática — mais modernas), denominados micro-sistemas *(Antunes Varela e Orlando Gomes).*

Em contrapartida, os grandes princípios do Direito Privado tendem a se reunir ou em Leis próprias, como de Aplicação das Normas Jurídicas, vindo a entronizar-se, fenômeno mais recente, nas Cartas Políticas. Eis por que se alongam estas, passando a fixar conceitos de Direito Civil, dando os contornos de seus institutos básicos e enunciando seus direitos subjetivos fundamentais.

Não é de estranhar-se nem de temer, pois, tal perspectiva, concretizada na Constituição vigente. Ao contrário, por erigir aquelas normas e direitos em preceitos da Lei Básica, alça-as em dignidade, como a demonstrar que as principais categorias de Direito Privado de um povo, por dizerem respeito ao âmago de sua coexistência, merecem ser inscritas em seu Diploma Maior como diretrizes ao legislador, ao Juiz, a quantos militem, enfim, na profissão jurídica.

Empreendamos, pois, sem a veleidade de almejar completá-lo, o esforço de coligir algumas daquelas regras basilares e mesmo as que aparentemente não se apresentem sob este aspecto com o objetivo de, de seu conjunto, procurar extrair princípios que, conscientemente ou não, mas ditados pelas exigências de seu tempo, inspiraram o constituinte e vieram a traçar as grandes linhas que modelam o Direito Civil na Constituição.

II — NORMAS SOBRE DIREITO PRIVADO

1. *Princípios Fundamentais* (Título I) e *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* (Título II)

1.1 *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*

Dentre os magnos princípios que a moldam e norteiam, destaquem-se, em seu primeiro cânon, a *dignidade da pessoa humana* (art. 1.º, III) e os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (art. 1.º, III e IV).

Acentuando, ainda, no art. 4.º, II, a prevalência dos *direitos humanos,* ao lado de outros, no Título dos *Direitos e Garantias Fundamentais,* desenvolve seus consectários.

Assim, no art. 5.º, enfatiza o *direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade,* de que decorrem todos os demais em que se desdobram seus setenta e seis incisos. Nestes, anotem-se:

a) A *liberdade de manifestação do pensamento,* vedado o anonimato (art. 5.º, IV).

b) O *direito de resposta,* proporcional ao agravo, além da indenização pelo *dano* material, *moral* ou à *imagem* (n.º V).

c) A liberdade de *consciência* (n.º VI).

d) A liberdade de *expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação,* independentemente de censura ou licença (n.º IX).

e) A inviolabilidade da *intimidade, da vida privada, honra* e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização por dano *material* ou *moral* decorrente de sua violação (n.º X).

Consagram-se, em definitivo, os direitos da personalidade, de constitucionalização necessária ante o avassalador progresso científico e tecnológico e hipertrofia do poder político e demasias do econômico.

f) O acesso à *informação,* resguardado o sigilo da fonte.

g) A *liberdade de asociação* para fins lícitos (n.º XVII) e sua dissolução e suspensão por decisão judicial (n.º XIX).

h) O *direito de propriedade* (n.º XXII), jungido à sua função social (n.º XXII), admitida a *desapropriação* por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social mediante prévia e justa indenização em dinheiro, como já figurava nos Diplomas anteriores, salvo nos casos nele previstos (n.º XXIV), e sua *utilização* quando sobrevier iminente perigo público, com indenização posterior de danos, se houver (n.º XXV).

i) A *impenhorabilidade da pequena propriedade rural* para pagar débitos originados de sua atividade produtiva (n.º XXVI).

j) A proteção ao *direito do autor,* como direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução da obra (n.º XXVII), no resguardo da reprodução da imagem e da voz humana (n.º XXVIII, "a"); mediante a fiscalização do aproveitamento econômico das obras (n.º XXVIII, "b"); na tutela dos inventos industriais, da propriedade das marcas, nomes de empresa e signos distintivos em função do interesse social e desenvolvimento tecnológico do País (n.º XXIX).

k) O *direito de herança* (n.º XXX).

l) A *defesa do consumidor* (n.º XXXII).

m) O mantido respeito ao *direito adquirido, ato jurídico perfeito* e à *coisa julgada* (n.º XXXVI).

n) A *extensibilidade da obrigação de reparar o dano* e dos efeitos da *decretação de perdimento dos bens* aos sucessores do condenado, podendo contra eles serem executadas até o limite do valor do patrimônio transferido (n.º XLV).

o) A *inexistência de prisão civil por dívida,* salvo do responsável pelo inadimplemento "voluntário" e "inescusável" da obrigação alimentícia e do depositário infiel (n.º LXVII).

A exigência de ser o descumprimento voluntário e inescusável, o que antes não se requeria, bastando sua objetiva caracterização, demandará a prova — nem sempre rápida — de ambas as qualificativas (mais complexa na segunda), reclamando, em conseqüência, a adequada fundamentação do decreto de custódia.

p) O *Mandado de Segurança* (n.º LXIX); o *Mandado de Injunção* (n.º LXXI); o *Habeas Data* (n.º LXXII) e a *Ação Popular* (n.º LXXIII), meios processuais novos o segundo e o terceiro, ampliados os objetivos da última, tendentes a tornar eficazes as garantias constitucionais outorgadas.

q) A indenização do condenado por *erro judiciário* e pelo tempo que ficar preso além do fixado na sentença (n.º LXXV).

r) A *gratuidade do registro civil* de nascimento e da certidão de óbito para os pobres (n.º LXXVI).

Saliente-se, por derradeiro, a *aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais* (§ 1.º do art. 5.º).

1.2 *Dos Direitos Sociais*

Neste Capítulo, enfatize-se, no concernente a direitos civis, a norma que impõe, além do *seguro contra acidente do trabalho* a cargo do empregador, a *indenização de direito comum,* devida ao empregado, quando o evento causador do dano derivar de *dolo* ou *culpa* do empregador (art. 7.º, n.º XXVIII).

A jurisprudência atual, cristalizada na Súmula 229 do Supremo Tribunal Federal, após longa evolução, só admitia aquela responsabilidade, quando se verificasse, além do dolo, culpa grave. Cai a qualificadora, não se mensurando mais seu grau, facilitando-se a prova.

1.3 *Nacionalidade*

No respectivo capítulo, atribuem-se aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, os direitos inerentes a brasileiros natos (§ 1.º do art. 12).

1.4 *Direitos Políticos*

Nestes, fixa-se como um dos casos em que apenas se perdem ou suspendem a incapacidade civil absoluta (art. 15, II).

2. *Organização do Estado*

2.1 *Da União*

Arrolam-se dentre os *bens desta* — eis uma novidade — as *"cavidades naturais subterrâneas"* e "sítios arqueológicos e pré-históricos" (inc. X do art. 20), assegurando-se, no § 1.º, aos Estados, Municípios e União, "participação no resultado da exploração do petróleo ou gás natural, dos recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou *zona econômica exclusiva* (conceito novo) ou *compensação financeira por essa exploração"* (o denominado *royalty*).

Na *competência da União* inscreve-se de relevância em suas conseqüências para o Direito Privado, a de *explorar serviços* e instalações nucleares de qualquer natureza, atendido o princípio de que *"a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa"* (art. 21, XXIII, "c"). Afirma-se a responsabilidade objetiva.

Em sua *competência privativa para legislar* (art. 22) assinalem-se, pela novidade do objeto, as seguintes: a) sobre *Informática* (inc. IV); b) *sistema de poupança, captação e garantia da poupança popular* (inc. XIX); c) *sistemas de consórcios e sorteios* (inc. XX); d) seguridade social (inc. XXIII); e) *atividades nucleares de qualquer natureza* (inc. XXVI); f) *normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, pela administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo e empresas sob seu controle* (inc. XXVII); g) *propaganda comercial* (inc. XXIX).

Conforme o parágrafo único, Lei Complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no artigo.

Na *competência comum da União, dos Estados e Municípios* (art. 23), insere a Constituição a de "proteger documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico ou cultural, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos" (inc. III); "de impedir evasão, a destruição, e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural" (inc. IV), de proteger o meio ambiente e combater a poluição (inc. VI); de preservar as florestas, a fauna e a flora (inc. VII).

Na *competência concorrente da União e dos Estados* para legislar (art. 24), dilargada, anotem-se, pela novidade e relevância, as que dispõem sobre os seguintes temas: a) *direito econômico e urbanístico* (inc. I); b) florestas, caça, pesca, fauna e *conservação da natureza,* defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inc. VI); c) proteção ao patrimônio

histórico cultural, artístico e paisagístico (inc. VII — pela primeira vez); d) *responsabilidade civil por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico* (inc. VIII — permite-se aos Estados legislar sobre responsabilidade civil, cabendo à União editar normas gerais, consoante o § 1.º, o que, todavia, não implica conceder-lhes poder para fixar os pressupostos da responsabilidade civil e tudo mais que, nela, seja cerne de Direito Civil); e) sobre *procedimentos em matéria processual* (inc. XI); f) proteção e defesa da saúde (inc. XII).

2.2 *Dos Estados Federados, dos Municípios e da Intervenção*

Mantido o princípio de serem reservadas aos Estados competências não vedadas pela Constituição (§ 1.º do art. 25), no Capítulo sobre os *Municípios* substitui-se, na *competência* destes *para legislar*, a tradicional expressão "peculiar interesse", para dizer de seus assuntos, por *interesse local* (art. 30, I), geograficamente mais demarcada.

No Capítulo subseqüente, ao elencar os casos de *intervenção da União nos Estados*, para assegurar a *observância de princípios constitucionais*, cinzela a Lei Máxima os *Direitos da Pessoa Humana* (art. 34, VII, "b").

2.3 *Da Administração Pública*

Nas Disposições Gerais desse Capítulo, estabelece a Constituição, no § 4.º do art. 37, que *os atos de improbidade administrativa importarão*, a par da suspensão dos direitos políticos e da perda da função pública, na *"indisponibilidade" dos bens* e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Frise-se a inovação da *indisponibilidade*, imediata, dos bens, de bom alcance, máxime se atingir alienações efetuadas pouco antes do ilícito, em seu termo legal ou período suspeito.

No § 5.º, preceitua-se que "a lei estabelecerá *prazos de prescrição para ilícitos* praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*". Gera a idéia de *imprescritibilidade* destas, o que é bom.

Já no § 6.º, firma *"a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos*, que responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". Estende, a Constituição, aquela responsabilidade, antes apenas imputada ao ente público, às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Omitiu-se, porém, quando o prestador daquele serviço for pessoa física, por exemplo, um comerciante em nome individual, o que pode ensejar fraude, salvo interpretação construtiva.

3. *Organização dos Poderes*

No Título alusivo ao *Poder Legislativo,* anotem-se, dentre as atribuições do Congresso Nacional (art. 48), além das correspondentes à *competência Legislativa da União,* a de dispor, com a sanção do Presidente da República, sobre: a) *matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações* (inc. XIII); b) *moeda, seus limites de emissão, e o montante da dívida mobiliária federal* (inc. XIV).

Em sua *competência exclusiva* (art. 49) inserem-se: a) apreciar os atos da concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão (inc. XII); b) aprovar previamente a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares (inc. XVII).

Ao tratar do *processo legislativo,* após elencar os atos que sua elaboração compreende (art. 59), estatui, no parágrafo único que "Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis".

4. *Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*

Passando ao largo do capítulo do Poder Judiciário, a exigir estudo à parte, e ingressando na apreciação do Título a respeito da *Defesa do Estado e das Instituições Democráticas,* observem-se, de logo, as restrições que o decreto que instituiu o estado de defesa acarreta a direitos subjetivos, assim o de reunião, ao sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica e telefônica (art. 136, I, "a", "b" e "c"), além de permitir a ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes (inc. II do art. 136). Reeditam-se limitações do estado de emergência da Constituição antecedente.

5. *Ordem Econômica e Financeira*

5.1 Passando ao exame desse Título, separado, na atual Lei Fundamental da Ordem Econômica e Social, com a qual surgira, repetindo-se daí por diante, na Constituição de 1934, verifica-se assentar na *valorização do trabalho humano e na livre iniciativa* (antecede aquele a esta pela primeira vez), tendo por fim assegurar a todos existência condigna, conforme os ditames da *Justiça Social* (art. 170), observados, dentre outros, os princípios da *propriedade privada* (inc. II), de *sua função social* (inc. III), da *livre concorrência* (inc. IV), *da defesa do consumidor* (inc. V) da *defesa do meio ambiente* (inc. VI) e do *tratamento favorecido para as empresas brasileiras de pequeno porte* (inc. IX).

A todos se assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (par. ún. do art. 170).

5.2 No artigo 171, conceituam-se *empresa brasileira* e *empresa brasileira de capital nacional,* constituída a primeira sob as leis brasileiras, tendo sua sede e administração no País. A segunda qualifica-se pelos critérios do efetivo controle e do domicílio, exigindo fique aquele, em caráter permanente, sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas ou residentes no País ou de entidade de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato ou de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

Sabe-se a polêmica despertada por essa disposição, máxime nos setores econômicos. Mas, não se pode negar, o recurso ao critério do controle da empresa por nacionais ou domiciliados em seu território, de preferência, tem sido abrigado em inúmeros países com o fito de estimular a empresa neles constituída e operando, sem prejuízo da economia de mercado. Foi assim no Direito interno dos Estados Unidos para empresas criadas em seus Estados e assim hoje é no Direito da Comunidade Econômica Européia, que se vale inclusive do elemento sede real da sociedade para caracterizá-la sob a égide de seu ordenamento ou não.

Corresponde mesmo esta visão ao moderno conceito da pessoa jurídica, oriundo do Direito norte-americano, sob o prisma da teoria da *disregard,* que invadiu o sistema da *civil law* (*durchgriff* na Alemanha, *superamento de la personalità giuridica* na Itália.

À empresa nacional de capital nacional se concedem benefícios (§§ 1.º e 2.º do art. 171), sem detrimento, reitere-se, dos princípios da livre concorrência e de economia de mercado, estabelecendo o § 2.º do artigo 171 que, na aquisição de bens e serviços, o Poder Público lhe dará tratamento preferencial.

O artigo 173 edita, em boa hora, que a *exploração direta de atividade econômica pelo Estado* só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, na forma da lei, deixando nítido seu caráter supletivo. Antes, no artigo 172, prescreve a disciplina, pela lei, com base no interesse nacional, dos investimentos de capital estrangeiro, incentivando os reinvestimentos e regulando a remessa de lucros.

No § 1.º do artigo 173, reitera, com mais clareza, salutar mandamento da Carta anterior, de que *a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades,* que explorem atividade econômica, *sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas,* inclusive quanto às obrigações tributárias e trabalhistas.

No § 4.º, reitera a condenação do *abuso do poder econômico,* que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

No § 5.º; ainda do artigo 173, introduz o preceito de que a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da *pessoa jurídica,* estabelecerá a *responsabilidade desta,* sujeitando-a às punições compatíveis com a sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Cria-se nova forma de responsabilidade, no caso penal, de Direito Econômico, para a pessoa jurídica, seguindo corrente do Direito Comparado, a par da responsabilidade civil de seus administradores.

5.3 Boa a regra do artigo 174, ao fixar que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, *o Estado exercerá,* na forma da lei, as *funções de fiscalização, incentivo e planejamento,* sendo este determinante para o setor público e *indicativo para o setor* privado.

Ótima a parte final, em que a vinculação do planejamento é apenas para o setor público, como, aliás, sustentou, brilhantemente, o Professor *Miguel Reale,* em parecer de 10-05-89, publicado na imprensa, em resposta à consulta formulada pela Associação Brasileira de Indústrias Alimentícias, o que, em respeito ao princípio da livre iniciativa e concorrência, inibe o ente público de imiscuir-se, o que tão mal e irresponsavelmente tem realizado, na economia e vida das empresas, a ponto de determinar-lhes sofrer prejuízos, como se pudessem conviver com estes.

5.4 No artigo 175, estatui a *prestação de serviços públicos pelo* Poder Público, *diretamente* na forma de Lei *ou sob regime de permissão,* sempre através de licitação, devendo a lei prever (par. único do artigo):

I — o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão de concessão ou permissão; II — os direitos dos usuários, dentre outros aspectos.

5.5 No artigo 176, seguindo nossa tradição constitucional, mantêm-se as *jazidas e demais recursos minerais* e potenciais de energia hidráulica como *propriedade distinta da do solo,* para efeito de exploração ou aproveitamento, pertencendo à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra, em que se assegura participação ao proprietário do solo (§ 2.º do art. 176).

5.6 Fixou limite (12% ao ano) para a *taxa de juros reais* (§ 3.º do art. 192), punindo como usura sua cobrança acima daquele teto. Controverte-se a propósito da auto-executoriedade do comando e do conceito de juros reais, a depender, ou não, de lei, definindo-o. A vedação da cobrança de juros extorsivos, sobre ser verberada desde remotos tempos, na *Summa Theologiae* de Santo Tomás de Aquino (*cf.* as lições do Prof. *Caio Mário da Silva Pereira, in Instituições de Direito Civil,* vol. II, 5.ª ed., p. 112), não é estranha às Cartas Políticas de alguns países, como na Escandinávia.

6. *Política Urbana*

Nesse capítulo, preenche, por primeiro, a Constituição o conceito de *função social* da propriedade, ditando que a urbana a cumpre quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (§ 2.º do art. 182).

No § 3.º condiciona as *desapropriações de imóveis urbanos à* prévia e justa indenização em dinheiro e, no § 4.º, faculta ao Poder Público municipal, mediante lei específica, para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I — parcelamento ou edificação compulsória; II — imposto sobre a propriedade predial e territorial urbano progressivo no tempo; III — desapropriação em títulos da dívida pública.

A grande inovação fica por conta da edificação compulsória nos imóveis não aproveitados, gerando uma espécie de obrigação *propter rem* relativamente aos mesmos.

O artigo 183 consagra o *usucapião urbano,* no prazo de cinco anos, quando utilizado o imóvel para moradia, devendo o respectivo título de domínio, assim como a concessão do uso, ser conferido ao homem ou à mulher, independentemente do estado civil (§ 2.º).

O § 3.º ratifica o preceito de serem os imóveis públicos insuscetíveis de aquisição por usucapião, o que é reiterado no parágrafo único do artigo 191, ao ocupar-se do imóvel rural.

7. *Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária*

O artigo 184 outorga *à União a competência para desapropriar imóvel rural,* que não corresponda à função social, mediante pagamento em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, para fins de reforma agrária. Ressalva que as benfeitorias úteis e necessárias deverão ser indenizadas em dinheiro (§ 1.º), remetendo à lei complementar a disciplina de procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação (§ 3.º).

Preceitua serem insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária a pequena e média propriedades rurais e a produtiva (art. 185, I e II).

No artigo 186, novamente e pela primeira vez, como o fez para a propriedade urbana, define critérios para saber-se quando atende a propriedade rural à função social, dentre os quais seu aproveitamento racional e adequado.

Repete, no artigo 191, termos da atual Lei n.º 6.969, de 10-12-81, relativos ao usucapião especial do imóvel rural, cuja área amplia para 50 ha.

8. *Ordem Social*

Tem como *primado o trabalho* e *objetivo* o *bem-estar* e a *justiça social* (art. 193).

Após tratar da Saúde, Previdência Social, Assistência Social, Educação, na Seção relativa à Cultura prescreve, no artigo 216, constituírem *patrimônio cultural brasileiro* os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, em que se incluem manifestações que discrimina.

Determina, no § 5.º, o *tombamento* de todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Ao versar sobre a *Ciência e Tecnologia,* define, em consonância com o regramento da Ordem Econômica, integrar o *mercado interno* o patrimônio nacional, que será incentivado de modo a viabilizar o desevolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País (art. 219).

No Capítulo da *Comunicação Social,* reafirma a *liberdade de manifestação de pensamento,* (art. 220) mas, embora vedando a censura, condiciona a produção e programação das emissoras de televisão ao *respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família* (art. 221, IV).

Pela primeira vez, em capítulo próprio, tutela o meio ambiente, como direito de todos (art. 225 e parágrafos).

O § 5.º estabelece serem indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

9. *A Família*

Grandes inovações, a serem ainda meditadas, trouxe a Constituição nesse Capítulo. Reiterou ser a família a *base da sociedade*

(art. 226). A polêmica inovação ficou, porém, por conta da designada entidade familiar, assim reconhecida a *união estável* entre o homem e a mulher, para efeito de proteção do Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Questiona-se a respeito do alcance das conseqüências jurídicas oriundas daquela união que se põem sob o resguardo do texto constitucional, assim no que respeita ao patrimônio dos companheiros, à existência de obrigação alimentar entre ambos, ou se restringe sua previsão na Lei Básica, o que ao primeiro exame se infere da redação do comando, à proteção assistencial por parte do Estado, interpretação que se reforça pelo disposto no § 4.º, ao conceber também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Prescreveu-se a plena *igualdade entre o homem e a mulher* no que concerne ao exercício dos direitos e deveres oriundos da sociedade conjugal, o que há de repercutir em inúmeras situações disciplinadas no Código Civil e Processual (§ 5.º).

Reduziu-se o prazo para a *conversão* em *divórcio* de separação judicial ou para sua decretação direta quando houver separação de fato (um e dois anos, respectivamente — § 6.º do art. 226).

Estatuiu que a adoção será assistida pelo Poder Público (§ 5º. do art. 227), parecendo, todavia, que o mandamento, a pressupor a intervenção do Estado no ato, se circunscreve à adoção por parte de estrangeiros, na forma da lei.

No § 6.º, fixou a plena *equiparação de direitos e qualificações entre todos os filhos,* vedadas quaisquer discriminações relativas à filiação. Surtem profundas repercussões no campo do Direito Civil, no que tange, por exemplo, ao reconhecimento dos filhos em qualquer época, mesmo na constância da sociedade conjugal, abolindo o princípio *pater is est,* orientando-se pelo rumo da verdade biológica, o que traz preocupações sobretudo no atinente ao filho incestuoso. Questiona-se, também, em face da largueza do comando constitucional, se resultaram abolidas as diversas categorias de filiação consoante a sua origem, ou se apenas a norma equiparou-as nos direitos e deveres. Atingirá também as adoções supervenientes a filhos legítimos realizadas antes da Constituição, quando ao adotivo não se conferiam, na preponderância da opinião dos doutos, direitos sucessórios.

10. *Disposições Constitucionais Gerais*

Nestas, sobreleva a norma do artigo 243, que determina a *expropriação de glebas onde forem localizadas culturas ilegais* de plantas psicotrópicas, sem qualquer indenização, as quais serão destinadas ao assentamento (expressão pela primeira vez usada no texto) de colonos.

Está a cogitar-se, na verdade, de confisco, como impõe o parágrafo único em relação a todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas.

No artigo 245, preocupa-se com a *assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas* por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito, que será objeto de lei.

11. *Disposições Constitucionais Transitórias*

Ressalva o artigo 33 os *créditos de natureza alimentar* da possibilidade de parcelamento dos precatórios pendentes na data da Constituição, até oito anos, que admite. Importa fixar o sentido do qualificativo, que parece não se deva restringir aos alimentos por sangue ou parentesco, sob pena de perder sentido a exceção.

No tocante à *enfiteuse,* remeteu sua disciplina, que não poderia ser de outra forma, para a legislação ordinária, facultando ao foreiro, no caso de extinção, a remição do aforamento. Parece não haver desejado o constituinte enfrentar o problema de sua supressão, que os autores do Projeto do Código Civil afirmaram, para resguardar apenas as já constituídas, admitindo-a, todavia, na lei ordinária, respeitado o ato jurídico perfeito que a gerou.

Tanto assim se leva a crer, que, no § 3.º, se asseverou que continuará a *enfiteuse* sendo aplicada aos terrenos de marinha e acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima, o que desenganadamente é vetustez.

Previu-se, no artigo 51, a revisão pelo Congresso Nacional de todas as doações, vendas e concessões de terras públicas com área superior a três mil hectares, realizadas no período de 1.º de janeiro de 1962 a 31 de dezembro de 1987, podendo, no caso de concessões e doações, penetrar no exame da conveniência, ademais da legalidade, a que se restringe o das vendas.

III — *PRINCÍPIOS E DIRETRIZES*

Das principais normas expostas, que versam sobre Direito Privado, em especial o Direito Civil, dessumem-se princípios e diretrizes subjacentes à Constituição na matéria. Dentre eles e fornecendo uma de suas características, talvez a mais destacada, inscreve-se o da *valorização da Pessoa Humana,* acentuado sua *dignidade* e conferindo-lhe posição de *primado* entre os valores que tutela.

Tanto assim, que se tornou o pórtico da Constituição, como a deixar bem nítido que os demais bens que resguarda devam gravitar

em torno dela, centro de que se irradiam os direitos fundamentais, que enuncia de forma precisa e ampliativa, para os quais busca ainda meios de proteção preventivos e reparadores de suas eventuais lesões. Não se cingiu a inscrevê-los, ciente de que a mera declaração, só por si, pouco vale, se não vier acompanhada de eficaz tutela jurisdicional que lhes dê pronta atuação.

Ao lado de *pessoa,* percebe-se o nítido acolhimento que a Lei Máxima concedeu à *sociedade,* categoria distinta do próprio Estado e que se manifesta pelas mais variadas expressões do corpo social. Daí a valorização, enumeração e tutela, a igual, dos direitos coletivos e sociais, o cuidado permanente com interesses que transcendem ao indivíduo no organismo social, velando pelos direitos do consumidor, pelo meio ambiente (qualidade de vida), pelo patrimônio histórico, artístico, cultural, paisagístico, pelos chamados interesses difusos, ensejando ações próprias para defendê-los.

Papel importante na vigilância e promoção desses direitos incumbe ao Ministério Público, que teve dilargado seu campo de atuação, como o mais lídimo representante da *sociedade* que é.

E, se a Constituição enfatiza a *pessoa* e considera a *sociedade* além dos entes normais, nessa mesma corrente e sob conseqüente inspiração, empresta realce aos bens de natureza imaterial, com os quais tanto ou mais do que os corpóreos, inovando em nossa tradição constitucional, se preocupa. Assim, a constante determinação aos Governos, em todos os níveis, de empenharem-se pela conservação dos bens históricos, de valor artístico, cultural, paisagístico e arqueológico, como componentes da *humanidade* e de nossa MEMÓRIA NACIONAL. De igual modo, quando, repetidas vezes, acentua o direito do autor à liberdade de pensamento, nos mais variados campos da criação intelectual, e a proteção à obra gerada, no que chega a ser minuciosa. E ao determinar a reparação do *dano moral* em hipóteses de agravo e ofensa à dignidade das pessoas nos aspectos que expressou.

Tais diretrizes já seriam suficientes para atribuir-lhe nota típica, a distingui-la das Constituições anteriores sob a prevalência de *princípios e bens mais do espírito que da matéria.*

No entanto, não se detém a seiva precursora e fecunda. Na seara da *ordem econômica,* se prestigia a economia de mercado; entretanto, pela primeira vez em nossa história constitucional, antepõe-lhe o *trabalho* como um de seus esteios. E volta a valorizá-lo nos diversos setores em que cuida da *ordem social,* separada daquela, de que é fonte exclusiva, na enunciação dos direitos sociais e na própria previsão do *usucapião* que leva seu nome, *pro labore.* Co-

loca-se, assim, na linha dos ensinamentos da Encíclica *Laborem Exercens,* que, conciliando-o com o *capital,* mostra, todavia, sua preponderância por ser fator também de realização do homem na própria vida espiritual, do qual é indissociável em sua *dignidade.*

Ainda na *ordem econômica,* assenta como um dos princípios basilares de nossa economia a *livre iniciativa,* fundamento da economia de mercado, que importa preservar, para que, por meio da livre e sã competição, possam colher-se melhores frutos do progresso econômico, de acesso a todos.

Mas, nem só por isso descura de proteger a livre concorrência dos perigos que a rondam, persuasivos e tentadores, de dominação do mercado, com seu controle. O que se pode dar quer internamente, daí a repressão ao abuso do poder econômico, que se exige atuante, e a *defesa de nosso mercado produtor e consumidor,* seja em suas riquezas naturais (respeito anterior à nossa *independência*), seja quando ameaçado por forças mais pujantes de empresas externas, que podem levá-lo a sucumbir, tornando-o excessivamente vulnerável e dependente do jogo dos interesses internacionais, nem sempre coincidentes com os da soberania.

E, nesta parte, o conceito de empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, aplicado sem preconceitos xenófobos, é válido para resguardar aquela meta, do qual se utilizaram e a que ainda recorrem vários países, outrora menos desenvolvidos, e, em escala mais larga, viceja no âmbito da própria Comunidade Econômica Européia.

Procurou ainda qualificar a função social da propriedade, em áreas distintas, a urbana e rural, em torno de seu emprego adequado ao *bem comum.*

Estes, talvez, os traços que mais ressaltam na Constituição Brasileira de 1988, que lhe dão nota típica, ao preocupar-se simultaneamente com o *homem* e a *sociedade,* entes inseparáveis, com primazia aquele, que se sobrepõem às formas de Organização Política e de seus poderes.

Eis por que não seria talvez demasia, admitidas embora suas falhas e omissões, próprias da deficiência do homem, concebê-la como uma *Constituição Humanista,* no mais visceral do termo, dado que situa a *pessoa humana,* no plano temporal a que se destina e, em harmonia com os valores de seu tempo, como *princípio, meio e fim* da nova ordem que constrói, mesmo quando tutela os direitos oriundos do seu grupamento, a *sociedade.* E consagra a *liberdade.*

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

GUSTAVO TEPEDINO*

SUMÁRIO: 1 Constitucionalização do direito civil e análise funcional dos institutos. 2 A função social e a autonomia privada. 3 A função social e o exercício da propriedade. 4 Conclusão.

1 Constitucionalização do direito civil e análise funcional dos institutos

Nas últimas décadas, o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição, em difusa experiência contemporânea, da Europa Continental à América Latina. Tal realidade, vista por muitos com certa desconfiança, na tentativa de reduzi-la a fenômeno de técnica legislativa – ou mesmo à mera atecnia –, revela processo de profunda transformação axiológica, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na noção de *ordem pública constitucional*.[1]

Nesse contexto, a promulgação da Constituição brasileira de 1988 veio a exigir que os institutos do direito civil (como propriedade, empresa, família e contratos) fossem funcionalizados à plena realização da dignidade da pessoa humana – princípio alçado pelo constituinte à categoria de fundamento da República[2] – em prol da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo central da nova ordem constitucional.[3]

A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora da dogmática do direito civil brasileiro, e principal elemento normativo para a promoção dos valores existenciais. Opera-se, em decorrência do princípio, a

* Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

[1] Conforme se expôs em outra sede: "Entre controvérsias, aplausos e objeções, o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundantes, do Código Civil para a Constituição, em difusa experiência contemporânea, da Europa Continental à América Latina. Tal realidade, vista por muitos com certo desdém, na tentativa de reduzi-la a fenômeno de técnica legislativa – ou mesmo à mera atecnia –, revela processo de profunda transformação social, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública" (TEPEDINO, Gustavo. *Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, 2000, vol. 2, Editorial).

[2] Art. 1º da CR de 1988: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana".

[3] Art. 3º da CR de 1988: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária".

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 54 (3ª Fase), out./dez. 2014, p. 141-154.

funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, a realizar, assim, processo de inclusão social, com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos e de renovadas situações jurídicas existenciais desprovidas de titularidades patrimoniais, tuteladas independentemente (ou mesmo em detrimento) destas.

Nesse cenário, o indivíduo, elemento subjetivo abstrato do direito civil codificado, deu lugar, na sede das relações de direito privado, à pessoa humana, para cuja promoção se volta integralmente o ordenamento. Tal mudança de paradigma resultou de processo histórico peculiar, a partir do qual se percebeu que as conquistas seculares do direito público (que produziu sucessivas gerações de direitos e garantias fundamentais do cidadão perante o Estado)[4] tornar-se-iam inoperantes, no que tange às transformações sociais pretendidas, não fosse a incidência da norma constitucional sobre as relações privadas, permeando os liames intersubjetivos estabelecidos no seio das comunidades intermediárias. Significa dizer que empresa, família, propriedade, contratos e todos os espaços tradicionais de liberdade deixam de ser considerados microcosmos imunes à incidência do dever de promoção existencial e do pleno desenvolvimento da personalidade.

Remodelam-se, assim, as relações de consumo, os contratos de massa, o exercício do direito de propriedade e do controle das empresas, o relacionamento de poder estabelecido nas entidades familiares, que se democratizam, sempre no sentido de conferir efetiva promoção da dignidade da pessoa humana, em conformidade com o mandamento constitucional.

Neste renovado direito civil interpretado à luz da Constituição, abandona-se a noção da pessoa humana como sujeito de direitos abstrato, anônimo, e cuja importância se associava exclusivamente à capacidade patrimonial. Atenta-se, isso sim, para a sua qualificação na relação jurídica concreta em que se insere, levando-se em consideração o valor social da sua atividade. A pessoa humana, portanto, qualificada de acordo com a sua realidade específica, e protegida pelo ordenamento segundo seu grau de vulnerabilidade em concreto, torna-se a categoria central do direito privado contemporâneo.

Tal perspectiva tem como resultado necessário a atribuição de poderes ao titular de cada situação jurídica subjetiva em conformidade com a função por ela desempenhada. Os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica privada só merecerão tutela na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados. A proteção dos interesses privados não mais se justifica apenas como expressão da liberdade individual, mas, além disso, também em virtude da função que tais interesses desempenham para a promoção de

[4] "Na primeira geração encontram-se os direitos individuais, que traçam a esfera de proteção das pessoas contra o poder do Estado, e os direitos políticos, que expressam os direitos da nacionalidade e os de participação política, que se sintetizam no direito de votar e ser votado. Na segunda geração estão os direitos sociais, que incluem os direitos trabalhistas e os direitos a determinadas prestações positivas do Estado, em áreas como educação, saúde, seguridade social e outras. Na terceira geração estão os direitos coletivos e difusos, que abrigam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos do consumidor. Já se fala em uma quarta geração, que compreenderia o direito à democracia e ao desenvolvimento" (BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 177-178).

posições jurídicas externas, as quais alcançam e integram a ordem pública constitucional. Vincula-se, assim, a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização dos direitos subjetivos).[5]

Na esteira desse processo construtivo, doutrina e jurisprudência têm procurado estabelecer o conteúdo da função social dos contratos e da propriedade, com vistas a delinear precisamente os limites impostos à autonomia privada. E, de fato, embora os ditames da função social – incidente sobre toda e qualquer situação jurídica subjetiva – não se restrinjam ao contrato e à propriedade, é para a sua análise que maior esforço se tem despendido, seja por sua repercussão econômica, seja por serem objeto de expressa previsão constitucional e legislativa.

2 A função social e a autonomia privada

Positivou o Código Civil, na conhecida dicção de seu art. 421, o princípio da função social do contrato, ao estabelecer que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Tal preceito, a despeito das diversas correntes doutrinárias que surgiram acerca de seu conteúdo,[6] deve ser entendido como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República –, bem como da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República –, impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos.[7]

Desse modo, no sistema em vigor, o princípio da função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública. A função é considerada um fim para cuja realização se justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes. Por isso mesmo, dispõe o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil que "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".

---

[5] "Com isso não se projeta a expulsão ou a 'redução' quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e civilístico em especial: o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não pode ser eliminado. A divergência, certamente não de natureza técnica, concerne à valoração qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo não para 'humilhar' a inspiração econômica, mas, pelo menos, para lhe atribuir uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa" (PERLINGIERI, Pietro, *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 121).

[6] Sobre as diversas correntes, v. TEPEDINO, Gustavo, Notas sobre a Função Social do Contrato, in TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson, *O Direito e o Tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395 e ss.

[7] "Extrai-se daí a definição da função social do contrato, entendida como dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio-ambiente, às relações de trabalho" (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In: *Temas de direito civil*. t. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 20).

Inserida no processo de funcionalização dos institutos do direito civil, a função social enseja a mitigação do princípio da relatividade dos contratos (por assim dizer, a *relativização da relatividade*), por meio da imposição de deveres aos contratantes.[8] O princípio em tela traduz, portanto, a determinação, aos contratantes, de deveres extracontratuais socialmente relevantes, como forma de superar a já arcaica noção de que o contrato só gera deveres entre as partes. Pelo contrário, inserido que está na ordem civil constitucional comprometida com valores de solidariedade e igualdade substancial, o contrato apenas será merecedor de tutela pelo ordenamento se promover tais valores.

Tal visão costuma gerar reações de duas espécies. A primeira associa essa perspectiva funcional a ideologias autoritárias e comunitaristas – tais como o fascismo e o comunismo – que vincularam, no passado, a iniciativa privada a interesses estatais ou institucionais supraindividuais. Essa concepção não poderia prosperar, vez que a noção contemporânea de função social em nenhum momento subordina os interesses individuais legítimos a interesses ou entidades supraindividuais. A funcionalização imposta pelo constituinte, ao revés, postula a plena promoção da dignidade da pessoa humana e de seus interesses existenciais.

A segunda reação à funcionalização das situações jurídicas subjetivas vislumbra a autonomia privada como garantia pré-jurídica, reconhecida (e não outorgada) pelo constituinte como tradução das liberdades individuais. Assim sendo, os limites à liberdade de contratar jamais poderiam ser essenciais ou internos ao negócio; ao contrário, seriam sempre externos, contrapondo à liberdade os interesses de ordem pública. Nessa ótica individualista, desde que respeitados os pontuais limites externos fixados pelo legislador, a atividade contratual poderia desenvolver-se livre de qualquer restrição ou condicionamento. Vale dizer, uma vez reputado válido o ato jurídico – porque não colidente com as normas imperativas – os contratantes disporiam de uma espécie de salvo-conduto, a lhes conferir a suposta prerrogativa de exercer a liberdade contratual em termos qualitativamente absolutos, embora quantitativamente limitados.

Tais objeções, contudo, referem-se a conceito de função inteiramente ultrapassado. Nos dias de hoje, ao contrário, o recurso à função revela o mecanismo dinâmico de vinculação das estruturas do direito, em especial dos fatos jurídicos, das situações subjetivas e de todas as relações jurídicas, aos valores sociais consagrados pelo ordenamento a partir de seu vértice hierárquico, o texto constitucional.[9]

[8] A esse respeito, já se afirmou, em outra sede, que o esmorecimento do princípio da relatividade "não deve significar, todavia, uma ampliação da proteção aos próprios contratantes, o que amesquinharia a função social do contrato, tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, postos legítimos, já se encontram suficientemente tutelados pelo contrato. De outra parte, o princípio da boa-fé objetiva, informado pela solidariedade constitucional, por não se limitar ao domínio do contrato, alcança todos os titulares de situações jurídicas subjetivas patrimoniais, vinculando-os ao respeito de posições contratuais, suas ou de terceiros. Por isso mesmo, fundamenta-se na boa-fé objetiva a proteção do crédito em face de terceiros, não já no princípio da função social" (*Novos princípios contratuais e teoria da confiança:* a exegese da cláusula do *the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*. t. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 251).

[9] "A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e todavia não a única, se for

Com efeito, consiste a função em elemento interno e razão justificante da autonomia negocial, não no sentido de se subjugar a iniciativa privada a entidades ou elementos institucionais supraindividuais, vale repetir, mas com vistas à instrumentalização das estruturas jurídicas aos valores do ordenamento, a permitir o controle dinâmico e concreto da atividade privada.

A partir da análise funcional do contrato e das situações jurídicas subjetivas, a grande dicotomia do direito privado deixa de ser baseada na estrutura desses mesmos centros de interesse – como ocorre na (cada vez menos significativa) distinção entre direitos reais e obrigacionais[10] – e cede lugar à distinção funcional entre as relações patrimoniais e existenciais.[11] Tais relações diferem na medida em que desempenham funções díspares, atraindo, por conseguinte, disciplinas igualmente diversas.

A adoção desta perspectiva funcional enseja, ainda, a revisão de diversos cânones do direito privado, impondo-se, notadamente, a superação da técnica da subsunção pelo aplicador das normas jurídicas. Tal método, baseado no raciocínio silogístico, limita-se a enquadrar o fato (premissa menor) à *fattispecie* abstrata prevista na norma (premissa maior), daí decorrendo a conclusão – pretensamente rigorosa, de modo a mascarar as escolhas ideológicas do intérprete. Deve-se, ao revés, no processo unitário de interpretação e qualificação do fato, confrontar este último com o inteiro ordenamento jurídico, com vistas a determinar a disciplina jurídica aplicável para a hipótese concreta.[12]

---

individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores" (PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do Direito Civil:* Introdução ao Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12).

[10] Relativizaram-se muitas das características que tradicionalmente diferenciavam as duas categorias. No âmbito dos direitos reais, observa-se que: "Não se pode negar que as servidões prediais e as grandes incorporações imobiliárias se constituíram numa espécie de tipos abertos, cujo conteúdo foi sendo fixado, não sem ousadia, pelo operador econômico, delineando-se um quadro riquíssimo de servidões rurais, condomínios com dimensões fabulosas, empreendimentos de *shopping centers*, multipropriedades imobiliárias e condomínios de fato, utilização de espaços em cemitérios, tudo isso sem que houvesse previsão legal específica. [...] Dessa forma, deve-se redimensionar a discussão quanto ao princípio do *numerus clausus*, mesmo se admitindo, desde logo, que a reserva legal para a predisposição de uma nova figura real é inderrogável, por traduzir princípio de ordem pública" (TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*, vol. XIV. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 38-39). Por outro lado, no direito obrigacional, assistiu-se a uma reformulação do princípio da relatividade, de forma a permitir que os efeitos do contrato sejam estendidos a quem não fosse parte contratante, "sempre que tal extensão tenha por fim garantir a previsibilidade e a segurança das relações contratuais, ou demais valores a cuja realização o contrato se considere igualmente funcionalizado" (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 234).

[11] "De um ponto de vista objetivo, a situação é um interesse que, essencial à sua existência, constitui o seu núcleo vital e característico. Interesse que pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoal e existencial, ora um e outro juntos (...). No ordenamento dito privatístico encontram espaço sejam as situações patrimoniais e entre essas a propriedade, o crédito, a empresa, a iniciativa econômica privada; sejam aquelas não patrimoniais (os chamados direitos da personalidade) às quais cabe, na hierarquia das situações subjetivas e dos valores, um papel primário" (PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional*, cit., p. 106).

[12] Ao propósito, observou-se argutamente: "Tamanho redirecionamento exige uma teoria da

É a perspectiva funcional que permite que o controle social sobre os atos de autonomia privada não se limite ao exame de estruturas ou tipos abstratamente considerados – em simples valoração de licitude segundo a qual, por exemplo, uma locação cujo objeto não fosse proibido por lei resultaria sempre legítima –, dando lugar ao exame do merecimento de tutela do tipo no caso em exame, a verificar qual função econômico-individual desempenha a *fattispecie* concreta.[13]

Tal juízo de merecimento de tutela apenas se revela possível por meio da aplicação das normas constitucionais como núcleo valorativo hierarquicamente superior e indispensável para a unificação do sistema. Cumpre evitar, para tanto, que os princípios constitucionais, dotados de menor concretude, percam sua força normativa diante das regras, que apresentam maior densidade e detalhamento regulatório. Torna-se fundamental, por isso mesmo, a releitura de conceitos tradicionais do direito privado a partir da tábua axiológica constitucional, "parte integrante da dogmática do direito civil, remodelando e revitalizando seus institutos, em torno de sua força reunificadora do sistema".[14]

Nesse contexto, a função social definirá a estrutura dos poderes dos contratantes no caso concreto, e será relevante para se verificar a legitimidade de certas cláusulas contratuais que, embora lícitas, atinjam diretamente interesses externos à estrutura contratual – cláusulas de sigilo, de exclusividade e de não concorrência, dentre outras. Sendo assim, nos termos do art. 421 do Código Civil, toda situação jurídica patrimonial, integrada a uma relação contratual, deve ser considerada originariamente justificada e estruturada em razão de sua função social. Como ocorrido em relação à propriedade, opera-se a transformação qualitativa do contrato, que passa a consubstanciar instrumento para a concretização das finalidades constitucionais.[15]

A autonomia privada, assim, não mais pode ser concebida como valor absoluto, o qual apenas poderia sofrer restrições pontuais por meio de normas de ordem pública. Ao revés, o princípio da autonomia privada deve ser revisitado e lido à luz dos valores constitucionais, não sendo possível admitir espécies de zonas francas de atuação da autonomia privada, imunes ao controle axiológico ditado pela Constituição da República.

---

interpretação jurídica que, diferentemente da tradicional, não se limite a uma operação formalista, por meio da fria subsunção da situação fática à norma que a descreve de modo mais minucioso, mas que se mostre comprometida com a aplicação de todo o ordenamento jurídico a cada caso concreto, em uma busca permanente pela máxima realização de seus valores fundamentais" (SCHREIBER, Anderson, "Direito Civil e Constituição", in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 48, Rio de Janeiro: Padma, out-dez/2011, p. 15).

[13] "Em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivo à realização dos atos dos particulares, mas exprime juízos sobre eles, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber um juízo positivo, o ato deve ser também merecedor de tutela" (PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do Direito Civil:* Introdução ao Direito Civil Constitucional, cit., p. 92).

[14] TEPEDINO, Gustavo, *Direito Civil e Ordem Pública na Legalidade Constitucional*, In Nelcir Antoniazzi, (Org.), *República, Poder e Cidadania:* Anais da XIX Conferência Nacional dos Advogados, Brasília: OAB, Conselho Federal, 2006, vol. 2, p. 1142.

[15] TEPEDINO, Gustavo, et alii, *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10.

Na legalidade constitucional, a autonomia privada não representa um valor em si mesmo, como unidade normativa isolada, somente sendo considerada merecedora de tutela se promover, de forma positiva, os demais princípios e valores constitucionais.[16] Impõe-se ao intérprete, portanto, verificar se os atos de autonomia privada fazem jus à proteção do ordenamento, concedida se – e somente se – realizarem não apenas a vontade individual dos contratantes (perseguida precipuamente pelo regulamento de interesses), mas, da mesma forma, os interesses extracontratuais socialmente relevantes voltados à promoção dos valores constitucionais.

Em definitivo, a função social – elemento interno dos atos jurídicos – impõe aos titulares de situações subjetivas a obrigação de perseguir, ao lado de seus interesses privados, interesses extracontratuais socialmente relevantes, assim considerados pelo legislador constitucional, sob pena de não se reputar merecedor de tutela o exercício da liberdade de contratar. Busca-se tutelar, com o contrato, não apenas os interesses das partes mas, também, o interesse social alcançado.[17]

3 A função social e o exercício do direito de propriedade

No âmbito de uma ampla reforma de matriz econômica e social, a disciplina da propriedade foi significativamente transformada pela Constituição brasileira de 1988, de tendência nitidamente personalista e solidarista. O texto trouxe inovação de forma provavelmente nunca antes vista no tratamento do exercício do direito de propriedade, promovendo sua funcionalização aos valores sociais e existenciais, quase quinze anos antes que o codificador de 2002 assim também viesse a fazê-lo.

Tal caráter inovador da Constituição de 1988 se revela evidente a partir de uma análise – ainda que breve – da história do direito civil brasileiro desde o Código Civil de 1916 até que se chegasse ao estágio atual. O referido diploma era fruto da dogmática civilística clássica, na qual se estudava a propriedade do ponto de vista exclusivamente estrutural (a partir do conjunto de poderes atribuídos ao proprietário). Com isso, o Código Civil de 1916, assim como outros códigos de ordenamentos da família romano-germânica, limitava-se a descrever e assegurar os poderes do proprietário. De um lado, o conteúdo econômico do domínio ou senhoria, composto pelas faculdades de usar, fruir e dispor. De outro, o conteúdo propriamente jurídico, consubstanciado na faculdade de repelir, mediante ações próprias, a ingerência alheia.[18]

[16] "Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e funções que merecem tutela e são socialmente úteis (...) a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais" (PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do Direito Civil:* Introdução ao Direito Civil-Constitucional, cit., pp. 18-19 e 277).

[17] "No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade" (*Perfis do Direito Civil:* Introdução ao Direito Civil-Constitucional, cit., p. 121).

[18] Assim, nos termos do art. 524 do Código Civil de 1916: "A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente

A positivação do direito de propriedade funcionou, desse modo, como garantia de poderes conferidos ao titular do direito subjetivo com vistas à tutela do conteúdo econômico e jurídico do domínio. De uma parte, o ordenamento assegurava ao titular do direito de propriedade um instrumental de tutela da senhoria, esgotando-se, assim, no direito subjetivo individual do proprietário, a possibilidade de aproveitamento econômico do bem.[19] De outra, garantia ao proprietário o poder de reaver a coisa de quem a detivesse, conferindo-lhe legitimidade para o exercício de ações postas à sua disposição para afastar as ingerências externas – ações possessórias e petitórias –, circunscrevendo-se assim a tutela jurídica do domínio como expressão máxima do direito subjetivo patrimonial.[20]

O Código Civil de 1916, como se pode notar, não cogitava do aspecto funcional do instituto no sentido que atualmente se reconhece à função social, vale dizer, como elemento jurídico efetivamente presente no núcleo de poderes do proprietário.[21] A propriedade somente era limitada por razões de natureza externa, que se resumiam às normas de ordem pública, responsáveis por impedir eventuais atos emulativos por parte do proprietário.[22]

Posteriormente, verificaram-se referências à função social da propriedade nas Constituições Brasileiras de 1946 e de 1967 (com a Emenda nº 1/1969). A norma constitucional de 1946 incluiu a propriedade entre os

os possua". Ebert Chamoun ressalta a construção do direito de propriedade nos moldes do individualismo clássico: "E o conceito de propriedade continua evoluindo ao sabor das ideias individualistas. O liberalismo concedendo a todos um exercício amplo de todos os poderes fez com que se criasse um ponto de partida para a igualdade de direitos mesmo para os que têm direitos desiguais. Justamente porque as idéias individualistas grassaram na Idade Média – que é o berço do capitalismo – é que a propriedade nessa época toma um caráter de direito absoluto e daí dizer um autor da Idade Média que a propriedade é o direito de usar e abusar nos limites em que o direito da razão o tolera (*ius utendi et fruendi quatenus iuris ratio patitur*)" (*Direito Civil. Aulas do 4º ano de direito civil proferidas na Faculdade de Direito da Universidade do Distrito Federal*, Rio de Janeiro: Aurora, 1955, p. 53). Do mesmo modo, no âmbito do Código Civil francês, paradigma do liberalismo jurídico, Christian Larroumet lembra que "Il était admis, au début du XIX siècle, que l'*usus* et le *fructus* pouvaient être exercés par le propriétaire librement et 'de la manière la plus absolue' sans avoir de compte à rendre à personne, sauf, bien sûr, dans le cas où le propriétaire était lié envers d'autres personnes par des contrats relatifs à exploitation ou à la jouissance de la chose" (*Droit Civil*, t. 2, *Les Biens, Droits réels principaux*, 3 édition, Paris: Economica, 1997, p. 127).

[19] Para uma análise crítica da construção tradicional do direito das coisas vinculado à ideia do valor de troca dos bens jurídicos, centrado, portanto, em uma acepção econômica do Direito, ver Eroulths Cortiano Junior, *Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo)* in RAMOS, Carmen Lucia Silveira *et al* (coord.), in *Diálogos sobre o direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 155-165.

[20] V., por todos, BEVILAQUA, Clovis: "O conteúdo positivo do direito de propriedade está indicado nas expressões – usar, gozar e dispor de seus bens, que, aliás, pressupõem a posse. A defesa especial desse direito, claramente aparece nas palavras – de reavê-las do poder de quem quer que injustamente as possua, que se referem à ação de reivindicação" (*Código Civil Comentado*, vol. III, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958, p. 45).

[21] Neste ponto, avançou o Código Civil de 2002, ao vincular o exercício do direito de propriedade às suas finalidades econômicas e sociais, prevendo, desta feita, a função social da propriedade (v. art. 1.228, § 1º).

[22] Nesta direção, identificando as restrições ao direito de propriedade com limitações de leis de ordem pública, ver CARVALHO SANTOS, J. M de, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. VII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, pp. 270-271. No mesmo sentido, ver, ainda, BARROS MONTEIRO, Washington de, *Curso de Direito Civil*, vol. III, São Paulo: Saraiva, 1981, pp. 96-97.

alicerces da ordem econômica, além de mencionar, pela primeira vez, a função social da propriedade autonomamente (art. 147).[23] Da mesma forma, o texto constitucional de 1967 revelava a preocupação do ordenamento brasileiro com a função social, disciplinada no art. 160, III como princípio de ordem econômica e social.[24] Apesar dessas previsões constitucionais acerca da função social da propriedade, o tema nunca chegara a ser assimilado de fato pelo direito civil, que parecia relegar ao princípio a mera função de orientação do legislador ordinário.

Em face da aludida dificuldade de assimilação da noção de função social pelo direito civil brasileiro, decidiu o constituinte de 1988 adotar medidas diversas das anteriormente verificadas na história constitucional do país. Assim, a Constituição de 1988, ao contrário das anteriores, prevê a função social da propriedade não somente no título referente à ordem econômica e financeira (Título VII), mas também naquele referente aos direitos e garantias fundamentais (Título II). A inserção da matéria neste último, mais precisamente no art. 5º, inciso XXIII – ao lado, portanto, da cláusula pétrea de proteção da propriedade privada (art. 5º, XXII) – alça o aspecto funcional da propriedade a direito fundamental.

Observa-se, ainda, que a Constituição de 1988 prevê, como fundamento da República, o princípio-valor da dignidade humana, nos termos do art. 1º, III. Em seguida, descreve como objetivos fundamentais, conforme a dicção do art. 3º, I e III, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (princípio da solidariedade social) e a diminuição das desigualdades sociais e regionais (princípio da igualdade substancial).

Nesse cenário, parece imperioso reconhecer que a definição dos fundamentos e objetivos centrais da República, bem como a previsão expressa do aspecto funcional da propriedade como direito fundamental, levam à conclusão de que a Constituição de 1988 subordina a utilização dos bens patrimoniais ao atendimento de direitos existenciais e sociais.[25] Reforça essa conclusão o entendimento de que todos os princípios referidos são dotados de *status* de norma jurídica constitucional – localizados, portanto, no ápice hierárquico do ordenamento. Não podem, desse modo, ser reduzidos a letra morta, devendo, ao reverso, vincular os titulares de direitos patrimoniais e definir o conceito jurídico de função social. O ordenamento, por conseguinte, diante do texto constitucional, não mais se coaduna com a visão da propriedade privada como espaço imune à ingerência do Poder Público, espécie de salvo-conduto para a liberdade individual.

[23] Nos termos do art. 147 da Constituição da República de 1946: "O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos".

[24] Constituição Federal de 1967, art. 160: "A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade".

[25] Sobre o tema, CATERINI, Enrico afirma que "i rapporti reali saranno 'garantiti' da una funzione sociale costituzionale che realizza scopi reputati primari dall'ordinamento costituzionale, come la salute e la dignità umana, la libertà e la sicurezza, il lavoro quale strumento di realizzazzione della personalità e l'ambiente come interesse esistenziale" (*Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato: Proprietà*, diretto da PERLINGIERI, Pietro, vol. III, Napoli: Scientifiche Italiane, 2005, p. 119).

Ao revés, se o ordenamento é unitário, e se tais deveres constitucionais são vinculantes – sob pena de não se preservar a própria noção de ordenamento –,[26] a função social da propriedade, como expressão da primazia constitucional dos valores da solidariedade, igualdade e dignidade humana,[27] torna-se elemento interno do domínio. Desse modo, exige-se que as liberdades individuais tenham por função, ao lado da legítima preocupação com os interesses de seu titular, o alcance de interesses socialmente relevantes atingidos por seu exercício.

Assim, os requisitos insculpidos no art. 186, informados pelos aludidos princípios, oferecem ao legislador (em particular no que se refere aos planos diretores das cidades e à reforma agrária) e ao intérprete o conteúdo constitucional da disciplina da propriedade: o exercício do domínio somente será merecedor de tutela se atender à função social preestabelecida na Constituição, sistematicamente interpretada, e reafirmada pelo art. 1.228, §1º, do Código Civil de 2002. Tal conclusão tem grande repercussão prática e as suas consequências fazem-se notar, por exemplo, na hipótese de desapropriação por utilidade pública.

Tradicionalmente, identificava-se na propriedade uma relação entre sujeito e objeto, característica típica da noção de direito real absoluto (ou pleno), expressão da "*massima signoria sulla cosa*" — formulação incompatível com a ideia de relação intersubjetiva. Diante da adoção pelo ordenamento brasileiro da função social da propriedade, todavia, esse entendimento foi drasticamente superado: com efeito, a propriedade não mais pode ser vista como a atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente,[28] ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo,[29] de tal forma que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanação de sua senhoria sobre o bem. A definição do conteúdo da propriedade, em vez disso, se dará a partir

[26] Seja consentido remeter, sobre a matéria, a TEPEDINO, Gustavo, *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*, *in* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (coords.), *A Constitucionalização do Direito:* Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas, Rio de Janeiro: Forense, 2007, onde se aduz: "Assim, chega-se à noção de ordenamento não como repositório de normas jurídicas, mas como conjunto de ordenamentos dos casos concretos, para cuja construção o intérprete levará em conta os elementos condicionantes dos fatos e das normas jurídicas conjuntamente interpretadas em cada conflito de interesses. (...) E tendo em vista a unidade indispensável à própria existência do ordenamento, a interpretação deste processo complexo há de ser feita, necessariamente – convém insistir –, à luz dos princípios emanados pela Constituição da República, que centraliza hierarquicamente os valores prevalentes no sistema jurídico, devendo suas normas, por isso mesmo, incidir diretamente nas relações privadas" (pp. 314-315).

[27] Trata-se, em verdade, da primazia da própria pessoa humana como núcleo valorativo do ordenamento. A respeito da Constituição italiana, mas de todo aplicável ao caso brasileiro, afirma PERLINGIERI, Pietro: "A presença, na Constituição [italiana], de numerosas previsões de direitos civis (direito à saúde, ao estudo, à vida livre e digna etc.) e de liberdades civis, unidas à cláusula geral de tutela do livre desenvolvimento da pessoa humana (art. 2), [...] permite considerar de forma qualitativamente diversa o tema da pessoa, de maneira a elevá-la ao centro do ordenamento, estendendo a sua tutela e relevância objetiva" (PERLINGIERI, Pietro, *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, cit., p. 585).

[28] V., a título de exemplo, a refinada construção de PASSARELLI, F. Santoro, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, cit., p. 8, segundo o qual, "questi doveri [impostos ao proprietário] si possono anche, se si vuole, considerare come sorgenti dallo setesso diritto di proprietà, a patto di mantenerli, come sono, fuori di quel nucleo caratteristico del diritto soggettivo, che è il potere di soddisfare un proprio interesse e soltanto il proprio interesse". Para uma substanciosa crítica a tal posição, v. Scalisi, *Proprietà e governo democratico dell'economia*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 221 e ss.

[29] U. Natoli, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1980, 2ª ed. Riv. e ampl. (rist.), pp. 187-202.

de centros de interesses extraproprietários, que deverão sempre ser regulados de acordo com a concreta relação jurídica de propriedade.[30]

Tal conclusão oferece valioso suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo. A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo. Pode-se mesmo dizer, com apoio na doutrina mais atenta, que a função social parece capaz de moldar o estatuto proprietário na sua essência, constituindo "*il titolo giustificativo, la causa dell'attribuzione*"[31] dos poderes do titular, ou seja, "*il fondamento dell'attribuzione, essendo divenuto determinante, per la considerazione legislativa, il collegamento della posizione del singolo con la sua appartenenza ad un organismo sociale*".[32]

No panorama contemporâneo, dito de outra maneira, já se superou a antiga concepção em que a propriedade privada atendia apenas aos interesses do proprietário. Com efeito, ela se tornou, isso sim, instrumento para a proteção da pessoa humana; a utilização dos bens privados e o consequente exercício do domínio devem, portanto, respeitar e promover as situações jurídicas subjetivas existenciais e sociais por ela atingidas. A função social não se limita, assim, a mero conjunto de restrições externas ao domínio, mesmo porque restrições desta natureza sempre existiram. A funcionalização do instituto da propriedade consiste na introdução de um critério de valoração da própria titularidade, segundo o qual atuações positivas passam a ser exigidas do titular, a fim de que seu exercício se adeque à tarefa que dele se espera na sociedade (por força não apenas de anseios morais da mais alta valia, mas também – e principalmente – por força, como já ressaltado, de comando constitucional).

A propriedade afasta-se, desse modo, de sua tradicional feição de direito subjetivo absoluto, ou, ainda, limitado apenas negativamente, para converter-se em situação jurídica complexa, que enfeixa poderes, deveres, ônus e obrigações, e cujo conteúdo passa a depender de interesses extraproprietários, a serem regulados no âmbito de cada relação jurídica. Como dito, a função social há que ser definida em cada estatuto, isto é, diante das circunstâncias do caso concreto.

Na esteira dessas considerações, merece destaque uma significativa decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de 1998. Na hipótese, empresa arrendatária de imóvel rural (Fazenda Primavera) viu sua posse esbulhada por cerca de 600 famílias integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), que invadiram o terreno, ocupando-o. Ajuizou, em virtude disto, ação de reintegração de posse com pedido liminar, concedido pela juíza de primeiro grau, em decisão agravada pelo MST com pedido liminar de efeito suspensivo da liminar, deferido pelo Des. Rui Portanova, em regime de plantão.

[30] Sobre o tema, TEPEDINO, Gustavo, *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada* in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 4ª ed. p. 321 e ss.
[31] P. Perlingieri, *Note sulla crisi dello Stato sociale e sul contenuto minimo della proprietà*, in *Legal. e giust.*, 1983, p. 449.
[32] S. Rodotà, *Proprietà (diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, Torino, 1968, cit., p. 139.

A decisão judicial deu provimento ao Agravo impetrado pelo MST, fundamentando-se, basicamente, no não cumprimento da função social da propriedade arrendada, e na prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas. A constatação do desatendimento da função social foi levada a cabo pelo tribunal, com base nas relações jurídicas concretas, instauradas entre o arrendatário e os titulares da posse, incorporando, nas razões de decidir, quase que intuitivamente, o conceito de propriedade como situação jurídica complexa e dinâmica, funcionalizada ao atendimento de necessidades não patrimoniais.[33]

Ao lado dessa visão renovada da propriedade e das situações jurídicas patrimoniais, o acórdão enfoca um segundo importantíssimo aspecto, consistente na distinção entre *atendimento de função social* e *produtividade econômica*, conceitos frequentemente tomados como sinônimos, conforme se vê do voto da Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos: "A posse da agravada está comprovada não só pela identificação e instrumento acima referido, como pelo uso efetivo da área para atividade agrícola. A agravada mantém empresa em pleno funcionamento. Existem escritórios, casas, demais prédios para uso de empregados e oficinas, armazéns, silos e outros. (...) Não tenho qualquer dúvida que a Merlin Indústria e Comércio de Óleos Vegetais tem a posse, sendo a área útil e produtiva, portanto, observando o fim social a que se destina".

De fato, tem sido recorrente a confusão entre o atendimento à função social da propriedade rural e o seu aproveitamento econômico. A produtividade pode ser considerada um dos aspectos relevantes para que a propriedade alcance sua função social, devendo, contudo, estar associada à promoção de valores existenciais, consagrados pela Constituição nos princípios e objetivos fundamentais da República.

O constituinte já se manifestara neste sentido ao indicar, no art. 186, outros valores extrapatrimoniais – além dos já enunciados em seus artigos iniciais (*e.g.*, a preservação do meio ambiente) – que devem ser atendidos pela propriedade rural a fim de comprovar a plena realização da sua função social, em conformidade com a disciplina constitucional do instituto. O art. 184, por sua vez, coloca à disposição da Administração Pública meios hábeis a garantir a efetividade desta disciplina; efetividade que, aliás, não pode ser obstada por uma interpretação literal do art. 185, II, segundo o qual a propriedade produtiva não é passível de desapropriação. Chegou-se a afirmar que tal dispositivo consistiria em grande obstáculo à reforma agrária, porque autorizaria a invocação da tutela constitucional contra a desapropriação de latifúndios que apresentassem qualquer forma de produtividade.

A afirmação torna-se absurda à luz dos princípios constitucionais. A Constituição de 1988 – repita-se à exaustão – cuidou de funcionalizar a propriedade a valores inerentes à pessoa humana. A mera produtividade econômica não resguarda a propriedade, se não restarem atendidos os valores extrapatrimoniais que compõem a tábua axiológica da Constituição. Com isso, o latifúndio utilizado para fins especulativos, ainda que produtor de

[33] TJRS, Ag. Instr. 598360402, 19ª C.C., Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, julg. 6.10.1998.

alguma riqueza, estará descumprindo sua função social, por desrespeitar as situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere. Não merecerá, por conseguinte, a tutela jurídica, devendo ser desapropriado, em caráter prioritário, para fins de reforma agrária.

Na espécie, constatou-se que, inobstante pudesse vir a ser produtiva do ponto de vista dos resultados econômicos, a Fazenda Primavera não cumpria sua função social, o que se extraiu da existência de débitos fiscais em favor da União. Firmou-se, então, o acertado entendimento de que não cumpre sua função social a propriedade cujo titular, embora granjeando lucros, se esquiva de suas obrigações fiscais, as quais se destinam justamente a interesses sociais de grande repercussão, a depauperar o erário e retirar do Estado os instrumentos para a consecução de políticas públicas, como reconheceu o julgado: "A função social direta da empresa produtiva é o recolhimento de impostos, taxas públicas, encargos sociais, e a geração de empregos".

Da decisão comentada resulta evidente que somente no conflito concreto de interesses poderá o Judiciário valorar a utilização da propriedade quanto ao cumprimento dos deveres impostos por sua função social. A funcionalização da propriedade privada à promoção de valores existenciais não se coaduna com tentativas simplificadoras de encontrar critérios apriorísticos de atendimento da função social; é imprescindível que se levem em consideração as circunstâncias verificadas na realidade concreta de cada exercício do domínio.

A necessidade de avaliação da função social nos casos concretos tem sido, de resto, a tendência do Superior Tribunal de Justiça, revelada em diversas ocasiões. A título exemplificativo, no conflito entre o interesse do proprietário de hospital particular e o "direito do médico ao livre exercício de sua arte", a Corte considerou prevalente este último, negando-se alegada ofensa ao direito de propriedade por médico que, mesmo não integrando os quadros de determinada clínica particular, vale-se de suas instalações para atender a cliente seu, que necessitava de cuidados. Entendeu que a propriedade desempenhava, em tal caso, específica função social.[34]

No caso da Fazenda Primavera, contrapondo-se as situações jurídicas em jogo, tem-se, de um lado, o interesse genérico da arrendatária, inadimplente de obrigações tributárias, em gerar riquezas; de outro, o interesse de cerca de 600 famílias de trabalhadores em constituir moradia e extrair da terra trabalho e sustento, meios necessários para alcançarem patamar elementar de dignidade social, ou, como designado pelo acórdão comentado, "garantia a bens fundamentais como um mínimo social", que lhes foi negado pelo Estado.

A Fazenda Primavera, segundo constatou a Corte do Rio Grande do Sul, não cumpria sua função social; esta constatação derivou, dentre outros aspectos, do inadimplemento de obrigações tributárias (débitos fiscais). De

[34] "Médico. Direito de internar e assistir seus pacientes. (...) Decisão que reconheceu o direito do médico (...) de internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte de seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas da instituição, não ofendeu o direito de propriedade, estabelecido ao art. 524 do Código Civil. Função social da propriedade, ou direito do proprietário sujeito a limitações (...)" (STJ, REsp 27.039-3/SP, Rel. Min. Nilson Naves, 8.11.1993, DJ 7.2.1994).

outra parte, identificou-se a evidente necessidade de proteção aos direitos fundamentais (mínimo existencial) das 600 famílias acampadas, que se encontravam no outro polo do conflito. No confronto de tais valores, e diante da inércia do Poder Público em proceder ao assentamento, atentaram os magistrados à tábua axiológica da Constituição, e, tal como o texto de 1988, concederam primazia aos direitos fundamentais e aos valores existenciais.[35]

Restaram, assim, sacrificados os interesses patrimoniais (e a potencialidade econômica) da arrendatária, em favor dos direitos fundamentais dos trabalhadores sem terra, cuja tutela tem estado constantemente à espera de uma atuação eficaz do Poder Executivo, em prol da reforma agrária. Exsurge da decisão a responsabilidade coletiva derivada da inoperância governamental. Vale dizer, a omissão do governo não pode mais ser considerada, segundo realidade fática insofismável e reconhecida pelo Judiciário, um problema circunscrito aos excluídos, desgraçadamente sem terra, sem teto, sem roça, sem eira nem beira, mas deve, ao contrário, ser encarada como um drama social que atinge toda a nação e cuja superação não se pode alcançar sem se interferir no controle da riqueza e nos limites da propriedade privada.

A decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, se não teve, como advertiu o Des. Rui Portanova, o condão de dar o rumo da reforma agrária no Brasil, teve o inegável mérito de abordar a questão em consonância com a disciplina constitucional da propriedade, enfrentando os obstáculos à sua aplicação, revelando atuação incisiva por parte do Poder Judiciário, já não mais disposto a aguardar soluções políticas, distantes na sua sempre iminente realização.

A funcionalização da propriedade ao interesse social altera, assim, a concepção tradicional do domínio, de modo a legitimá-lo e justificá-lo no seio das relações sociais de aproveitamento da riqueza e de efetivação dos direitos fundamentais, sempre sob a perspectiva, inserida no rol das garantias constitucionais, de que a propriedade, além de representar o aproveitamento patrimonial (propriedade como garantia), serve de instrumento de promoção de moradia e de bem estar existencial (propriedade como acesso).

4 Conclusão

A mudança de perspectiva provocada pela funcionalização dos institutos de direito civil não se restringe à propriedade e ao contrato. O reconhecimento da prioridade axiológica da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, impõe a funcionalização de todas as categorias de direito civil, a exigir do civilista contemporâneo que se ocupe menos com a definição de conteúdo dos bens jurídicos abstratamente considerados (aspecto estático), e mais com seu exercício concreto (aspecto dinâmico). Verifica-se, assim, no exercício das posições jurídicas por seus titulares, quais situações subjetivas cumprem sua função econômica e social, de modo a torná-las, assim, merecedoras de tutela por parte do ordenamento.

[35] Nos termos do voto em comento: "Os doutrinadores afirmam que, havendo necessidade de sacrificar o direito de uma das partes, sacrifica-se o patrimonial, garantindo os direitos fundamentais, se a outra opção for esta".

LINDB

PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO (*)

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

1. O direito brasileiro, tomando por modêlo o anterior Código Civil italiano, determina que, esgotado o recurso à analogia e aos costumes, deve o juiz recorrer aos "princípios gerais do direito". O Código Civil austríaco de 1811, em seu artigo 7.º, que, pela primeira vez, a êles se referiu, mandava o intérprete usar os "princípios do direito natural". Mas, o positivismo jurídico fêz com que o legislador italiano de 1865, seguindo o modêlo do austríaco, abandonasse o adjetivo "natural", criando a fórmula "princípios gerais do direito", que nosso legislador aproveitou e que, como nota SCIALOJA (*Del diritto positivo e dell'equità*), têm atormentado os intérpretes. FADDA e BENSA, em notas à tradução italiana de WINDSCHEID (*Diritto delle Pandette*, vol. I), dizem serem tais princípios os do direito positivo italiano. Aliás UNGER (*System*), apesar de o Código Civil austríaco considerá-los como os do direito natural, interpreta-os como sendo os do direito vigente. Na Itália COVIELLO (*Manuale*) e SCADUTO (*Sull'identificazione dei principi generali del diritto*), além de outros, sustentam tese semelhante. Entretanto, há os que vêem nêles uma oportunidade para se recorrer ao direito natural. BRUNETTI, em 1906, em *Il delitto civile*, assim se manifestou. Mais tarde desenvolveu tal opinião no trabalho "Il diritto natural nella legislazione civile", aparecido na *Rivista di Diritto Commerciale* (1922). Dois anos antes, em conferência pronunciada na Universidade de Roma, publicada com o título *Sui principî generali del diritto* (1921), DEL VECCHIO sustenta opinião semelhante. Chamou a atenção para o fato de inexistir razão para identificá-los com os do direito nacional, porquanto tal limitação étnica estaria em desarmonia com o "espírito e com a própria letra da lei, que, referindo-se, de modo tão lato, aos princípios, não poderia ter em vista um sistema de

(*) Capítulo do livro *Elementos de Direito Civil*, a aparecer.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 04 (1ª Fase), jan./abr. 1968, p. 87-92.

direito nacional, no momento, aliás, ainda em formação, e sim, manifestamente, se referir às supremas verdades do direito *in genere*, vale dizer, aos elementos lógicos e éticos do direito, que, por serem nacionais e humanos, são, virtualmente, comuns aos diversos povos". "Asseverar — continua DEL VECCHIO, que os princípios gerais do direito são válidos sòmente para *cada povo particular*, isto é, que há tantas séries de princípios gerais do direito quantos sistemas particulares, se não é, claramente, uma verdadeira *contradictio in adjecto*, não corresponde, certamente, à crença numa *ratio juris* de caráter universal, que, desde os romanos, diga-se o que se quiser em contrário, é patrimônio comum de nossa consciência jurídica e, sem dúvida, inspirou também os autores do Código". Depois de outras considerações, identifica-os com os do direito natural, que "acompanha a humanidade em seu desenvolvimento" e que se acha presente na consciência jurídica, decorrente da natureza das coisas, "tal como esta pode ser apreciada pela razão".

Na época, em 1921, tal trabalho provocou discussão levando a MICELI, na *Rivista di Diritto Civile* (1921), a rebatê-lo. Reafirmou MICELI serem tais princípios os contidos no "ordenamento jurídico positivo, do qual podem ser extraídos, porquanto, em um sistema de direito positivo, nada há além ou diverso dêle. Para admitir a tese jusnaturalista seria necessário, diz MICELI, que tal sistema fôsse "em parte, positivo e em parte não positivo; em parte, direito e em parte, não-direito, o que seria absurdo". Por isso, afirma MICELI concluindo, "princípios gerais do direito é uma feliz expressão, porque, no fundo, significa que o direito positivo só pode ser interpretado com o direito positivo mesmo". É verdade — nota MICELI, que o "legislador pode fazer tudo e pode ainda comandar que o direito venha interpretado com elementos extra-jurídicos, mas, se assim proceder destruirá a harmonia do sistema, possibilitando o aparecimento de critérios subjetivos e arbitrários, que impedem o direito realizar a sua principal função, que consiste em dar ordem fixa, certa, objetiva às relações humanas". Tal corrente foi seguida pela maioria dos juristas italianos, como por exemplo, por PACIFICI-MAZZONI, SCADUTO, ROTONDI e COVIELLO. Êste último chegou a dizer que os referidos princípios "não podem ser outros que os fundamentais da mesma legislação positiva, que não se encontram escritos em nenhuma lei, apesar de serem os pressupostos lógicos necessários das distintas normas legislativas, das quais, por fôrça da abstração, devem exclusivamente deduzir-se". Repetia assim COVIELLO o que SCIALOJA já havia dito. Admitiu decorrer, entretanto, tais princípios de várias fontes, inclusive da razão ou da moral. Porém têm valor, escreve COVIELLO, não por tal origem, mas por informarem efetivamente o sistema

positivo do direito, chegando a ser dêsse modo "princípios de direito positivo e vigente". GROPPALI (*Le disposizione del nuovo codice civile sulla interpretazione delle leggi*), em 1939, reafirmou não serem tais princípios os do direito natural, porque ou já fazem parte do direito positivo, e então não podem mais ser considerados como os do direito natural, ou, então, não foram acolhidos pelo legislador, permanecendo na ordem das verdades racionais e da justiça abstrata, não podendo ser tidos como sendo de direito positivo e, como tais, aplicáveis no caso de lacuna.

Mas, tal posição, inspirada no positivismo jurídico, foi muito combatida. MAGGIORE, sem ser jusnaturalista, demonstrou não atender a interpretação positivista à finalidade para a qual tais princípios foram indicados pelo legislador para preencher as lacunas, pois, sendo de um direito histórico, seriam também incompletos, lacunosos, não podendo resolver casos criados pelos novos tempos. MAGGIORE, na Universidade de Pisa, em Congresso que foi realizado em 1943 sôbre tais princípios, chegou a dizer, na comunicação que apresentou, que não seria possível encontrar em um ordenamento jurídico feudal um princípio capaz de solucionar um caso oriundo da sociedade industrial. No "conceito romano de propriedade, e na sua regulamentação jurídica, não podemos encontrar, afirma o penalista MAGGIORE (*Sui principî generali del diritto*), a solução dos problemas do trabalho". Daí dizer que, com os princípios do direito vigente, não se soluciona o caso não-previsto. Já com os do direito *in fiere*, de direito que de definitivo nada tem, maduros na consciência jurídica, seria possível resolvê-lo. Todavia, se MAGGIORE e outros têm razão ao repelirem a posição positivista, pecam, entretanto, ao interpretarem tais princípios com os estabelecidos pela livre criação científica do direito. O juiz está subordinado ao direito nacional, tanto às suas normas como a seus princípios gerais, só podendo ir além dêles quando nêles não encontrar solução para o caso previsto pelo legislador.

Não faltaram os que identificaram os "princípios gerais do direito" com os do direito romano reduzidos por alguns aos princípios fundamentais *neminem laedere* e *sui cuique tribuere*, pressupostos de todo o direito em geral, enquanto outros iam mais além, admitindo afora êstes princípios, outros, como, por exemplo, "*nemo plus iuris in alium tranferre potest quam ipse habeat*", "*qui commodum sentit et incommodum sentire debet*", "*nemo locupletari potest cum alterius iactura*", etc. Nesses e em outros princípios dos juristas romanos e dos glosadores chegou-se a pensar estar a chave da solução do caso não-previsto. Não negamos a importância do direito romano, uma das fontes, juntamente com o direito consuetudinário medieval, e com o

direito canônico, do direito privado ocidental. Porém, não vemos como no direito romano seja possível encontrar-se solução para problemas jurídicos oriundos, exclusivamente, da sociedade industrial. Não contém, escreve RIPERT (*La règle morale dans les obligationes civiles)*, o direito romano, mesmo na parte das obrigações, em que a tradição romana é mais presente, norma que proibe o abuso do direito, os contratos leoninos, a responsabilidade civil pelos riscos criados.

Igualmente não devemos, como nota ROTONDI (*Equità e principî generali del diritto)*, identificá-los com eqüidade, porque a eqüidade, decorrendo de um juízo inspirado pelo estado de fato, representa o que há de mais concreto, enquanto tais princípios são o que "de mais abstrato há no ordenamento jurídico positivo".

Igualmente não é defensável a opinião de PACCHIONI (*I poteri creativi della giurisprudenza)*, que os identifica com os estabelecidos pela ciência do direito, porque, se assim os considerarmos, estaremos destruindo a certeza e positividade do direito, uma das razões do primado do direito. Mas, ao repelirmos tal conceituação não afastamos a possibilidade de o juiz, quando esgotados todos os recursos, dela se servir.

Finalmente, não devem ser equiparados à analogia *iuris*, como fêz FERRARA, em 1921 no *Trattato di Diritto Civile*, porque, como bem demonstrou DEL VECCHIO, os "princípios gerais do direito são invocados precisamente para os casos não resolvidos pelo recurso à analogia". Aliás, o próprio FERRARA, em 1943, em comunicação ao Congresso realizado na Universidade de Pisa, sôbre os "princípios gerais do direito", modificou aquela opinião, admitindo haver duas ordens de princípios gerais: os contidos nos textos e os informadores do seu desenvolvimento. Os primeiros, podem ser desenvolvidos pelo processo lógico e analógico, enquanto os segundos, estando fora e acima do direito positivo, não poderiam ser encontrados por tal processo. Porém, não vemos como se possa admitir duas séries de princípios gerais: um dêles, seria geral, enquanto o outro, particularização daquêle.

2. A questão entre nós não é também pacífica. SPENCER VAMPRÉ (*Manual de direito civil brasileiro*, vol. I), JOÃO LUÍS ALVES (*Código Civil*, vol. I) e OSCAR TENÓRIO (*Lei de Introdução ao Código Civil*) os consideram como sendo do direito nacional, isto é, do direito vigente, enquanto CLÓVIS BEVILAQUA (*Código Civil Comentado*, vol. I) como os de um direito supralegal, formados pelos "elementos fundamentais da cultura jurídica humana em nossos dias", na forma enunciada pela ciência jurídica, cristalizada na concepção jurídica dominante.

SERPA LOPES (*Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. I), CARVALHO SANTOS (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. I), CARLOS MAXIMILIANO (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*) e EDUARDO ESPÍNOLA (*Anotações ao Código Civil Brasileiro*, vol. I, e, depois, no *Tratado*) rejeitam também a opinião dos que os identifica com os do direito nacional.

3. O legislador italiano, tendo em vista o fato de a fórmula "princípios gerais do direito" ter sido objeto de controvérsia doutrinária, pensou acabá-la substituindo no Livro I do *Codice Civile* a antiga fórmula "princípios gerais do direito" por "princípios gerais do direito vigente". Na "relazione del Guardasigilli" lê-se: "Quanto all'espressione principî generali del diritto essa è stata completata, secondo i voti da varie parti manifestati, specificando che deve tratarsi dei principî generali del diritto vigente" ... com "tale integrazione, mentre nom si vieta all'interprete di ricondurre entro la sfera del sistema legislativo vigente quelle norme alle quali il sistema stesso si collega nelle sue origini e nei suoi sviluppi storici, si impedisce che si trascenda ad eccessive generalizzazioni ed astrazioni, ricorrendo a diritti stranieri e quindi alterando le linee peculiari delle nostra legislazione nazionale". Tal opinião não era defendida pela Comissão que o elaborou, presidida por V. SCIALOJA, que, no projeto publicado em 1930, manteve a antiga fórmula, por ser mais "lata e comprensiva". Mas, no texto definitivo, que entrou em vigor em 1942, nem a antiga e nem do Livro I, predominou, preferindo o legislador italiano a fórmula "principî generali dell'ordinamento giuridico dello stato". DEL VECCHIO (*Riforma del codice civile e principî generali del diritto*), referindo-se a tal modificação, disse não ter ela produzido o efeito esperado, por não ter alterado a natureza de tais princípios. MAGGIORE (*Sui principî generali del diritto*) pensa que tal mudança aumentou as dificuldades: "Le difficoltà, già non poche, quando si tratti di determinare i principî generali del diritto, si complicano e si aggrovigliano" ... por ser "la nozione di ordinamento giuridico una delle più ardue; per la razione semplicissima che non è una nozione giuridica. E non è tale, non solo perchè esso non è giuridicamente definito, ma perchè, in quanto abbraccia la totalità delle norme e degli istituti giuridici dello Stato, è al di sopra e al di fuori delle norme stesse". MAROI, participando dos debates, salientou a imprecisão da fórmula adotada pelo legislador italiano, porque os "principî generali dell'ordinamento giuridico" não são só os implícitos nos textos legislativos, mas também os que servem de base aos costumes, pois o "ordinamento giuridico non è costituito solo dalla legge dello stato, ma da tutti gli ele-

menti che confluiscono a formare il diritto dello stato". Assim, o objetivo perseguido pelo legislador italiano não foi atingido.

3. A dificuldade em definir os "princípios gerais do direito" não foi, portanto, vencida. Êste trabalho não pretende vencê-la. Repete opinião que manifestamos em comunicação apresentada ao Congresso de Direito Comparado, realizado em 1962, em Hamburgo, e em nossa *Filosofia do Direito* (1966).

Afirmamos nesses ensaios, que o juiz, no caso de lacuna, esgotada a analogia e os costumes, deve se servir, primeiro, dos *princípios gerais do direito nacional*, atingíveis, como bem salientou SCIALOJA (*Del diritto positivo e dell'equità*), por um procedimento de abstração crescente, partindo das normas singulares. Tais princípios são de direito positivo, isto é, do direito nacional. Mas, são princípios históricos, e por mais generalíssimos que sejam, podem não oferecer solução para o caso não previsto. É, pois, possível que sejam também lacunosos. Se não oferecerem solução, o juiz terá que agir como se legislador fôsse, criando a norma sob contrôle de critérios objetivos, tais como o direito romano, fonte do direito privado ocidental, o direito dos povos desenvolvidos, ou seja, o direito europeu, a doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira e a eqüidade, sem sair, como prescreve o art. 10, do nôvo Código Civil português, do "espírito do sistema". O princípio que estabelecerá então será do Direito. A jurisprudência francesa introduziu no *Code Civil*, ainda vigente na França apesar de ser de 1804, princípios que não estão contidos nêsse Código, mas que eram positivos e vigentes na sociedade francesa, como o do abuso do direito, da responsabilidade civil pelos riscos criados e o da revisão judicial dos contratos leoninos. No Brasil, o Supremo Tribunal acabou admitindo a Teoria da Imprevisão, que, como sabemos, é incompatível com o princípio individualista da autonomia da vontade acolhido pelo nosso Código Civil de 1917, necessária em face das transformações sociais.

Concluindo, por "princípios gerais do direito" pode-se entender os do direito nacional, que o juiz deve se servir em primeiro lugar, e os do Direito. A generalidade dos "princípios gerais do direito" é maior do que a das normas jurídicas, por isso MAGGIORE (*Sui principî generali del diritto*) diz que são "più che generali sono generalissimi". Mas, enquanto os do direito nacional têm possibilidades normativas limitadas, os do "direito" *in genere* são ilimitadas, capaz de servir de fonte para infinitas normas particulares. Os do direito nacional são os contidos na legislação, costumes, doutrina e jurisprudência nacional, enquanto os do "direito" *in genere* são os pressupostos do direito atual.

LIMITES DA LEI NO TEMPO

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

1. A ação do tempo faz-se sentir sôbre as coisas humanas e sôbre a natureza. É implacável. O direito não foge à sua influência: os seus preceitos envelhecem e acabam por desaparecer. Muitas vêzes, entretanto, ainda vigem depois de revogados. Mesmo quando perdem sua eficiência (*Geltung*) continuam, enquanto não revogados, em vigência, podendo ser aplicados, embora esquecidos há muito tempo, pois a perda da eficácia não acarreta a da vigência. É por isso que se diz que a lei vige até ser revogada ou substituída por outra. Sòmente quando revogado por uma lei posterior, expressa ou tàcitamente, total ou parcialmente, deixa um texto legal de existir jurìdicamente (*lex posterior derrogat priori*). Como nota COVIELLO (*Manuale di diritto civile italiano*), no dia em que a "lei abolitiva entrar em vigor, a revogada deixará de produzir efeitos". Mas, para que tal ocorra, é necessário que a lei abolitiva tenha, ao menos, o mesmo valor jurídico da lei revogada. Lei hieràrquicamente inferior não pode revogar lei superior. Assim, nos regimes em que domina uma Constituição rígida, como o nosso, a lei ordinária não pode revogar normas constitucionais.

A revogação pode ser tácita ou expressa. É tácita quando, sem revogar expressamente a anterior, há incompatibilidade entre as duas leis; e expressa, quando o legislador fulmina expressamente a lei anterior. A revogação, além disso, também pode ser parcial ou total. É parcial quando sòmente parte da lei anterior é incompatível com a nova lei ou quando sòmente parte da lei anterior é revogada; e total, quando a incompatibilidade é integral ou quando fôr revogada *in totum*. Se fôr total, diz-se haver *ab-rogação;* se fôr parcial, *derrogação*.

Tais regras sofrem limitações em função da natureza da lei. São integralmente válidas quando as leis em conflito têm o mesmo valor jurídico; lei geral posterior revoga lei geral anterior. Entretanto, se a nova lei é que fôr geral e a anterior, especial,

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 06 (1ª Fase), set./dez. 1968, p. 61-65.

coexistirão por não haver incompatibilidade, sendo válida, nesse caso, a máxima: *lex posterior generalis non derrogat priori speciali*. No entanto, o legislador pode revogar expressamente uma lei especial anterior através de lei geral. Nesse caso, tal máxima é inaplicável. Também é inaplicável no caso em que, como diz COVIELLO, a nova lei geral fôr concebida "de modo a excluir qualquer exceção, ou enumerar, de forma taxativa, as únicas exceções que admite". Do mesmo modo, uma lei especial nova não revoga lei geral anterior. Tratado internacional posterior, na medida e na data em que se tornar direito interno, revoga lei anterior incompatível com êle.

O legislador, a fim de evitar modificações bruscas nas relações jurídicas com a implantação de nova legislação, serve-se, muitas vêzes, de um *terceiro regime jurídico*, diverso não só do anterior, mas também do nôvo, com vigência a curto prazo, para facilitar a transição da ordem velha para a nova. Tal regime freqüentemente se apresenta com o título de "disposições transitórias" da lei.

2. A nova lei, modificando a ordem jurídica, pode afetar situações jurídicas e direitos constituídos sob o império da lei anterior. Tal possibilidade é incompatível com um dos objetivos do direito: a segurança das relações jurídicas. Para garanti-la, ou seja, para evitar o efeito retroativo da lei, LASSALE (*System der eruvobenen Rechte*) formulou a *teoria dos direitos adquiridos*, desenvolvida depois por GABBA (*Teoria della retroattività delle lege*). Direito adquirido seria, para êsses autores, o limite da aplicação retroativa da lei. Mas como entendê-lo? Segundo LASSALE, o direito adquirido é o que tem como causa de sua aquisição uma ação processada sob o império da lei revogada. DEMOLOMBE simplifica tal noção, sem, contudo, precisar seu conceito, considerando como tal todos os direitos por nós apropriados; e MERLIN dá um passo à frente ao restringir seu conceito aos direitos que passam a fazer parte de nosso patrimônio. GABBA desenvolve tais idéias, definindo o direito adquirido como todo aquêle decorrente de fato (ou ato) idôneo, segundo a lei vigente ao tempo de sua consumação, que pode não mais existir por ocasião do seu exercício, que, nos têrmos da lei revogada, passou a fazer parte integrante do patrimônio do titular.

Dessas idéias pode-se concluir que, desde MERLIN, só se admite a intocabilidade dos direitos privados de *conteúdo patrimonial*, adquiridos por fôrça de uma lei que os governa mesmo depois de revogada. Assim, estão fora da noção de direito adquirido os direitos subjetivos públicos e as expectativas de direito, por serem apenas direito em formação.

Tem-se dito, com certa razão, que, na prática, é, às vêzes, difícil precisar o momento da aquisição de um direito, ficando,

por isso, fora da noção de direito adquirido muitas situações jurídicas que merecem proteção da lei. Para que tal não se verificasse, VAREILLES-SOMMIÈRES (*Une théorie nouvelle sur la rétroativité des lois*, 1893), abandonando a noção de direito adquirido, propôs *a teoria do ato jurídico perfeito*, desenvolvida depois por COVIELLO (*Manuale*, cit.). Quais as conclusões dos defensores dessa posição? Ei-las: a lei nova deve respeitar o *factum praeteritum*, pois assim exigem a certeza e a segurança do comércio jurídico. Nem todos os atos são assim protegidos; só os acabados, inteiramente consumados sob o império da lei revogada, isto é, os que não necessitam de mais nenhum elemento a fim de produzir seus efeitos. A lei nova, sustenta VAREILLES-SOMMIÈRES, deve respeitá-los em todos os seus efeitos, mesmo quando êstes são produzidos depois da revogação da lei sob cujo império foram constituídos. COVIELLO concorda em que a lei nova deva respeitar o ato acabado, divergindo, entretanto, de VAREILLES-SOMMIÈRES por admitir que os efeitos dêsse ato deverão ser regidos pela lei em vigor ao tempo de sua produção, salvo se a aplicação imediata da lei nova os afetar.

Entretanto, mesmo com as limitações estabelecidas por COVIELLO, a teoria do ato perfeito serve apenas para completar a teoria do direito adquirido, satisfazendo plenamente nos casos em que se trata de ato simples, que se consuma logo, apresentando, no entanto, falhas, no caso de ato complexo, que se constitui lentamente, através de várias fases, só se tornando perfeito, segundo FERRARA, depois de realizado seu último elemento.

As teorias acima citadas não oferecem solução satisfatória para tais casos. Tentando completá-las, ROUBIER (*Les conflits de lois dans le temps*, 1929 — 33, refundido sob o título *Le droit transitoire*, 1960) arquitetou a *teoria da aplicação imediata da lei* (1).

Mas, quando poderemos considerar *imediata*, e não *retroativa*, a aplicação da lei? Para responder a essa pergunta, ROUBIER faz distinções entre *facta praeterita*, *facta pendentia* e *facta futura* quando, em relação ao fato, os efeitos já se produziram integralmente, parcialmente, ou ainda estão por se produzir. Portanto, os atos e fatos que constituem ou extinguem situações jurídicas que já produziram seus efeitos devem ser respeitados pela nova lei. Quanto aos atos e fatos em curso, a lei nova pode modi-

(1) Houve outras tentativas, dentre as quais pode ser lembrada a de BONNECASE, que dá como limite da eficácia da lei nova a *situação jurídica concreta*, assim definida por êle: situação em que se encontra uma pessoa "determinada, derivada de um ato ou de um fato jurídico, que faz atuar, em seu proveito ou contra ela, as regras de uma instituição jurídica, conferindo-lhe efetivamente as vantagens e as obrigações inerentes ao funcionamento dessa instituição".

c ficar as condições de sua constituição ou extinção. No mais, aplica-se a lei nova aos efeitos futuros e aos em realização desde que tal aplicação não afete os efeitos já produzidos. No campo dos direitos reais e no de família, predomina o princípio de unidade de regime jurídico, não devendo a lei nova ser aplicada a fatos e atos perfeitos, acabados, constitutivos de situações jurídicas, o que não impede sua aplicação a tôdas as conseqüências dessas situações que ainda não se haviam produzido por ocasião da implantação da lei nova. As situações jurídicas decorrentes de sucessão *mortis causa* devem ser regidas pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão; os contratos devem ser regidos pela lei vigente ao tempo de sua celebração, mesmo no que se refere aos efeitos que serão produzidos no império da lei nova, por ser o contrato, segundo ROUBIER, um ato de previsão. Seria antieconômico e injusto que um ato, em que as partes fizeram suas previsões em função de uma determinada lei, seja, em suas conseqüências, regido por outra, que as partes não previram.

Tais teorias, a nosso ver, não estão em choque; ao contrário, completam-se mùtuamente.

3. Segundo nosso direito, lado a lado com o "direito adquirido" e com o "ato jurídico perfeito", a "coisa julgada" é mais uma barreira à aplicação retroativa da lei.

Que se deve entender por coisa julgada? Pode-se dizer, de modo bastante amplo, que é a decisão definitiva da qual não caiba mais recurso, não podendo ser, assim, modificada ou renovada em juízo, ou, como escreve CASATI, o "ato jurisdicional que decida a controvérsia de modo definitivo".

Ocorre coisa julgada, como assinala COVIELLO, quando a sentença não é mais atacável, ou porque os recursos concedidos pela lei não foram usados, ou, se o foram, não tiveram êxito, ou, ainda, por ter a parte vencida renunciado a tais recursos, concordando, assim, com a decisão. Ocorrendo uma dessas hipóteses, a sentença adquire fôrça obrigatória entre as partes contendentes, não podendo ser mais renovada em Juízo. Por isso, como nota CHIOVENDA, ela não é mais sujeita a impugnações — é intocável, valendo não só no processo em que foi proferida, como também em qualquer outro.

Para que exista coisa julgada, é necessário que: 1.º) — haja identidade das partes (*eadem conditio personarum*), pois, como nota CHIOVENDA, "coisa julgada produz-se entre as partes"; 2.º) — identidade de objeto entre o caso já decidido definitivamente e o pendente de decisão; 3.º) — identidade de *causa petendi*. Assim, identidade de causa, identidade de coisa (*eadem res*) e identidade de pessoas (*eadem conditio personorum*) são os requisitos da coisa julgada: "para que se configure a coisa julgada, é necessário a coexistência da tríplice identidade: de

causa, de coisa e de pessoas" (*Revista Forense,* vol. 182, página 255).

A coisa julgada é alegável em qualquer fase do processo, a título de exceção, dentro dos prazos das exceções, ou fora dêles, por ser matéria de ordem pública que visa à estabilidade e segurança das relações jurídicas, o respeito ao já decidido. Assim é que a argüição de coisa julgada pode ser levantada por outra via que não a exceção no tríduo legal" (*Revista Forense,* vol. 165, pág. 158), bem como "é pacífico que a coisa julgada pode ser levantada em qualquer fase da demanda e decretada de ofício" (*Revista Forense,* vol. 180, pág. 139). Além disso, reiterada jurisprudência proclama que a exceção de coisa julgada "pode ser ùtilmente oposta em qualquer fase do processo, independente de articulação naquele prazo, que se destina às demais exceções" (*Revista Forense,* vol. 160, pág. 238).

Eis aí, a largas pinceladas, as barreiras à ação do tempo no direito.

DIREITO
ROMANO

AS FONTES DO DIREITO POSITIVO (*)

BARNA HORVATH

I. *A fonte é apenas uma relação. Identidade genérica entre o direito e sua fonte*

Fonte do direito é uma expressão figurada, um excesso de linguagem metafórica. Êsse caráter figurado do têrmo é, em si, a fonte das inexatidões cometidas em seu uso científico.

O que é uma fonte? Pode-se entender, por extensão do têrmo, as imeadições do ponto de emergência de um curso d'água natural, o lugar onde êle passa de invisível a visível, onde sobe do subsolo à superfície.

É evidente, no entanto, que a fonte não são nem as rochas que estão em tôrno, nem as árvores que a sombreiam, nem mesmo seu leito, nem a abertura do solo de onde ela jorra.

É, mais exatamente, o próprio curso d'água no ponto de transição entre dois estados ou situações, sua primeira aparição sôbre a face da terra.

A *fonte do direito* é apenas o próprio direito, em transição entre dois estados ou situações, a passagem de um estado de fluidez e de invisibilidade subterrânea ao estado de evidente certeza.

Tal materialização da noção de fonte, embora seja, na verdade, apenas uma relação, uma função de elementos variáveis, o ponto imaginário de um movimento contínuo, aparece tôda vez que apelamos para as fôrças do direito positivo, seja o consentimento, seja o costume ou, então, a moralidade, a liberdade, a igualdade, o amor, a eqüidade ou a justiça.

(*) Extraído do volume "*Le Problème des Sources du Droit Positif*". *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. Travaux de la première session — 1934-1935 (Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934, págs. 132-142). Tradução de Maria Cecília Pereira Reis.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 09 (1ª Fase), set./dez. 1969, p. 03-14.

Supondo-se que o *poder* seja a rocha que a guarda, o *consentimento*, a árvore que lhe dá sombra, o *costume*, seu leito, e a *liberdade* ou a *justiça*, a abertura do solo de onde ela jorra, mesmo então, êsses fatôres não seriam a própria fonte do direito. Apenas se transformam em fontes quando entendemos, por êsse têrmo, o próprio direito positivo no ponto de transição de um estado inacabado a um estado de acabamento. É preciso identificá-los com o direito para reconhecê-los como fontes do direito.

É por isso que tôdas as teorias do direito sempre identificam a fonte do direito, que convencionamos chamar de *interior*, com a noção que consideram justamente como o *genus proximum* do direito: o poder, o costume ou a justiça.

É em virtude da identidade genérica do direito e da fonte do direito que se diz ser apenas do direito que se origina o direito (*Recht rann nur aus Recht werden*), e que não se pode fazer o direito: pode-se apenas encontrá-lo (*law cannot be made but found; Rechtsfindung*). E é em virtude da *diferença específica* entre o direito e a fonte do direito que consideramos fazer o direito, segundo o direito, uma *contradictio in adjecto*.

É uma contradição semelhante à da causalidade geral. Embora tudo tenha uma causa, nem tôdas as coisas podem ter uma causa, pois a causa última é, também uma coisa. Evidentemente, as coisas fora de si mesmas, não podem ser *tôdas* as coisas, porque suas causas são também uma causa independente delas mesmas. No entanto, fazendo das causas, ou das fontes do direito, uma série infinita, a ciência se serve da causalidade, ou do princípio de que só o direito pode ser fonte do direito, como uma hipótese útil de trabalho.

II. *Causa real, princípio de valor e princípio de conhecimento*

Concebeu-se a fonte do direito como uma *causa real* ou como uma *causa final*. Esta última, é um *princípio*, seja um *princípio de valor*, seja um *princípio de conhecimento*. O *poder* é concebido como a *causa real*, o *direito natural*, como *princípio de valor*, e a *interpretação*, como o *princípio de conhecimento* do direito.

Enquanto o direito positivo, no entanto, constitui não apenas *natureza* ou *idéia*, mas a *sinopse metódica da realidade e da idealização*, a *fonte do direito* também é a *sinopse das causas reais e finais*. E embora a diferença entre o conhecimento e seu objeto seja relativa, a fonte do direito positivo compreende as três noções: de causa real, do princípio de valor e do princípio de conhecimento.

No sentido do princípio de conhecimento, a própria noção de direito positivo, ou, então, sua definição científica, é apenas

uma das fontes do direito. Ela contém, portanto, os caracteres genéricos e a diferença específica do direito. Determina o que deve ser e afasta o que não deve ser concebido como direito: ela delega e derroga. Legitima ou revoluciona. ANAXIMANDRO ou HERÁCLITO ou os estóicos compreenderam, no direito, as leis do universo; SANTO TOMÁS DE AQUINO também inclui no direito o direito divino positivo; as definições jurídicas delegam fontes do direito positivo que a maioria dos teóricos de hoje não aceitam como tais. Ao contrário, as definições de AUSTIN ou de SOMLO afastam do domínio do direito positivo o direito internacional, que a maioria dos juristas encara, hoje em dia, como direito positivo. Suas definições derrogam o direito internacional, enquanto as definições antigas delegam o direito divino positivo, sem dúvida, em outro sentido que não o de que a lei posterior derroga a anterior. Mas essa diferença é, apenas e precisamente, a diferença relativa da causa (seja real, seja final) e do princípio do conhecimento. Esta diferença é necessàriamente relativa, porquanto ninguém pode não saber, nem querer, nem sentir o direito, nem mesmo falar do direito sem ter, mesmo inconscientemente, algum princípio de conhecimento do direito. O direito é apenas a objetivação de seu conhecimento, e o conhecimento do direito é apenas a subjetivação do direito.

III. *Relatividade da classificação das fontes*

As diferenças, por vêzes sutis, das fontes *materiais* e *formais*, *interiores* e *exteriores*, *escritas* e *não-escritas*, *primárias* e *secundárias*, *imediatas* e *mediatas*, *legítimas* e *ilegítimas*, *estatuídas* e *costumeiras*, são apenas manifestações específicas da diferença entre a causa real, o princípio de valor e o princípio de conhecimento.

A origem do *conteúdo*, em oposição à *forma* do direito, é a verdadeira diferença entre as fontes materiais e formais. É precisamente a que existe entre o princípio de valor, por um lado, e a causa real e o princípio do conhecimento, por outro. Qualificando-se a *doutrina* como fonte material do direito, compreendem-se as verdades reconhecidas pela ciência do direito como *fundamentos* do *conteúdo* das regras do direito positivo, enquanto que, falando do *poder* como de uma fonte interior e formal, inclui-se aí a causa real; e, enfim, considerando-se a *Constituição*, a *lei* ou o *decreto* como fontes escritas, formais e exteriores do direito positivo, pensa-se em um princípio ou em uma fonte de conhecimento. *A expressão exterior* é, evidentemente, a fonte do conhecimento do *conteúdo interior*.

Assim, as fontes legítimas, secundárias e mediatas têm o fundamento *de sua validade* em outras fontes. As fontes não-

-escritas, costumeiras, trazem sempre algo de ilegítimo e de primário, pois não se supõe que sua validade deva depender de outras fontes. Por outro lado, as fontes escritas ou estatuídas, tendo, em sua qualidade de *ius vigens*, como condição preliminar de validade, sua aplicação efetiva em casos particulares, possuem, assim, algo que caracteriza o direito costumeiro. São apenas a expressão dêsse direito, em regras formuladas e abstratas, em teses normativas exatas, mas sempre problemáticas; exprimem a formulação de normas e valôres das fontes não-escritas ou costumeiras. Portanto, tôdas as normas e valôres, dependendo de outras normas e valôres que constituem o fundamento de sua validade, as fontes escritas e estatuídas, têm sempre algo de legítimo e de secundário. Por outro lado, as fontes não-escritas e costumeiras, tendo, elas próprias, como condição preliminar de sua validade jurídica a precisão do conteúdo e do alcance de sua fôrça jurídica, sua distinção precisa dos fatos não-jurídicos, sua determinação e limitação, que são ao mesmo tempo a delegação e a derrogação de seu alcance: têm, assim, algo de escrito e de estatuído; têm, também, algo de legítimo, de secundário.

Está perfeitamente de acôrdo com nossa concepção o fato de que a fonte do direito deve ser apenas a *sinopse metódica da causa real, do princípio de valor e do princípio de conhecimento*. A conseqüência necessária desta concepção é que há apenas uma diferença relativa entre as categorias de fontes enumeradas acima. Se tôdas as fontes do direito positivo são, ao mesmo tempo, causas reais, fontes de valor e de conhecimento, podem ser, apenas, materiais e formais, interiores e exteriores, escritas e não-escritas, primárias e secundárias, legítimas e ilegítimas, estatuídas e costumeiras. O direito pode ser totalmente legítimo, estatuído, escrito, exterior, formal e secundário, apenas com a condição de ser uma *norma* um valor, idéia pura sem realidade nem causalidade, a cadeia contínua das causas finais. Por outro lado, o que é inteiramente ilegítimo, costumeiro, não-escrito, interior e primário, não pode constituir-se em direito, a não ser com a condição de ser um *fato*, uma causa real. Embora o direito não seja mais do que a combinação sinótica da *realidade* e da *idealidade*, a fonte do direito é, também, uma combinação sinótica do legítimo e do ilegítimo, do estatuído e do costumeiro, do escrito e do não-escrito, do exterior e do interior, do primário e do secundário: causas e princípios.

IV. *Relatividade das fontes legítimas e primárias; as exigências do direito costumeiro*

Será possível demonstrar que todo direito é, ao mesmo tempo, legítimo e ilegítimo? Poder-se-ia demonstrar isso pro-

vando que o direito é sempre, e ao mesmo tempo, secundário e primário, pois o direito secundário é apenas legítimo, enquanto o direito legítimo não é necessàriamente secundário. O direito secundário é o direito *em virtude* do direito, o direito legítimo é considerado direito *de acôrdo* com o próprio direito.

Nenhum direito se baseia exclusivamente em princípios, causas, normas, fatos, na idealidade ou na realidade. Uma lei ou um decreto são secundários enquanto são normas delegadas pela Constituição. Entretanto, não têm a fôrça do direito, a menos que se apliquem efetivamente a casos particulares e que não caiam em *desuso*. A questão de saber se têm aplicação ou não, se estão em vigência ou não, se estão em vigor ou se estão ultrapassados, é uma questão de fato. Êsse fato, que elide sua fôrça jurídica do mesmo modo que a norma superior (Constituição), que lhes dá validade, é um elemento completamente primário. Conseqüentemente, todo direito é um direito primário até mesmo o poder derrogatório do desuso — condição resolutória de sua fôrça jurídica.

Por outro lado, não há uso, costume, desuso, nem mesmo direito revolucionário, que repouse, exclusivamente, sôbre certas causas, e nem um direito independente de princípios ou de normas, ou seja, um direito totalmente primário.

O costume é, assim, apenas a repetição de alguma coisa *determinada* que, ao mesmo tempo, *determina*, isto é, que a *delega*. E o próprio direito revolucionário não é considerado direito antes de satisfazer aos *critérios do direito costumeiro*. Isso não quer dizer que deva satisfazer aos critérios prescritos por tal ou qual direito positivo histórico. Mas é preciso, certamente, que também êle sendo, como todo direito, a disciplina dos procedimentos, isto é, das atitudes *predeterminadas*, seja a repetição, a imitação e a representação das atitudes *determinadas* que, ao mesmo tempo, o determinam e o delegam. É preciso que satisfaça a quaisquer critérios exatos, determinados, determinantes, delegantes e derrogatórios. Por conseqüência, todo direito é secundário, pelo menos em virtude da função delegadora e derrogadora dos critérios *predeterminados* de sua validade jurídica.

Eis a quintessência da teoria das *exigências do direito costumeiro*. Enumeraremos diferentes condições ou exigências do direito costumeiro. São as seguintes: 1.ª *ratio*. 2.ª *opinio necessitatis;* 3.ª *opinio iuris;* 4.ª *animus inducendi consuetudinem;* 5.ª *consuetudo praescripta, inveterata;* 6.ª *frequentia actuum*. As duas últimas, sendo exigências *exteriores*, são as mais características. A *doutrina inglêsa* acrescenta a essas exigências exteriores: *tempo imemorial*, fixando o ponto extremo da memória jurídica em 1189 e dando o ônus da prova a quem nega o costume, exceto no caso em que o costume não podia existir em 1189, mas presumindo, de um modo geral, sua exis-

tência desde essa época, bem como *a continuidade, o gôzo pacífico* e *a certeza* ("pois, como se pode dizer que alguma coisa estêve fora de foco em determinada época, quando não se sabe bem do que se trata?") e, enfim, um critério de exigência interior da *racionalidade*: a *notoriedade do costume*.

A essência de tôdas essas exigências é apenas a necessidade de que também o direito costumeiro satisfaça a *quaisquer* exigências, que podem ser apenas *normas* que o delegam. O fato puro só se transforma em direito quando é delegado por normas, quando se torna secundário.

No mundo jurídico, não há criação *ex nihilo* (o que seria uma *partenogênese*), nem legitimidade *absoluta*.

V. *O procedimento social que passa ao estado mais institucionalizado é a fonte do direito*

Estamos convencidos de que o *gênero próximo* do direito positivo é o procedimento social e que sua *singularidade* consiste em ser o mais complicado dos procedimentos sociais. O direito é apenas uma parte dos procedimentos sociais. É a regularidade e o conjunto das regras de atitude social que são realizadas pela maior diferenciação dos procedimentos, regras que delegam, para sua execução, a mais complicada hierarquia dos órgãos jurídicos. É a atitude social e a regra social mais "institucionalizada".

Conseqüentemente, para mim, a fonte do direito positivo é o procedimento social que passa de um estado menos organizado ao estado mais diferenciado e integrado, isto é, ao mais institucionalizado. De certa forma, *procedimento*, em si, é apenas uma atitude *predeterminada*. É, portanto, um produto sinótico do pensamento, o conjunto de uma *atitude predeterminada* e delegada, de uma parte e de outra, de uma *norma* que predetermina e delega a atitude mencionada. Quando falamos dos procedimentos sociais, queremos nos referir a atitudes predeterminadas por outras atitudes sociais. Quando o procedimento é uma atitude predeterminada por outra atitude, a norma que delega uma das atitudes é apenas uma norma prescrevendo a *imitação* de outra atitude.

Quando uma camponesa usa, pela primeira vez, e de uma maneira particular, um xale de côr e que começa a ser imitada por outras mulheres de sua aldeia (procedimento social primitivo) nasce um costume popular. Pode-se, nesse exemplo, distinguir: primeiro, o *modêlo* de atitude, que é uma coisa *irreal*, uma regra, uma norma, e, segundo, a *atitude real*, que é um fato, uma realidade. O aspecto de conjunto dessas duas coisas, do modêlo irreal e do fato real da atitude predeterminada é o procedimento.

A atitude imitada é, ao mesmo tempo, representada pela atitude imitadora. Representa a atitude que a delega. É o *órgão* da atitude, ou melhor, da norma que contém o modêlo irreal da atitude que a delega. Organizar é predeterminar cada vez mais as atitudes.

Pela *diferenciação* dos procedimentos, pode-se distinguir cada vez melhor as *diferentes espécies* de atitudes predeterminadas. Sua *integração* consiste em sua *acumulação* pelo fato de se tornarem cada vez mais *numerosas*. A função de um juiz reduz-se a um conjunto de procedimentos diferenciados e acumulados, uma competência distinta e a acumulação das atitudes dentro dessa competência.

Embora tôda atitude predeterminada seja o *órgão* da norma que a delega e da atitude que ela representa, em um sentido mais restrito, falamos de órgãos apenas no caso em que a atitude é predeterminada mais em sua *origem* do que em sua *forma*. Prescrevendo as formas de saudação, o costume se serve da primeira possibilidade, mas, prescrevendo a obediência do filho ao professor, o pai determina apenas a origem dos preceitos a serem obedecidos. A saudação, prescrita pelo costume, é um procedimento, não importa quem o executa; e o que o professor ordena é um procedimento em virtude de sua predeterminação pelo pai.

Em lugar nenhum, a combinação dessas duas maneiras de predeterminação complicou-se tanto e tornou-se tão artificial como no domínio do direito. O costume, a moral, a moda não têm nem ministérios e nem tribunais que garantam a sua observância pois, quando os têm, tornam-se, por isso, parte integrante do direito. O ponto imaginário de transição entre os procedimentos sociais e o direito é apenas, portanto, o ponto de separação entre o gênero próximo e a diferença específica do direito, entre os procedimentos e o maior grau de integração de organização e de *institucionalização* dos mesmos.

O direito é, assim, apenas a parte mais organizada e mais institucionalizada dos procedimentos sociais (do costume, da moral e da convenção). Tais procedimentos tornam-se parte do direito quando se originam das atitudes mais artificialmente complicadas, seja em sua forma, seja especialmente em sua origem. Um procedimento qualquer transforma-se em direito ao inserir-se nesse corpo de procedimentos sociais, o mais diferenciado e integrado, extremamente organizado e institucionalizado. Assim, o direito repousa sôbre os outros procedimentos sociais, e, ao mesmo tempo, difere dêsses últimos, por constituir-se apenas em sua parte mais institucionalizada. O ponto de transição é verdadeiramente imaginário: a própria transição é freqüentemente desapercebida.

A fonte do direito positivo é, apenas, o procedimento social, em transição de um estado menos diferenciado e integrado para um estado mais organizado e institucionalizado.

As fontes do direito positivo são as formas especiais distintas e tradicionais dessa transição: a Constituição, a lei, o decreto, o costume, a autoridade, a tradição.

VI. *A crise das fontes tradicionais do direito*

As formas tradicionais das fontes não são necessàriamente imutáveis, pois são apenas possibilidades variáveis. O direito tolera bem um pouco mais ou um pouco menos de constitucionalidade, de legalidade, de *decretismo* (*), de tradicionalismo e de autoritarismo. A comparação dos sistemas francês, anglo-americano e alemão mostra que o direito costumeiro ou legal, constitucional ou decretado, tradicional ou codificado, pode predominar em um sistema, superando as outras fontes.

Esta variabilidade de tipos não é, de modo nenhum, incompatível com a necessidade de um mínimo de tipos para o funcionamento correto do direito. Isso significa que a *durabilidade* da Constituição, a *generalidade* e a *mutabilidade* da lei, a *continuidade* e a *regularidade efetiva* do costume, a *excelência da intervenção* legislativa ou administrativa — dos quais a lei, o decreto, a sentença e os tratados internacionais são a encarnação —, são funções cuja participação mínima é indispensável à vivência de qualquer direito. Encontramos, pois, examinando os tipos históricos das fontes, na extensão de possibilidades acidentais, um pequeno núcleo de traços essenciais do direito, do qual são a representação mais ou menos feliz.

Não se pode negar que atualmente tôdas as fontes tradicionais atravessam uma crise profunda. A *crise do parlamentarismo* e do *sistema representativo* é, ao mesmo tempo, a crise da constitucionalidade e da legalidade do direito. Os parlamentos, sendo o rochedo de bronze da mutabilidade, da constitucionalidade e da generalidade do direito, do regime democrático e representativo, não conseguem corresponder às exigências da *massa*, da *experiência* e da *rapidez* da legislação moderna. A *legislação hermética*, a delegação de podêres ilimitados ou quase ilimitados ao govêrno por parte do parlamento, não são mais do que a degenerescência da legislação, a desapropriação dos traços representativos, democráticos, mútuos e contratuais do direito. Não se inventaram, ainda, outras garantias da ge-

(*) O autor criou, no original em francês, um neologismo — *décretisme* — que a tradutora achou conveniente representar também por neologismo, em português, mais fiel ao sentido do texto.

neralidade, da durabilidade, da mutabilidade e do caráter representativo do direito além do regime parlamentar moderno. Naturalmente, é possível que, por acaso, uma autocracia excelente seja mais mutável e mais representativa do que uma democracia corrompida. Apenas deve-se observar que, na falta de garantias inerentes ao regime parlamentar, a duração das autocracias felizes é muito problemática. Uma autocracia feliz é uma maravilha; uma democracia infeliz é uma doença, mas curar uma doença através de milagres é uma emprêsa problemática.

Isso não quer dizer que a forma tradicional da democracia e do parlamentarismo satisfaça às exigências do tempo. A causa mais profunda da crise do parlamentarismo, é, seguramente, o enfraquecimento do verdadeiro caráter mutável e representativo dêsse sistema. A representação tornou-se totalmente formal e vazia, desde que a complexidade dos problemas legislativos fêz da vontade momentânea dos eleitores, desorientados por uma propaganda ardente, uma circunstância independente e não-representativa de seus interêsses. O voto do eleitor não é mais uma contribuição de valor para a legislação, pois êle não vê mais a conexão entre aderir a um certo partido e satisfazer seus interêsses. A desorientação do eleitor, da qual a desorientação do deputado não é mais do que um reflexo, é a crise do sistema representativo, é a crise da Constituição e da lei.

Por outro lado, uma grave crise do *direito escrito*, inteiramente causada por seu volume e complexidade, reside na impossibilidade de a sociedade o assimilar. É por um risco perpétuo de *decretismo* que as regras escritas ficam no papel. Êsse risco torna-se necessàriamente uma crise, quando a produção em massa das regras é tão rápida e tão efêmera que sua assimilação social, isto é, sua assimilação pela regularidade efetiva das atitudes sociais, torna-se quase impossível.

Enfim, o ritmo acelerado da vida social, da qual é um dos sintomas a crise do direito escrito, revoluciona e mobiliza a corrente retardada da fonte a que chamamos costume. Quando tal ocorre, sua continuidade imemorial torna-se uma ficção. Ela se resseca cada vez mais enquanto fonte distinta e separada, renascendo enquanto regularidade efetiva e predeterminada das atitudes sociais, indicando a assimilação das normas pelos fatos, elemento indispensável de qualquer procedimento e de qualquer direito. Assim como ocorre com o costume, a aceleração da vida social também dá à *autoridade* e à *tradição* um caráter instável e flutuante: o caráter da moda variando por fases ou estações.

Tôdas essas observações evidenciam que uma crise universal das fontes tradicionais modifica apenas suas eventualidades. A representação adequada dos interêsses e a acomodação ime-

diata a um meio social sempre em transformação imprevisível a fatôres da crise atual estão a exigir uma reformulação das fontes tradicionais. Um sistema de representação mais adequado dos interêsses do que o parlamentarismo, um sistema de acomodação rápida melhor do que os atuais métodos diletantes de redação de estatutos, um método que permita à sociedade não confundir antiguidade com alto valor, inerente ao costume e à tradição, farão desaparecer, talvez, as formas tradicionais da lei, do decreto e, mesmo do costume. A sociedade trocará, talvez, um pouco mais de sua acomodação por uma menor representação adequada, especialmente se um dêsses fatôres fôr mais importante do que o outro. Mas a sociedade não sofrerá o desaparecimento da representação adequada, da acomodação imediata, da continuidade e da segurança garantidas pela lei, pelo decreto e pelo costume em suas formas tradicionais. O sistema parlamentar não cederá seu lugar a um sistema mais primitivo. O núcleo das necessidades essenciais deve permanecer intacto no centro das possibilidades relativas para que seja possível haver uma evolução normal do direito. Certamente, o direito pode evoluir ou degenerar, como a sociedade. Mas o ressecamento das fontes do direito, a degenerescência do direito ou de seus traços essenciais não são, certamente, o caminho do progresso da sociedade.

NOTA

O *Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, fundado, em 1933, em Paris, tendo por Secretário Georges Gurvitch, e Presidentes L. Le Fur e Del Vecchio, realizou três sessões, sendo a primeira, em 1934, sôbre o tema: *Le problème des sources du droit positif*. Nessa primeira sessão, foram apresentados trabalhos de Del Vecchio, Goodhart, Morin, Sinzheimer, Djuvara, Réglade, Gurvitch, Ganeff, Ross, Alexeiv, Koulicher, Kantotorowicz, Tassitch, e o que estamos publicando neste número. Êsses trabalhos foram objeto de debates, dos quais participaram 'Haesaert, Ripert, Mauss, Kelsen, Schindler, Weyr, Kulischer, Delos, Le Fur, Westrupp, além de seus autores. Tais trabalhos e tais observações críticas espelhavam o pensamento jurídico europeu interrompido pela II Guerra Mundial, que, entre outras conseqüências, paralisou, por que não dizer, terminou, com as atividades do referido Instituto, que, a partir da sua fundação, até 1939, teve por órgão os *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, no qual colaboraram os melhores pensadores europeus e americanos. O trabalho que ora publicamos afasta-se das posições tradicionais, tentando Horvath integrar a Filosofia do Direito com a sociologia jurídica, Kelsen com o

sociologismo. Horvath, autor de uma sociologia jurídica publicada antes da 1.ª Guerra (*Rechtssoziologie*, 1934), que na época em que apareceu, despertou grande interêsse, e que levou Gurvitch a chamá-lo de "sábio húngaro", tentou, nessa obra, e na comunicação ora publicada, o que pareceu a alguns impossível: conciliar Kelsen com a sociologia jurídica.

Impossível porque Kelsen não concede lugar à sociologia jurídica na *teoria pura* do direito. Kelsen não nega a validade de tal sociologia, mas considera-a fora do terreno da ciência jurídica.

Servindo-se do método sinótico, Horvath pretendeu, no livro citado, que, segundo estou informado, será reeditado na Alemanha, construir uma epistemologia sociológica. Respondendo às críticas que lhe foram feitas por Règlade, Gurvitch, Schlindler, Djuvara e Ross, inicialmente acentuou que o "direito para ser direito" não precisa ser positivo, porquanto, segundo o jurista húngaro — atualmente radicado nos Estados Unidos e lecionando na Universidade de Washington — o direito "é uma combinação sinótica dos valôres e dos fatos". Apesar de reconhecer a crise do processo legislativo atual, Horvath não propõe outro processo. Limita-se a apontar os seus males. Mais de uma vez frisou não se tratar de síntese de opostos (ser e dever ser, fato e valor, sociológico e normativo), mas de uma sinopse, tal como geralmente procede um juiz num processo. Tal sinopse, adverte Horvath, não implica sincretismo metodológico. O problema do direito como fato, como valor e como norma, e a busca de uma solução que concilie e interligue essas idéias dentro de um nexo lógico, continua a ser o problema central da Filosofia do Direito; é um problema que não pode ser descuidado pela sociologia jurídica, porquanto, como bem acentuou Horvath, ao responder às críticas que sofreu, "o direito existe como objeto da realidade e como norma, não se podendo suprimir um dos têrmos dêsse complexo". As idéias de Horvath ainda são atuais, como atual e contemporâneo é qualquer problema filosófico e sociológico que, por natureza, não admite soluções definitivas.

Paulo Dourado de Gusmão

DADOS BIBLIOGRÁFICOS

BARNA HORVATH, natural da Hungria, atualmente radicado nos Estados Unidos, doutor em Direito (Budapeste, 1920), obteve o Prêmio Gorove por seu trabalho *Nature of the Moral Norm*. Depois de passar dois anos realizando pesquisas com KELSEN, MERKL e VERDROSS, em Viena, e com HOBHOUSE, LASKI e GINSBERG, em Londres, foi convidado para ser Professor de Filosofia do Direito (Szeged, 1929). Foi eleito Membro da

Academia de Ciências de Budapeste (1945) e foi Professor visitante na *Graduate Faculty, School for Social Research* (Nova York, 1950-56). Suas principais publicações são: *Rechtssoziologie* (1934); *English Theory of Law* (1943); *The examination of Public Opinion* (1942); *Legal Change* (1968); *Twilight of Government of Laws* (1968).

NORMA JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO. ASPECTOS ATUAIS(*)

Luiz Roldão de Freitas Gomes

Sumário: *I – Aplicação da norma jurídica; II – Espécies de interpretação; III – Interpretação clássica. Processos; IV – Interpretação moderna; V – Aspectos atuais da interpretação da lei; VI – Lacunas no Direito Positivo; VII – Analogia; VIII – Princípios gerais de Direito; IX – Equidade.*

I – Aplicação da Norma Jurídica

No ensinamento de *Carlos Maximiliano* (*Hermeneutica e Applicação do Direito*, Editora Livraria de O Globo, 1923, p. 11), a aplicação "consiste em enquadrar um caso concreto numa norma jurídica adequada. Submette às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um facto determinado. Por outras palavras, tem por objecto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano".

Distingue-a da Hermenêutica (*Auslegung*, no Direito alemão, termo mais completo, p. 7), que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

A Aplicação não prescinde da Hermenêutica (p. 14), mas a pressupõe, como a medicação à diagnose. "A Hermenêutica tem um só objeto: a Lei; a Aplicação, o Direito, no sentido objetivo, e o fato." A Hermenêutica é o meio para atingir a aplicação, é o momento da atividade do aplicador. Revela o adaptador da doutrina à prática, da ciência à realidade: o verdadeiro jurisconsulto.

A Interpretação, por sua vez, conforme o mestre, no que é acompanhado por *Serpa Lopes (Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, v. I, 2ª ed., p. 103), é a aplicação da Hermenêutica cuja função é descobrir e fixar os princípios que regem a primeira. "Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar." (*Carlos Maximiliano, ibidem*).

2. Controverte-se quanto à oportunidade e conveniência de constarem de um Código regras de hermenêutica, que mais cabem à Doutrina e à Jurisprudência, desprovidas de caráter imperativo. Nossa Lei de Introdução consagra

(*) Palestra realizada no Curso de Admissão da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro — EMERJ.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 31 (2ª Fase), jan./jun. 1990, p. 65-78.

uma regra daquela natureza no art. 5º, ao estabelecer que, "na aplicação da lei", o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum", seguindo a orientação do art. 12 das Disposições sobre a lei em geral do Código Civil italiano.

O Código Civil francês, por exemplo, contém regras de interpretação dos contratos (art. 1.156 a 1.162), elaboradas por *Pothier*.

3. Interpretar a lei, sublime função do magistrado, é, no dizer do mestre *Carlos Maximiliano (ob. cit.*, p. 15), "explicar, esclarecer, mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, da frase, sentença ou norma, tudo que na mesma se contém", inclusive o silêncio.

Dentre as concepções de interpretação, porém, nenhuma se afigura mais singela que a de *Clóvis Bevilaqua (Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª ed., p. 37): "Interpretar a lei é revelar o pensamento que anima suas palavras".

4. O juiz, nas expressões de *Ferrara (Trattato di Diritto Civile Italiano*, pp. 195/96), é "o intermediário entre a norma e a vida". É a *viva vox juris*, traduz o comando abstrato da lei em concreto. Como executor, não criador da lei, no aplicar o Direito, atua em três estágios: a) verifica o estado de fato objeto da controvérsia; b) determina a norma jurídica a aplicar; c) pronuncia o resultado da subsunção da espécie à norma.

Propõe-se um silogismo, em que a premissa maior é a lei, a menor a espécie e o resultado a sentença.

Não se trata de atividade mecânica, porém, eis que, de há muito, não se reduz ao entendimento do mero e frio texto legislativo, não se restringindo à sua leitura e à chamada interpretação gramatical, afeita aos dados de conhecimento da Filologia.

Cumpre-lhe penetrar o sentido e alcance, captando a *mens legis* e apreendendo sua *ratio*. Importa dar vida ao texto.

Assim, hoje não mais prevalece o brocardo *in claris cessat interpretatio*. Como já reconheciam os próprios romanos, *scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem* (Dig., L. I, tít. III, fr. 17).

Objeto de interpretação jurídica é toda norma, lei, costume, tratado ou decisão judicial (Professor *Caio Mario da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil*, vol. I, nº 38, pp. 125 e segs.).

II – Espécies de Interpretação

5. Didaticamente, a interpretação da lei tem merecido classificações para melhor aplicação de seus métodos e processos. Assim, por exemplo, reportando-se a *Tito Fulgêncio*, em classificações cujas espécies são abordadas, de uma outra forma, por outros autores (*Carlos Maximiliano, Serpa Lopes*, dentre vários), o Prof. *Caio Mario da Silva Pereira* divide-as em dois grupos, em função da origem e dos elementos. Quanto ao primeiro critério, diz-se *autêntica, judicial* ou *doutrinária*. Em razão do segundo, *gramatical, lógica* e *sistemática*.

Saliente-se, entretanto, que a atividade interpretativa, em sua substância, é una. Para *Ferrara*, a quem assim se apresenta, é complexa, de natureza lógica, prática, implica na indução das circunstâncias da vontade legislativa. Os diversos meios somam-se a este fim para obter o sentido legislativo, em ordem a que venha o intérprete a descobrir o real conteúdo da norma, reconstruindo o pensamento legislativo, descendo da superfície verbal, expressão tão ao gosto do Min. *Orosimbo Nonato*, a seu conceito íntimo e o desenvolva em todas as possíveis direções.

Em sentido amplo, compreende também a analogia, que não cria o Direito, porque prossegue vinculada à Lei.

III – Interpretação Clássica. Processos

6. Como visto, em face de critérios tradicionais, levando-se em conta a origem, tem-se, inicialmente, a interpretação *autêntica*, também denominada pública (*Cunha Gonçalves*), quando, por via de outra lei, ou pelo costume, se for o caso, determina-se o sentido da norma, cujo texto padece de ambiguidades ou falta de clareza.

É, no mais frequente, a interpretação da lei pela própria lei, que, por seu conteúdo de lei pretérita, que esclarece, não vigora apenas para o futuro, mesmo quando completa lacuna da lei anterior.

Tem como característica, pois, a eficácia retroativa, remontando seu surgimento a período em que ao legislador competia a interpretação da lei. Deve ser da mesma hierarquia da norma interpretada e também submete-se à inteligência de suas disposições.

7. *Interpretação judicial* é a que se promove no aplicar, o juiz, a lei à espécie. Não é função judicial específica, porém resultado, por consequência, da fixação do conteúdo do preceito invocado. Não assume a interpretação sentido normativo.

Destarte, súmulas, prejulgados e uniformizações de jurisprudência não contêm norma jurídica, apenas cristalizam a jurisprudência da Corte. A Súmula do Supremo Tribunal Federal, em sua real acepção, não passa de mero instrumento de trabalho que simplifica o julgamento, dispensando a repetição de seus fundamentos (Ag 121-969-6 – AgRg–RJ, Rel. o Ministro *Moreira Alves*, *in* "DJU", de 5.2.88, p. 1.839).

Faz-se mister para que a interpretação se tenha por judicial que figure na parte conclusiva da sentença, que faz coisa julgada. Nos Motivos, além de lhe faltar cunho de generalidade, não desponta perante terceiros nem para outros órgãos judicantes.

Ocorre diversamente na *common law*, em que a *ratio decidendi* vincula, valendo mais que como *obiter dicta* (Prof. *João de Castro Mendes, Direito comparado*, Edição AAFLD, Lisboa, 1982-1983, p. 212).

8. *Doutrinária* é a interpretação que emana da obra do jurista, em trabalho de cunho teórico, cuja autoridade depende da de seu autor e de seu esforço em face da lei *in abstracto*, sem influência dialética ou interesse mediato.

9. No tocante aos *elementos da interpretação*, diz-se *gramatical* ou *literal* quando se prende à análise filológica do texto, à sua linguagem, ao significado dos termos, que pode ser outro, técnico, distinto do comum. Assim, os de posse, boa fé, legado, caso fortuito e muitos outros.

Correspondendo a estágio primitivo na interpretação das leis, quando suas palavras guardavam sentido místico e se revestiam de invólucro sacramental, parte do princípio de não haver termos inúteis, ou que conduzam ao absurdo, prestando-se, todavia, pela fiel observância do texto, à fraude à lei, frustrando-lhe o espírito.

10. A interpretação *lógica* ou *racional* pesquisa o espírito da disposição, dessume-se de fatores racionais, da gênese histórica, da conexão com outra norma e com o inteiro sistema.

Para levá-la a cabo, impõe-se atentar para as relações de vida para que foi criada a norma, que visa satisfazer a exigências econômicas e sociais que surgem da relação.

O fim, porém, não fornece, por si só, o real conteúdo da norma, porque pode ser alcançado por várias vias e pode ter havido equívoco do legislador quanto aos meios.

O fim, no elegante dizer de *Ferrara*, é o raio de luz que clareia o caminho do intérprete.

Da *ratio legis* distingue-se a *occasio legis*, conjunto de circunstâncias históricas que cerca a criação da Lei, como, por exemplo, a situação de revolta e perturbação interna que precedem a edição de diplomas restritivos a liberdades pessoais.

A *ratio legis* pode mudar com o tempo, conferindo atualidade à norma, sendo a base da interpretação evolutiva.

11. Na *interpretação sistemática*, o trabalho de comparação do intérprete vai mais longe, buscando a fixação de princípios norteadores do sistema, para, de seu confronto com a norma, dela extrair o significado que com eles se compatibilize.

Isto porque o Direito não é um aglomerado de preceitos a esmo, mas um conjunto, orgânico e harmônico, de regras que guardam correlação entre si e se reportam a princípios inspiradores mais elevados, os gerais de Direito.

12. Autores se referem ainda à *interpretação histórica*, que não se revela, todavia, desta espécie nem método de interpretação. Cuida-se de recurso auxiliar no trabalho do intérprete. Diz respeito ainda aos trabalhos preparatórios da Lei, que não assumem atualmente o valor de que antes desfrutavam, na medida em que a *mens legis* não se identifica com a *mens legislatoris*, difícil, hoje, de aferir-se diante da heterogeneidade na composição dos órgãos legislativos. Constitui, mais, matéria *interna corporis* deles. Comparam-se às tratativas nos contratos.

IV – Interpretação Moderna

13. A orientação clássica se fazia obediente à Lei.

Assim, referem os autores, ocorreu no Direito Romano, em fase inicial, pelo apego à forma, somente mais tarde alçando-se o jurista à abstração de conceitos e cuidando de regras de hermenêutica. De igual modo, sucedeu na Idade Média, com a escola de glosadores, pós-glosadores, tecendo comentários mais profundos e, mais tarde, com a liberação da forma pela escola culta de *Cujácio*.

Repetiu-se o fenômeno da exegese, presa ao texto, com os comentadores do Código Napoleão.

14. Daí a reação que se seguiu com a Escola de Direito Livre, propondo novos métodos de interpretação, permitindo-se, em alguns países, ao Juiz corrigir e completar a Lei, guiado por orientações subjetivas, com a valoração de interesses pelos próprios sentimentos, criando no lugar e ao lado de Direito positivo.

Não era a Lei que, unicamente, produzia o Direito, mas, a seu lado, a jurisprudência, os costumes, a equidade, os fatores sociológicos.

Foram seus corifeus, com matizes próprios de opiniões, *François Gény, Bulow, Köhler, Kantorowicz, Schlossmann, Erlich, Stammler,* que preconizava o Direito Justo, *Mayer.*

Não havia acordo, porém, entre os defensores desta corrente: para uns, só pode o Juiz criar o Direito no silêncio da Lei; para outros, ao proceder à interpretação lógica; e, para ainda outros, em qualquer caso.

15. Contra a Escola Livre ergueram-se estudiosos vários, apontando-lhe o grave defeito de comprometer a segurança jurídica, gerando perigoso estado de anarquia.

Dentre os opositores, destaquem-se *Unger, Dernburg, Hellwig, Polacco, Coviello, Degni, Pacchioni, Brugi.*

Os Tribunais deviam obediência à Lei e a jurisprudência não poderia mudar ao sabor das tendências do dia e das classes e partidos políticos.

16. Os partidários da Escola Livre, todavia, centravam suas críticas na excessiva abstração do método tradicional, que ficava agrilhoado aos conceitos lógicos e formais, afastando-se da realidade de vida, da natureza das relações em jogo, do fim do Direito.

Em seu modo de ver, não há vontade da Lei, sendo esta a que os homens lhe atribuem, haja vista as constantes mutações da jurisprudência.

17. Por evidente que esta concepção não poderia prevalecer quando não fosse pela repartição constitucional dos Poderes, nos países que a consagram.

É certo prescrever o art. 4º do Código Civil suíço, em tímida aplicação daquelas idéias, ter o juiz de decidir de acordo com o direito e a equidade, quando a lei se referir a seu critério ou a circunstâncias ou a motivos poderosos.

No entanto, não chancela as teses da Escola Livre.

18. A interpretação, verdadeiramente teleológica, e não há concebê-la de outra forma, que confere eficácia prática à jurisprudência, está vinculada à Lei, quer pela aplicação lógica, quer pela analógica, cujos germes e meios se contêm no Direito positivo. O princípio não é invenção do jurista, porém descoberta do Direito, que se encontra latente no Direito positivo.

Esta a lição de *Ferrara*, para quem não se pode conceder ao magistrado um *salvoconduto teórico para a violação da lei.*

Daí que, devido a críticas procedentes ao exagero formal da escola tradicional, evoluíram os cultores do Direito para métodos que, preservando a lógica e o valor intrínseco do sistema, levavam, todavia, em conta os dados da realidade, a formarem a espécie à espera de decisão.

Saleilles, na França, que apregoou o método histórico-evolutivo, sustentava dever a interpretação inspirar-se em fatores sociais, com o sentimento da utilidade social. *"Au délà du Code Civil, mais par le Code Civil"*, proclamava.

Segundo *Ferrara*, trata-se de método verdadeiro, que não se desvia, porém, da inteligência do tradicional. Repousa sobre dois cânones: a) a *ratio legis* é objetiva; b) é atual. Assume, com o evolver do tempo, coloração diversa, sem mudar a Lei, permitindo ao magistrado aplicá-la a casos novos, dando-lhe sentido atualizado.

19. O art. 5º da nossa Lei de Introdução ao Código Civil filia-se a essa posição intermédia, ao estabelecer que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Segundo o Prof. e Desembargador *Serpa Lopes*, em seus *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. I, pp. 121 e segs., os fins sociais dizem algo do sistema teleológico constituindo-se o *Bem Comum*, de noção tomista, nas justas exigências.

Por outro lado, autoriza o art. 127 do CPC, *a*, em casos previstos em lei, decidir o juiz por equidade, como se legislador fora.

V – Aspectos Atuais da Interpretação da Lei

20. A evolução jurídica, a aproximação de povos de sistemas jurídicos diferentes, sua reunião como na Comunidade Econômica Européia, a informática, por outro lado, têm introduzido fatores e perspectivas atuais no concernente a formas e métodos de interpretação, a partir da concepção de novas fontes jurídicas.

Em tema de codificação, por exemplo, o Código Civil português, de 1966, além de alargar a possibilidade de julgamento por equidade, quando haja acordo das partes e a relação jurídica não seja indisponível (art. 4º, *b*), permite, no art. 10, nº 3, ao cuidar da integração das lacunas da lei, na falta de caso análogo, ser a situação resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

Prescreve, no art. 8º, a obrigação de julgar e o dever de obediência à lei, fixando, em seu nº 2, que este não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.

Mas, no art. 9º, ao ocupar-se da interpretação da lei, estabelece em seu item 1º não dever cingir-se à sua letra, mas reconstituir, a partir dos textos, o pensamento legislativo, tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

Adita, no nº 2, não poder, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.

Este Código, aliás, se caracteriza, em tendência científica e moderna, por adotar tipos de formulação mediante conceitos gerais abstratos, na linha do BGB. Recorre, pois, a cláusulas gerais, *standards*, ou estalões jurídicos, isto é, critérios valorativos de apreciação, e a conceitos indeterminados para construir hipóteses legais. Citem-se como exemplos das primeiras a boa fé, os bons costumes, a ausência de causa justificativa, a equidade, o abuso de direito; de conceitos indeterminados: as demais circunstâncias do caso, a diligência de um bom pai de família, a gravidade, a violação grave (*Carlos Alberto da Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora Ltda., 1976, p. 43).

Para o saudoso jurista luso, "significa tal introdução de cláusulas gerais e conceitos indeterminados um intuito de dotar o Código Civil com uma possibilidade de adaptação às várias situações da vida, adaptação fundamentalmente a cargo de *jurisprudência, a quem incumbe concretizar esses critérios e conceitos carecidos de preenchimento* (grifos nossos).

21. Juristas europeus têm enfatizado a penetração do sistema da *civil law* por conceitos jurisprudenciais emanados da *common law*, sobretudo agora em face da almejada unificação européia.

Por outro lado, diante do alargamento do uso da informática no Direito, ensejando a compilação e sistematização das decisões judiciais, fala-se no deslocamento do eixo do sistema jurídico continental da Lei para aquelas (Prof. *François Terré*, em conferência sobre "A Crise do Direito", no V Congresso de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, 1977).

No próprio Direito norte-americano, a escola de jurisprudência crítica, a que se filiam também professores de Harvard, propõe *train lawyers to question the law* ("Business Week", *June* 6, 1988, p. 6).

Deixa a Lei de ser a *alma do reino*, como era havida na Idade Média (*apud Diogo Leite de Campos, in A Invenção do Direito Matrimonial*, Coimbra, 1989, p. 60, nota 110).

Concede-se, inequivocamente, mais discrição ao juiz, sem descurar da segurança e harmonia do sistema jurídico.

22. Diante destes aspectos, ajusta-se como um critério apto a atender a tais necessidades o da interpretação pela *lógica* do *provável*, sugerido pelo Prof. *Arnoldo Wald* ("Os Métodos Modernos de Interpretação, *in* "Revista de Direito Civil", nº 31, pp. 7 e segs.), em que os juízos de valor são aferidos segundo a categoria do razoável e não conforme os esquemas do racional e da lógica formal. O razoável, nas palavras do mestre, refere-se sempre à situação concreta, procura conciliar os princípios de equidade com a segurança jurídica, ante a necessidade de solução em face do caso concreto, em que entram em relevo os valores econômicos e sociais envolvidos e expressos na norma concreta.

Traz à colação a opinião do Prof. *Miguel Reale* (*Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 79), do abandono da estrutura lógico-formal, para ser entendida em termos retrospectivos das fontes e prospectivos de modelos, em razão de uma estrutura histórica concreta. O jurista há de se utilizar da elasticidade do modelo para a adequada atualização, sem menosprezo aos valores essenciais da certeza e da segurança.

Cita o Prof. *Arnoldo Wald* como exemplos dessa realidade a aplicação do Direito Bancário e Tributário, em que guarda maior importância o resultado econômico do que a forma ou relação jurídica. Consiste na interpretação econômica (*Wirtschaftiche Betrachtung-sweise*).

E este moderno método de interpretar e aplicar o Direito, sobre seguir a luz dos tempos, amolda-se ao preceito do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, quando determina atenda o juiz aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum. E concilia-se com o método histórico-evolutivo.

VI – Lacunas no Direito Positivo

24. Controverte-se sobre a existência de lacunas no Direito positivo e a respeito das formas de preenchê-las, respectivamente no Direito Público e no Direito Privado.

Se por lacunas se compreendem vazios insuscetíveis de preenchimento, então não há nelas falar no Direito. Se não recaem sob normas de reenvio, predispostas, neste caso situam-se fora do campo jurídico.

A lacuna, entretanto, tal como admitida, verifica-se quando inexiste disposição legal que regule especialmente determinada matéria, que pode ser

suprida por outra norma por analogia, ou, se tal não ocorre, na lição de *Ferrara* (*ob. cit*, pp. 224/32), o fato comporta-se na esfera de liberdade extrajurídica ou é juridicamente indiferente, se aquele resultado é impróprio à índole da relação.

A ordem jurídica tem horror ao vácuo, expressa o mestre italiano. As lacunas, como tais entendidas, comuns no ordenamento jurídico quando situações novas não são abrangidas por lei preexistente, preenchem-se mediante interpretação e desenvolvimento do conteúdo legislativo e desaparecem na aplicação.

Podem eventualmente ser intencionais, quando o legislador se defrontou com situações ainda não amadurecidas para a disciplina legislativa, preferindo deixar sua solução, provisoriamente, à doutrina e à jurisprudência .

Pode o juiz, todavia, sempre preenchê-las à base do sistema jurídico, que é capaz, em si, de gerar norma para qualquer hipótese.

VII – Analogia

25. *Ubi eadem est legis ratio, ibi eadem debet esse legis dispositio.* É o princípio que inspira esta primeira forma de integração da norma jurídica.

Não consiste propriamente em fonte do Direito, embora considerada como tal, com caráter secundário, em face do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, pois que não cria Direito novo, mas limita-se a descobrir o existente. Invocando-a, o juiz desenvolve normas latentes no sistema, em elaboração vinculada à lei, pois o Direito, ainda no escólio de *Ferrara* (*ibidem*), não é apenas o *conteúdo* imediato das disposições expressas, porém o *virtual* de *normas não expressas*, ínsitas ao sistema.

É, pois, o "processo lógico pelo qual o aplicador do Direito estende preceito legal a casos não previstos em seu dispositivo" (Prof. *Caio Mario, ob. cit.*, pp.56/7), que a concebe, como *Clóvis Bevilaqua* (*Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª ed., nº 30, p.34), como fonte de Direito subsidiária desde as Ordenações (L. 3, tít. 69), ao determinarem ao juiz proceder de semelhante a semelhante.

Pode apresentar-se de forma simples (*analogia legis*), a implicar na extensão de uma regra a caso nela não previsto, ou de modo complexo (*analogia juis*), que exige extrair-se, do sistema, um princípio e aplicá-lo à espécie, sob a inspiração do mesmo pressuposto.

Para recorrer-se à analogia, é mister concorram os seguintes pressupostos (*Ferrara*): a) a falta de precisa disposição legal para o caso a decidir; b) a

igualdade jurídica na essência entre o caso a regular e o regulado (semelhança jurídica dos fatos); c) não caber interpretação extensiva, com que não se confunde.

Para aferir-se a semelhança dos fatos, basta se levem em conta os elementos juridicamente relevantes, as notas decisivas, não os acidentais e acessórios.

Importa distingui-la, logo, da interpretação extensiva, ambas de consequências diferentes.

Esta, que se insere no processo de interpretação lógica, pressupõe que o seu caso não previsto diretamente na lei se enquadra em seu sentido, apesar de refugir à sua letra. Na analogia, já o caso não é contemplado, absolutamente, na disposição legal. A primeira completa a letra da lei, a segunda, seu pensamento.

Daí que, segundo *Ferrara* (*ob. cit.*, pp. 224/32), em suas insuperáveis lições, proíbe-se a extensão de normas excepcionais só por analogia, não por interpretação extensiva.

Não se pode também recorrer à analogia, quando prevalece o argumento *a contrario sensu*, que exclui casos outros fora dos previstos.

26. Por outro lado, a interpretação extensiva tem lugar exatamente, quando o sentido literal da lei não coincide com sua vontade, que se deduz da interpretação lógica. Deve o pensamento, no caso, triunfar da escama verbal (*prior atque potentior est quam vox, mens dicentis* — 7, § 2, D. 33, 10), remata o jurista italiano.

Pode a imperfeição linguística resultar em que tenha dito o legislador mais do que pensava, e traz o texto ao leito a interpretação restritiva, ou menos do que desejava, e leva-o às margens a interpretação extensiva.

Mediante a interpretação extensiva denuncia-se a fraude à lei, que se esconde sob a obediência formal ao texto, violando-lhe, todavia, o sentido.

VIII – Princípios Gerais de Direito

27. Constituem ainda fonte subsidiária do Direito, conforme *Clóvis Bevilaqua* (*Teoria Geral*, p. 36), formando "as regras mais gerais que constituem o fundamento da ciência e da arte do direito; não somente os princípios que dominam o direito nacional, como ainda o conjunto dos preceitos essenciais, que servem de expressão ao fenômeno jurídico."

No Direito anterior, eram também fonte subsidiária os princípios de Direito romano, sob a inspiração da boa razão (Lei de 28.8.1772).

Constavam, antes do Código Civil, como refere o Prof. *Caio Mario* (*Instituições, cits.*, pp. 125/38), da obra dos jurisconsultos de nomeada.

Com a codificação, passaram a extrair-se dela, em esforço de abstração apurado. São fonte subsidiária no Código Civil italiano (art. 12) e no português (art. 13).

Serviram, no Direito brasileiro, à construção da teoria da imprevisão, à ampliação da responsabilidade civil, da garantia dos direitos pelo mandado de segurança e na extensão do reconhecimento de filhos ilegítimos, em exemplificação do jurista brasileiro. Acrescente-se a vedação do enriquecimento sem causa.

Muitos hão de ajudar para sua atualização e renovação.

IX – Equidade

28. Tema atraente, de que se socorrem os magistrados para fazer a justiça que o caso exige.

Já invocada em Roma, em cujo Direito penetrou por influência da filosofia grega (*Mário Curtis Giodani, Iniciação ao Direito Romano*, LJ, p. 17), apresenta-se no período clássico sob a inspiração de ideal de justiça, no pós-clássico com o sentido de benignidade, benevolência (*Moreira Alves, Direito Romano*, vol. I, 5ª ed., nº 65, pp. 92/3), e contribuiu para a formação do Direito pretoriano.

Na Inglaterra, as Cortes de *Equity* plasmaram outra fonte de Direito, ao lado da *common law*, introduzindo prescrições e institutos que esta não previa.

Sendo uma das características da última a tipologia das ações, para obter-se a tutela jurídica em favor de uma situação para a qual não se previra um *writ*, e que merecia, por justiça, ser conhecida, o interessado recorria diretamente ao Rei, representado por seu Chanceler, para pedir-lhe, como mercê, que interviesse "para satisfazer à sua consciência e como ato de caridade" (*Castro Mendes, ob. cit.*, pp. 193 e segs.).

Daí surgiram inúmeras regras jurídicas com base em princípios de justiça e que, apesar de aplicadas a casos particulares, passaram a constituir regras gerais, que, em máximas, fixaram a posição em face da *common law*. Dentre estas, destaquem-se: *Equity looks to the intent and not to the form;*

Equity does not allow a statute to be made an instrument of fraud; He who comes into equity must come with clean hands (Cf. *Lino de Moraes Leme, Direito Civil Comparado*, RJ, 1962, pp. 63/4). Demais disso, por seu caráter de praticidade, introduziu a *equity* inovações no Direito inglês: a execução específica dos contratos, a anulação do contrato por vício de vontade, a cessão de crédito e outras soluções jurídicas que a *common law* não conhecia e para as quais não continha esses remédios.

29. *Aristóteles* definia a equidade como "a mitigação da lei escripta por circumstancias que ocorrem em relação às pessoas, às coisas, ao lugar ou aos tempos" (*Apud Carlos Maximiliano, Hermenêutica*, p. 184).

30. Estabelece o art. 127 do Código de Processo Civil que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Consistem estes, segundo *Edson Prata* ("Equidade", em "Revista Brasileira de Direito Processual", vol. 51, pp. 35 e segs.), no art. 1.075, IV, do CPC, ao autorizar aos árbitros para julgarem por equidade; no art. 1.100, VI, ao cominar nulidade para o laudo arbitral proferido por equidade sem autorização; no art. 1.095, II, ao erigir como requisito essencial do laudo a menção de que foi a decisão proferida por equidade; no art. 1.109, ao dispensar o juiz, quando decidir no procedimento especial de jurisdição voluntária, de observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

Sustenta o autor não se adstringir a equidade às hipóteses elencadas no CPC, dilargando-se sua aplicação como meio de interpretação da norma legal, para justa aplicação ao caso concreto, não dependendo, a este escopo, o julgador, de autorização expressa, que só se torna necessária quando a aplicar, no lugar do texto legal, concepção adotada por *Celso Agricola Barbi*.

Para *Edson Prata*, se só se julgar com equidade, quando a lei o autorizar, *a contrario sensu*, poder-se-ia admitir que se estaria decidindo com iniquidade quando a legislação não a previsse, o que seria um contrasenso.

Eis por que, a seu ver, quer diante do CPC, e a despeito também do disposto no art. 8º da CLT, julga-se com equidade sempre.

31. Os autores são cautelosos quanto ao julgamento por equidade. Resume o cuidado *Carlos Maximiliano* (*ob. cit.*, p. 187): "Não se recorre à Eqüidade senão para attenuar o rigor de um texto e o interpretar de modo compatível com o progresso e a solidariedade humana; jamais será a mesma invocada para se agir, ou decidir, contra prescripção positiva, clara e precisa".

Não se pode recusar seu valor como conceito amortecedor de desgastes e a possíveis atritos entre a realidade que muda e o texto que permanece. Não

para desconhecê-lo ou alterar-lhe a forma, mas para manter acesa a chama de sua presença.

Permanece atual a prudente recomendação dos Estatutos da Universidade de Coimbra, 1.772, liv. II, tít. VI, cap. VI, § 13, invocada por *Carlos Maximiliano* (*ibidem*, p. 115, nota 111): "Não transcendam os mesmos magistrados e professores os justos e impreteriveis limites das suas faculdades; e não se precipitem no temerario e sacrilego attentado de pretenderem ampliar ou restringir as leis pelos seus particulares e proprios dictames, como se dellas pudessem ser arbitros".

Mas, inscrita na Consciência e nos Corações, persevera a velha e presente advertência das Escrituras:

> *"Maldito é aquele que viola a equidade na causa do estrangeiro, do órfão e da viúva."* (Deuteronômio, XXVII, 19)

A Doutrina e os Princípios Gerais de Direito

ANCO MÁRCIO VALLE (*)

Dentro do capítulo respeitante ao estudo das fontes do direito, não é nova a discussão sobre se a doutrina pode ou não ser incluída como uma daquelas fontes. A questão é por demais conhecida, e seu contato com o estudante do Direito acontece mesmo na fase inicial do curso de bacharelado, ainda na cadeira introdutória de Ciência do Direito, razão pela qual faremos alusão de maneira bastante breve aos contornos que envolvem a controvérsia.

Como se sabe, expressivo número de juristas recusa à doutrina a condição de fonte subsidiária do direito. Como argumento, invocam a regra insculpida no artigo 4° da Lei de Introdução ao Código Civil (repetida em outros diplomas legais - CPC, artigo 126, CLT, artigo 8°, etc.), que elenca como fontes mediatas do direito a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, nada mencionando quanto à doutrina.

Não obstante, sabemos que as decisões judiciais, petições iniciais, contestações, arrazoados recursais, pareceres, entre outros, trazem constantemente em seus corpos citações doutrinárias em número mais abundante do que referências à analogia, aos princípios gerais do direito ou aos costumes. A doutrina é, sem dúvida, o grande apoio dos profissionais do direito, diante da falta de clareza do texto legal, ou na hipótese de lacuna do direito positivo.

Então, por que negar à doutrina o *status* de fonte do direito, ou concedê-lo apenas de maneira muito remota, como fazem alguns autores?

Paul Roubier, em seu excelente *Théorie Générale du Droit* (pp. 8 e segs., Librairie du Recueil Sirey, 2ª ed., Paris, 1951), tratando das fontes do direito, começa por traçar uma divisão entre normas formais e normas não-formais. Tal esquema está baseado na forma, ou na origem, das regras jurídicas. As regras formais seriam aquelas emanadas da autoridade pública, sendo não-formais as regras não editadas sob a forma de comandos pelos poderes públicos. A utilização, ou o nascimento das regras não-formais tem por justificativa, como sempre, a lacuna do sistema normativo formal.

Avançando sobre o tema das regras não formais - que é o objeto do nosso estudo -, leciona o emérito Professor da Faculdade de Direito de Lyon, que duas são as espécies das regras ora examinadas: as costumeiras e as doutrinárias - observe-se o silêncio em relação aos princípios gerais do direito.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 06 (3ª Fase), jul./dez. 1997, p. 35-37.

Atendo-se especialmente à análise daquilo que **Roubier** chama *regras doutrinárias* ("*règles doctrinales*"), temos a explicação de que essas regras de formação doutrinária constituem exatamente (e podem assim ser também chamadas) os princípios gerais do direito.

Isso, porque os denominados princípios gerais do direito nada mais são do que um conjunto coerente de soluções e ilações, *deduzidas do ordenamento jurídico* como um todo, mas que não aparecem, contudo, de maneira expressa nos textos legais que compõem aquela ordem normativa.

Ora, se os princípios gerais de direito não estão insculpidos expressamente no texto da lei, desenvolvendo-se de forma oculta por entre a letra do comando escrito, como é que tais princípios vêm à lume? A resposta é uma só: através da doutrina. Nas palavras do prof. **Roubier**, somente a competência técnica e a imparcialidade do jurisconsulto, que não se deixa levar por considerações extra-jurídicas, confere valor à regra doutrinária, que não encontra senão na qualidade de suas teses o peso da sua autoridade.

Veja quão interessante é o tratamento dado à doutrina por **Roubier** que, não a confundindo com os princípios gerais do direito, também não enxerga uma e outros como coisas dissociáveis, porém inerentes, sendo aqueles princípios nada mais do que o produto do estudo doutrinário.

Dentro dessa ordem de raciocínio podemos concluir, portanto, que a doutrina é fonte do direito, malgrado a Lei de Introdução ao Código Civil a ela não faça referência nominal. É que, mencionando os princípios gerais do direito, a lei reportou-se à doutrina de uma maneira invertida, ou seja, fazendo-lhe a indicação por aquilo que ela produz. A doutrina é, destarte, fonte legal e subsidiária do direito.

As conclusões de **Paul Roubier** não passam despercebidas pelos juristas brasileiros. O professor **Caio Mário da Silva Pereira**, embora siga a linha da dissociação entre a doutrina e os princípios gerais do direito, sente que estes são o produto da primeira. Consigna o eminente civilista em sua festejada obra *Instituições de Direito Civil*, que, *verbis*:

> "Nesta linha de noções concorre a *doutrina*, e surge a indagação, se constitui fonte do direito. (...)
> Codificado nosso direito civil, a sistematização dos preceitos reduziu a importância da obra doutrinária. Mas nem por isso a doutrina deixa de constituir fator relevante como fonte indireta. *Expõe os princípios gerais de direito*, debate as idéias e revive as discussões de temas que alargam o conteúdo das regras jurídicas." (grifos nossos) (vol. I, p. 58, 2ª ed., Forense, Rio, 1966).

Da leitura da obra *Lei de Introdução ao Código Civil Comentada*, de autoria dos professores **Eduardo Espínola** e **Espínola Filho**, observamos idêntica conclusão de **Roubier**. Pai e filho, em citação à **Pacchioni**, anotam que "... os princípios gerais de direito devem ser encontrados nas obras de doutrina e nos repositórios de jurisprudência." (vol. I, p. 148, Freitas Bastos, 1943)

Reafirmando as conclusões já expostas, podemos dizer que *doutrina* e *princípios gerais do direito* estão ligados por uma relação de causa e conseqüência. E quer se faça menção somente a uma, ou só a outros, estar-se-á aludindo à mesma entidade jurídica, constituindo-se em redundância a referência a ambos os institutos.

(*) **Anco Márcio Valle** é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

A Nova Estrutura Conceitual do Direito: a Natureza Normativa dos Princípios Jurídicos

Eugênio Rosa de Araujo*

Sumário

1. Introdução. 2. O Caso Difícil (*Hard Case*). 3. Conclusão.

Resumo

Através da análise de um caso concreto, pretende-se demonstrar, no presente trabalho, o movimento do círculo hermenêutico utilizado pelo intérprete para a solução da controvérsia, manejando os conceitos das regras, normas e princípios, com a ponderação e sopesamento no caso de haver conflitos entre si. O caso apresentado foi denominado *hard case* e consiste numa causa em que o Estado move ação de regresso contra policial que causou danos a terceiros ao conduzir veículo oficial na contramão de direção em situação de urgência. Procurou-se demonstrar uma visão prática e conceitual da aplicação dos princípios e regras, evidenciando sua metodologia de aplicação e de obtenção da norma para o referido caso.

Abstract

Through the analysis of a concrete case, it is intended to demonstrate, in the present work, the movement of the hermeneutic circle used by the interpreter to solve the controversy, managing the concepts of rules, norms and principles, with the weighing and weighing in the case Of conflicts between them. The case was called a hard case and consists of a case in which the State moves a return action against a police officer who caused damages to third parties when driving an official vehicle against the direction of emergency. It was tried to demonstrate a practical and conceptual vision of the application of the principles and rules, evidencing its methodology of application and of obtaining the norm for the referred case.

Palavras-Chave: Princípios. Regras. Normas. Círculo hermenêutico. Metodologia. Aplicação. Análise caso concreto. *Hard case.*

Keywords: *Principles. Rules. Standards. Hermeneutic circle. Methodology. Application. Analysis of the concrete case. Hard case.*

* Juiz Federal – TRF-2/RJ.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 65 (3ª Fase), jul./set. 2017, p. 51-59.

1. Introdução

O tema do presente trabalho se insere no quadro do pós-positivismo[1], movimento surgido no pós-guerra e que vem se tornando doutrina já estabelecida em todos os ordenamentos constitucionais, daí porque todo operador do direito deve dominar seu relevante conteúdo, e é o que se propõe com este trabalho, por meio da análise de um caso concreto pinçado da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A ciência jurídica tem estabelecido que texto e norma não se confundem. Há o texto da norma e a norma do texto. Explica-se: a norma é o resultado ou o produto da interpretação do texto por parte do intérprete, produzindo a norma para o caso concreto.

Já se estabeleceu na doutrina e na jurisprudência a normatividade dos princípios e sua distinção das regras, baseado nas lições de Ronald Dworkin[2] e Robert Alexy[3]; no entanto, para que o intérprete distinga uma da outra, faz-se necessário um exercício de pré-compreensão do texto que se lhe apresenta.

---

[1] Vicente de Paulo Barretto (Coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: 2006, p. 653. Verbete "pós-positivismo": "e) *O papel dos princípios na resolução dos casos difíceis*. Uma das principais façanhas do pós-positivismo consiste em reabilitar a centralidade dos princípios nos domínios da interpretação judicial, elevados agora à condição de protagonistas e não mais confinados a um papel de meros coadjuvantes ou figurantes como na etapa positivista tradicional. Com efeito, já não se trata de ver nos princípios teoremas racionais abstratos, metafísicos e desprovidos de eficácia, como na fase jusnaturalista, nem tampouco o caráter meramente subsidiário e supletivo – de baixa ou nenhuma normatividade – assumido no ciclo positivista, desde o século XIX até a primeira metade do século XX. A proposta pós-positivista coloca em primeiro plano a proclamação da eficácia normativa dos princípios, agora erigidos em normas-primárias de todo o sistema jurídico. Distanciando-se do cânone positivista da separação entre direito e moral (*tese da separabilidade*), o pós-positivismo enceta uma rearticulação entre direito e moral por mais do manejo dos princípios. Para Alexy, os princípios constituem mandados de otimização que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, enquanto Dworkin os considera fonte da justificação moral e política do Direito vigente em uma determinada comunidade."

[2] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39 e 42-43. "A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão".
Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes.

[3] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p.90-91. O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

O intérprete, num primeiro momento, identifica o texto como norma ou como regra, passando a interpretá-la como princípio ou como regra, delas extraindo uma norma, uma interpretação.

Tal procedimento tem-se denominado de círculo hermenêutico[4], uma vez que o intérprete faz uma primeira aproximação, para identificar se o texto é princípio ou regra, voltando posteriormente para, conforme os autores citados, usar a metodologia de princípio (otimização) ou de regra (definição).

No caso de conflito de princípios, deve ser manejado o método da ponderação, sopesando o princípio, no caso concreto, que mais se adapta à interpretação do texto, ao passo que no conflito de regras, os métodos usualmente utilizados são o da hierarquia, cronologia e especialidade, nada obstante possa também haver a necessidade de ponderação de regras, como se verá no caso concreto.

2. O Caso Difícil (*Hard Case)*

Estado está movendo ação de regresso contra policial que causou danos a terceiros ao conduzir veículo oficial na contramão de direção em situação de urgência.

O aresto em tela é o Agrg no Resp 1454429, da lavra do Min. Herman Benjamim, assim ementado, *verbis*:

---

[4] GADAMER, Hans-Georg. Trad. Flávio Paulo Meurer. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002, p. 402. "Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido." GADAMER, Hans-Georg. Trad. Enio Paulo Giachini. *Verdade e Método II*. Complementos e Índice. Petrópolis: Editora Vozes, 2010, p.72: "5. Sobre o círculo da compreensão (1959). A regra hermenêutica, segundo a qual devemos compreender o todo a partir do singular e o singular a partir do todo, provém da retórica antiga e foi transferido, pela hermenêutica moderna, da arte de falar para a arte de compreender. Em ambos os casos, estamos às voltas com uma relação circular prévia. A antecipação de sentido, que comporta o todo, ganha uma compreensão explícita através do fato de as partes, determinadas pelo todo, determinarem por seu lado esse mesmo todo."
A jurisprudência tem seguido essa doutrina: Informativo STF 673, 1 a 3/8/2002: "Prefeito itinerante" e segurança jurídica – 9: "Nestes termos, enfatizou que, em verdade, a norma jurídica não consubstanciaria o pressuposto, mas o resultado do processo interpretativo, isto é, a norma seria a sua interpretação. Nesse diapasão, não existiria norma jurídica, senão aquela interpretada, de sorte que interpretar ato normativo seria colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. Introduziu o conceito de pós-compreensão, que seria o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreenderia "supervenientemente" certa norma. Para o relator, todo esse esforço hermenêutico resultaria na pós-compreensão, a qual seria a pré-compreensão do futuro, ou seja, o elemento dialético correspondente da ideia de pré-compreensão. Essa concepção permitiria atestar que toda lei interpretada – não apenas as denominadas leis temporárias – caracterizaria dispositivo com duração temporal limitada, de modo que a atividade hermenêutica nada mais seria que procedimento historicamente situado. Em outras palavras, o texto, confrontado com novas experiências, transformar-se-ia necessariamente em outro texto, o que originaria a ideia desse contínuo interpretar: a pré-compreensão levaria à pós-compreensão. Discorreu, pois, que a interpretação constitucional aberta dispensaria o conceito de mutação constitucional enquanto categoria autônoma, porquanto se estaria sempre em mutação constitucional. Ficaria, então, evidente que o Tribunal não poderia fingir que sempre pensara de certa forma ao modificar seu entendimento. Expressou que, diante disto, haveria a necessidade de, nesses casos, fazer-se o ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduzisse mudança de valoração. RE 637485/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.8.2012. (RE-637485)".

AgRg no REsp 1454429 /PR

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2014/0115543-8

Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN

SEGUNDA TURMA

Julgamento: 07/04/2015, DJe 22/05/2015

PROCESSUAL CIVIL. POLICIAL MILITAR. CONDUÇÃO DE VIATURA NA CONTRAMÃO. ACIDENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DEVIDO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de reparação de danos proposta pelo Estado do Paraná contra o ora recorrente, objetivando a condenação no pagamento de R$ 12.912,22 (doze mil, novecentos e doze reais e vinte e dois centavos).

2. Alega o Estado do Paraná que o réu, ora recorrente, Policial Militar, ao conduzir viatura policial pela contramão enquanto atendia a uma ocorrência, colidiu com um veículo Fiat/Uno que se encontrava à sua frente, e que o impacto acarretou danos à viatura policial. Dispôs que o encarregado pelo Inquérito Técnico instaurado pelo Comando da Polícia concluiu pela culpabilidade do réu no sinistro e que, na Solução de Inquérito Técnico, foi imputado ao recorrente o pagamento de R$ 12.912,22 (doze mil, novecentos e doze reais e vinte e dois centavos).

3. *O Juiz de 1º Grau julgou improcedente o pedido, por entender, em síntese, que "o requerido agiu em estrito cumprimento do dever legal, razão pela qual resta descaracterizado o caráter ilícito da conduta e, assim, o dever de reparar as perdas e danos"* (fl. 355).

4. O Tribunal *a quo* deu provimento à Apelação do Estado do Paraná, ora recorrido, e assim consignou na sua decisão: "*Veja-se que o texto legal, não permite que os veículos dos entes públicos que estejam se dirigindo para atendimento de urgência, transitem na contramão de direção da via.*" "Porém, devem obedecer as demais normas do Código de Trânsito Brasileiro, conforme expressamente dispõe a alínea "*d*", acima destacada, entre as quais, não transitar na contramão de direção." "*Portanto, não há que se falar em estrito cumprimento do dever legal quando a conduta do agente público foge aos parâmetros legalmente estabelecidos. Nestes casos, sua conduta é imprudente e deve, por essa razão, ser responsabilizado pelos danos que venha a provocar*". (grifos nossos)

O tribunal considerou que não houve malferimento de lei federal, aliado ao fato de que, em sede de Recurso Especial, não há análise de provas e estabilizou a decisão que condenou o policial a pagar pelos danos causados na condução do veículo oficial em situação de emergência.

Aqui será necessária a ponderação[5] de princípios e de regras em face do inusitado da situação e, para tanto, nos valeremos do método de ponderação adotado pelo Ministro Roberto Barroso em decisão monocrática prolatada recentemente, *verbis*:

> Rcl 22328 MC / RJ – RIO DE JANEIRO, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 20/11/2015.
>
> Em caso de conflito entre normas dessa natureza, impõe-se a necessidade de *ponderação, que, como se sabe, é uma técnica de decisão que se desenvolve em três etapas: (i) na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência ao caso; (ii) na segunda, selecionam-se os fatos relevantes; (iii) e, por fim, testam-se as soluções possíveis para verificar, em concreto, qual delas melhor realiza a vontade constitucional*. Idealmente, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa. No limite, porém, fazem-se escolhas. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade. (grifo nosso)

Assim, na primeira etapa, cabe ao intérprete proceder à identificação dos enunciados normativos em tensão. Na segunda etapa cabe-lhe a identificação dos fatos relevantes e a apreciação da repercussão da incidência dos enunciados normativos sobre os fatos selecionados. Por fim, chega-se à terceira etapa, que é a fase decisória da ponderação.

No caso em comento, nos parece que andou mal o Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que o policial militar atuava em estrito cumprimento do dever legal, em situação de urgência, no desempenho de serviço público indispensável e *uti universi*, com benefício para toda comunidade e em fiel observância ao texto constitucional, à legislação militar de trânsito e ao decreto disciplinador de suas atribuições[6].

---

[5] BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.300-302. "Na primeira delas lhe cabe identificar todos os enunciados aparentemente em conflito e agrupá-los em função das soluções que indiquem para o caso". "Na segunda etapa do processo ponderativo, cabe ao intérprete examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os enunciados identificados na fase anterior. A relevância atribuída aos fatos, algumas vezes instintivamente, funda-se em geral em elementos jurídicos ou na experiência cultural da sociedade, ou ainda em uma mistura desses dois fenômenos, e deve ser justificada. Os fatos repercutem de duas maneiras principais sobre os grupos de enunciados identificados na etapa anterior: (i) eles podem atribuir maior ou menor peso a alguns desses grupos; e/ou (ii) eles podem esclarecer o grau de restrição que cada solução (norma) possível impõe aos diferentes enunciados envolvidos. Terceira e última etapa é o momento de decidir tendo em conta os grupos de enunciados, os fatos relevantes e sua repercussão sobre a hipótese e as diferentes normas que podem ser construídas para a solução do conflito".

[6] Aqui utilizamos a legislação federal militar por comodidade na explanação do processo de ponderação, posto que o raciocínio para a legislação estadual – no caso o Paraná – seria o mesmo.

Primeiramente, o policial tem o dever de observar o princípio da dignidade da pessoa humana[7], bem como o da disciplina, insculpidos nos arts. 1º e 142 da Carta Magna[8].

Some-se a isso, pelo Estatuto dos Militares[9], Lei nº 6.880/80, nos arts. 14, 28, 31 e 32, bem como o art. 8º do Regulamento Disciplinar do Exército, Decreto nº 4346/2002[10], fica expressamente estipulado como dever do militar dar a própria vida, se for necessário, no desempenho de seus misteres e, ainda, guardar a Constituição, as leis e decretos a que estiver submetido, de forma que ao militar não é dado descumprir a Constituição ou as leis, sem embargo de eventualmente ter de usar de certa discricionariedade na observância da legislação, como é o caso.

É que o Código Nacional de Trânsito, em seu art. 29, dispõe que os veículos policiais têm livre circulação em situações de emergência, prioridade e liberdade de trânsito, devendo manter as sirenes acionadas e trafegar de forma cuidadosa[11].

---

[7] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, p. 60: "Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana *a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimos para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos."*

[8] Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana; Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

[9] Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880/80: Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico. §1º. A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade. §2º. Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo. §3º. A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.
Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar: I – amar a verdade e a responsabilidade como fundamento de dignidade pessoal; II – exercer, com autoridade, eficiência e probidade, as funções que lhe couberem em decorrência do cargo; III – respeitar a dignidade da pessoa humana; IV – cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes; VII – empregar todas as suas energias em benefício do serviço; Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente: I – a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida; III – a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias; IV – a disciplina e o respeito à hierarquia; V – o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; e Art. 32. Todo cidadão, após ingressar em uma das Forças Armadas mediante incorporação, matrícula ou nomeação, prestará compromisso de honra, no qual afirmará a sua aceitação consciente das obrigações e dos deveres militares e manifestará a sua firme disposição de bem cumpri-los.

[10] Regulamento Disciplinar do Exército. Decreto nº 4.346/2002. Art. 8º. A disciplina militar é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo militar.

[11] Código Nacional de Trânsito. Lei nº 9.503/97. Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas: VII – os veículos destinados a socorro de incêndio e salvamento, os

Ora, não se pode imaginar um veículo do corpo de bombeiros indo em direção a um incêndio (urgência) estar impedido de trafegar na contramão de direção de uma rua, ou mesmo avenida, do mesmo modo que um policial não pode ficar impedido de trafegar na contramão de direção, devagar, com alarmes sonoro e luminoso intermitentes, para atender situação de urgência, posto que tal interpretação tangencia o absurdo e pode se constituir em grave erro na análise de prova, o que redundaria em erro de direito, apto a ser combatido pela via do Recurso Especial.

Não se olvide que, nas grandes cidades, por vezes, para se entrar em uma rua, sem que seja pela contramão de direção, pode ser necessário percorrer um pequeno trecho que demande mais de uma hora de circulação, o que chega a ser fato público e notório (art. 374, inciso I do CPC/2015).

3. Conclusão

Do que foi exposto, quanto à distinção entre princípios e regras[12], podemos concluir com o Professor e Ministro do TST Mauricio Godinho Delgado que:

> Agregando ponderações ao debate acerca da nova concepção de princípios e de seu papel no Direito, parece-nos adequado sustentar que os princípios, enquanto comandos jurídicos instigadores, além das tradicionais funções interpretativa e supletória, têm, na verdade, uma função normativa concorrente. Trata-se de papel normativo concorrente, mas não autônomo, apartado do conjunto jurídico geral e a ele contraposto.

A função normativa do Poder Judiciário explicitada pelo eminente doutrinador e julgador está conforme o novo papel do Judiciário na medida em que ao decidir o caso concreto, interpretar o texto, dele retira norma – produto da interpretação – norma

---

de polícia, os de fiscalização e operação de trânsito e as ambulâncias, além de prioridade de trânsito, gozam de livre circulação, estacionamento e parada, quando em serviço de urgência e devidamente identificados por dispositivos regulamentares de alarme sonoro e iluminação vermelha intermitente, observadas as seguintes disposições: a) quando os dispositivos estiverem acionados, indicando a proximidade dos veículos, todos os condutores deverão deixar livre a passagem pela faixa da esquerda, indo para a direita da via e parando, se necessário; b) os pedestres, ao ouvir o alarme sonoro, deverão aguardar no passeio, só atravessando a via quando o veículo já tiver passado pelo local; c) o uso de dispositivos de alarme sonoro e de iluminação vermelha intermitente só poderá ocorrer quando da efetiva prestação de serviço de urgência; d) a prioridade de passagem na via e no cruzamento deverá se dar com velocidade reduzida e com os devidos cuidados de segurança, obedecidas as demais normas deste Código;

[12] "As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos". "Os princípios são normas finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção".

de decisão, posto que ao magistrado, incumbe o dever-poder de formular a norma para o caso concreto. Não se trata de função legislativa, mas de função normativa inerente ao poder de julgar, conforme preleciona Eros Grau[13].

Após a análise do caso em testilha, verifica-se que houve uma ponderação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da disciplina da atuação militar, na vertente de que houve uma concorrência entre eles, desaguando na atuação destemida do policial no cumprimento do seu dever.

Por outro lado, tais princípios iluminaram as regras do Código Nacional de Trânsito, na vertente de que a interpretação do art. 29 do referido diploma não pode estar em desarmonia com os princípios constitucionais já mencionados, mas também com os textos infraconstitucionais que disciplinam a atividade policial.

Segue-se que, no caso, e esta é a crítica que se faz ao julgado, o policial tinha a discrição de, no momento de urgência, identificar a necessidade, ou não, de ingressar, com os aparatos de segurança acionados, na contramão de direção, atuando em seu estrito dever funcional, retirando qualquer ilicitude da sua conduta (art. 23, III CP e Art. 188, II CCB/2002).

A aplicação do Código Nacional de Trânsito como regra, no caso, na base do "tudo ou nada", gerou, s.m.j., uma análise incompatível com a Constituição Federal e em desarmonia gramatical, sistemática e teleológica do ordenamento jurídico pátrio.

Com estas considerações, se trouxe uma visão prática e conceitual da aplicação dos princípios e regras, demonstrando sua metodologia de aplicação e de obtenção da norma para o caso concreto.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

[13] "Ainda que não seja o juiz, meramente a "boca que pronuncia as palavras da lei", sua função – dever-poder – está contida nos lindes da legalidade. A discricionariedade – não será demasiada esta repetição – é exercitada em campo onde se formulam juzos de oportunidade, exclusivamente, porém, quando uma norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública sua formulação. Prossegue: "O que se tem erroneamente denominado de discricionariedade é poder de definição de normas de decisão, posterior à produção de normas jurídicas que o juiz exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos – repito-o, ainda – encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, o que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido pelo texto". "Por isso mesmo é que, não atuando no mesmo plano lógico, de modo que possa opor a legalidade à discricionariedade – e esta decorrendo, necessariamente e sempre, de uma atribuição normativa a quem a pratica –, a discricionariedade se converte em uma técnica da legalidade." Arremata: "Ainda quando o juiz cogite dos princípios, ao atribuir peso maior a um deles – e não a outro –, ainda então não exercita discricionariedade. O momento dessa atribuição é extremamente rico porque nele, quando se esteja a perseguir a definição de uma das soluções corretas, no elenco das possíveis soluções corretas a que a interpretação do direito pode conduzir, pondera-se o direito, todo ele,(e a Constituição inteira), como totalidade. Variáveis múltiplas, de fato – as circunstâncias peculiares do caso – e jurídicas – linguísticas, sistêmicas e funcionais –, são descortinadas. E, paradoxalmente, é precisamente o fato de o intérprete autêntico estar vinculado, retido, pelos princípios que torna mais criativa a prudência que pratica".p.209-210.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

BARRETTO, Vicente de Paula (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto (Org.). Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), *in*: *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Editora LTR, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando Direitos a Sério*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. Complementos e Índice. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=+1454429+e+herman&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO.

Abertura Constitucional e Segurança Jurídica: uma Primeira Leitura sobre o PLS 349/2015 à Luz do Direito à Educação

Opening Constitutional and Legal Security: a First Reading about PLS 349/2015 in a Perspective of the Education Law

Hirmínia Dorigan de Matos Diniz*

Sumário

1. A Contextualização do Tema na Nova Hermenêutica Constitucional. 2. A Construção da Norma a Partir da Lei. 3. A Ameaça à Segurança Jurídica. 4. O PLS 349/2015 e Seus Reflexos no Direito à Educação. 5. Segurança Jurídica. 6. Efeitos da Decisão e a Necessidade de Motivação. 7. Restrições Orçamentárias à Efetividade das Decisões. 8. Participação Social. 9. Conclusão. Referências. Anexo.

Resumo

O presente ensaio trata da transição do positivismo jurídico ao pós-positivismo, contexto em que o direito assume nova dimensão em relação à interpretação da norma. Nesse cenário de inegável fluidez, observa-se a elastecida discricionariedade conferida ao intérprete, assim como os critérios pessoais que possam ser utilizados no exercício da ponderação, sobretudo na hipótese de conflito entre normas. Diante dessas inquietações, o Projeto de Lei do Senado nº 349/2015 pretende incluir, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições inspiradas na segurança jurídica e na eficiência na aplicação do direito público, promovendo, com a expectativa de se minimizarem sobressaltos, a transposição da concepção de um modelo jurídico fechado e autossuficiente para o atual modelo que prima pela abertura conceitual e pela forte carga valorativa. A proposição legislativa de que se trata atinge sobremaneira a aplicação do direito à educação, já que composto por normas de conceito indeterminado, integrantes de seus princípios basilares.

Abstract

This essay deals with the transition of legal positivism to the post-positivism, the context in which the right takes on a new dimension in relation to the interpretation of the

* Doutoranda em Educação pela UFPR. Mestre em Direito pela PUC/PR. Membro do Ministério Público do Estado do Paraná.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 67 (3ª Fase), jan./mar. 2018, p. 167-181.

rule. In this undeniable fluidity scenario, there is the bigger discretion given to the interpreter, as well as to personal criteria that can be used in the exercise of weight, especially in the event of a conflict between rules. Given these concerns, the Senate Bill nº 349/2015 includes, in the Law of Introduction to the Brazilian Law Rules, provisions based on legal certainty and efficiency in the implementation of public law, promoting, with the expectation to minimize jolts the transposition of the concept of a legal model closed and self-sufficient for the current model that strives for conceptual openness and strong evaluative load. The legislative proposal that it affects greatly the implementation of the right to education, as composed of extreme openness of standards, drawn from its basic principles.

Palavras-chaves: Pós-positivismo. Interpretação da norma. PLS nº 349/2015. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Segurança jurídica. Direito à educação.

Keywords: *Post-positivism. Interpretation of the rule. PLS nº 349/2015. Introductory Law to Brazilian Law Rules. Legal certainty. Right to education.*

1. A Contextualização do Tema na Nova Hermenêutica Constitucional

O Direito, sob a égide do pensamento do positivismo jurídico, estava circunscrito aos limites da lei (texto), estabelecidos dentro de parâmetros de objetividade e de racionalidade, utilizados para a subsunção do fato à norma. As regras, dotadas de concretude elevada, esgotavam seu objeto de estudo.

A interpretação das regras, ao contrário da interpretação dos princípios, que será vista a seguir, submete-se à denominada lógica do "tudo ou nada", segundo a qual, diante de um caso concreto, o operador do Direito deverá avaliar qual a regra que incide naquela hipótese e, em consequência disso, as demais regras, em aparente conflito, restam naturalmente afastadas do campo de incidência. Em suma, apenas uma regra é aplicada ao fato concreto, enquanto as demais são excluídas.

Tal avaliação funda-se em sistemática preestabelecida no ordenamento jurídico e, nesse sentido, a lei situada em patamar superior prevalece sobre a que se encontra em patamar inferior (critério hierárquico), a lei cronologicamente mais recente prevalece sobre a mais antiga (critério temporal) e, por fim, a lei especial prevalece sobre a geral (critério da especialidade).

Trata-se de ambiente relativamente seguro e, de certa forma, previsível, pois seria possível antever o conteúdo de provimentos judiciais. Por outro lado, constitui-se em sistema de restrita abertura com o processo político e social, pois o Direito encontra-se adstrito à regra e, assim, tudo para além dela é concebido como metajurídico e, portanto, imune à sua cognição[1].

[1] Para uma defesa do positivismo jurídico, harmonizando-o com o novo pensamento constitucional, ver: BORGES, José Souto Maior. Pró-Dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Público* – 59, p. 240-247.

Na contemporaneidade, o direito assume nova dimensão em relação à interpretação da norma, promovendo, como se verá, verdadeira separação entre texto e norma, na medida em que o primeiro passa a ser apenas o ponto de partida e, assim, o atingimento da norma dar-se-á percorrendo-se o caminho da interpretação.

O Novo Código de Processo Civil bem assimilou esta transformação, como, por exemplo, quando dispõe que o Ministério Público deixa de intervir como "fiscal da lei" (CPC/1973, art. 83) para atuar na "defesa da ordem jurídica" (NCPC, art. 176) ou quando estabelece que a ação rescisória deixa de se fundar na violação literal de "disposição de lei" (CPC/1973, art. 486, V) para veicular a discussão quanto à manifesta violação à "norma jurídica" (NCPC, art. 966, V).

Para o exercício interpretativo, mostra-se determinante o caráter normativo assumido pelos princípios, os quais, dotados de maior grau de abstração e mais elevada carga valorativa, comparativamente às regras, conferem coerência ao sistema jurídico. Veiculam valores não estáticos tendentes a orientar o trabalho do intérprete.

A aplicação dos princípios submete-se à lógica da ponderação, por meio da qual se concebe a incidência de mais de um princípio sobre o mesmo fato jurídico, de tal forma que os efeitos de cada qual podem se dar em uma extensão maior ou menor, já que a plasticidade de que são dotados propicia-lhes a cedência para a superação do conflito decorrente de eventual colisão entre eles.

Em outras palavras, na hipótese de colisão entre os princípios, eles não se excluem, mas harmonizam-se e, assim, diante do caso concreto, deverá ser verificado qual deles merece maior consideração, já que inexiste prévia hierarquização. É por isso que, ao interpretar-se principiologicamente, faz-se, antes de tudo, um juízo de valor.

Conforme aborda Luiz Roberto Barroso: "O Direito, a partir da segunda metade do Século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondia ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade"[2]. Ingressa-se, pois, na era das interpretações.

2. A Construção da Norma a Partir da Lei

Surge, portanto, o ordenamento jurídico mais aberto, propenso a conferir maior espaço às normas principiológicas e, assim, recomendar ao intérprete a utilização da argumentação jurídica, como ferramenta de trabalho, conectada com variados ramos do conhecimento. É este o campo de estudo de Habermas:

> [...] o discurso jurídico não pode mover-se autossuficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente;

[2] BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). São Paulo. *Interesse Público IP*, ano 3, nº 11, p.42-73, jul./set. 2001.

> precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas de direito[3].

Para esse novo paradigma, exerceu enorme relevância o processo de constitucionalização do direito infraconstitucional. Sem prejuízo do espaço da supremacia formal da Constituição, passa ela a ser a porta de entrada de todos os ramos do direito, conferindo unidade e harmonia ao sistema, por meio do que se denomina *filtragem constitucional*.

Seria o mesmo que dizer que o ordenamento jurídico, como um todo, deve ser lido e interpretado, sempre, a partir da Constituição, de forma a realizar a reinterpretação dos institutos infraconstitucionais à luz da lei maior. Ao assim proceder, verifica-se, previamente a aplicação da norma, se ela se mostra compatível com a Constituição, além de conferir-lhe alcance, ajustando-a às finalidades constitucionais[4].

A interpretação conforme a Constituição insere-se, exatamente, nessa sistemática. A partir dela, faz-se a leitura da norma infraconstitucional em função do sentido constitucionalmente definido, o que se dá, por exemplo, por meio da exclusão, pelo Poder Judiciário, de determinadas interpretações incompatíveis com o texto constitucional, empregando-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

O novo cenário é naturalmente mais rico, pois a incorporação de normas de elevado teor valorativo representa a sensibilidade do ordenamento jurídico a tudo que se obteve, ao longo do tempo, por meio de legítimas conquistas políticas e sociais. Ressalta-se que a aplicação do princípio sempre envolve um juízo de valor e daí sua legitimidade e importância para o Direito.

3. A Ameaça à Segurança Jurídica

O outro lado da história estampa a inegável fluidez de normas que veiculam princípios e, nessa condição, expõem-se à elastecida discricionariedade conferida ao intérprete, assim como aos critérios pessoais que possam ser utilizados no exercício da ponderação na hipótese de conflito entre normas.

Carlos Ari Sundfeld já anunciava a suposta crise gerada pela imprevisibilidade ou descontrole de um direito excessivamente principiológico, imprimindo, nas respectivas decisões, inaceitável dose de subjetivismo:

---

[3] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. reimp. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p.287.

[4] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.129-173.

> Crise: este é o nome, agora, também desse direito de princípios. Os males do *excesso* (a principiologia frouxa desamarrando as normas, embaralhando tudo) e do *superficial* (o princípio lugar-comum, pura forma sem substância): nisso vivemos. Vale, então, a nota prévia de saudade: nesses anos, o direito dos princípios subia, subia, todos o amávamos; nos próximos, não será assim. Os administrativistas principiamos a cansar. Novos amores virão[5].

Outro recorte deste novo cenário refere-se ao fato de que a interpretação constitucional envolve todos os órgãos estatais e, para além disso, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado de intérpretes da Constituição[6]. A pluralidade de intérpretes, portanto, torna a norma tanto mais legítima, quanto fluida.

Diante deste quadro, não se pretende, por óbvio, afastar, por completo, a flexibilidade interpretativa, o que se daria por meio de equivocado resgate de premissas estritamente positivistas, fundadas na concepção de que a resposta do direito está contida objetivamente na lei, mas, sim, estabelecer balizamentos que definam, a partir da lei, mas para além dela, quais seriam as interpretações possíveis.

4. O PLS 349/2015 e Seus Reflexos no Direito à Educação

Dentro dessa ordem de inquietações, o Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015, da autoria do Senador Antonio Anastasia, pretende incluir, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 1942, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 12.376, de 30.12.2010), disposições fundadas na segurança jurídica e na eficiência na aplicação do direito público, promovendo, com a expectativa de se minimizar os sobressaltos, a transposição da concepção de um modelo jurídico fechado e autossuficiente para o atual modelo que prima pela abertura conceitual e pela forte carga valorativa.

É nesse sentido que, em uma primeira aproximação, o Projeto nº 349/2015 busca, valendo-se de entendimentos que já se encontram relativamente sedimentados no âmbito doutrinário e jurisprudencial, o aprimoramento significativo do controle dos atos administrativos e das políticas públicas, de tal sorte que a abertura dada ao sistema conte com parâmetros, senão previsíveis, ao menos pautados por critérios mais homogêneos.

A proposição legislativa de que se trata, atinge sobremaneira a aplicação do direito à educação, já que composto por normas de abertura extrema, extraídas de seus

---

[5] SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. *Revista de Direito Público da Economia* – RDPE, Belo Horizonte, ano 5, nº 18, p.33-39, abr./jun. 2007.

[6] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. Reimpressão 2002. p.12-13.

princípios basilares como a liberdade de ensinar (CF, art. 206, II) e a gestão democrática do ensino público (CF, art. 206, VI). Especificamente em relação à educação básica, submete-se ao princípio da prioridade absoluta (CF, art. 227, *caput*) outro conceito igualmente aberto.

Além disso, a prestação pública ou privada dos serviços educacionais é objeto de intensa regulamentação infralegal por órgãos administrativos, como ocorre com o Conselho Nacional da Educação e seus congêneres nos demais entes federativos. Desta forma, porque lida com conceitos abertos e com regulamentação administrativa, o PLS 349/2015 interessa ao direito e à educação.

Passa-se a destacar alguns potenciais reflexos que parecem mais relevantes.

5. Segurança Jurídica

Os comandos previstos no Projeto dirigem-se às decisões administrativas, provenientes dos órgãos de controle (a exemplo dos tribunais de contas) e também judiciais. Seu fio condutor reside na segurança jurídica que se espera das decisões, conferindo-lhes, tanto quanto possível, previsibilidade.

Max Weber, em trabalho publicado no ano de 1923, tratava das premissas para a existência de empresas comprometidas com as necessidades cotidianas e, entre elas, estaria a observância de um direito que denomina de racional ou calculável:

> *Para que la explotación económica capitalista proceda racionalmente precisa confiar en que la justicia y la administración seguirán determinadas pautas. Ni en la época de la polis helénica, ni en los estados patrimoniales de Asia, ni en los países occidentales hasta los Estuardos pudo garantizarse tal cosa. La arbitrariedad de la justicia regia, con su otogamiento de mercedes, trajo constantes pertubaciones en los cálculos peculiares de la vida económica [...]*[7]

Em suma, busca-se a certeza quanto às normas jurídicas e a estabilidade das relações entre Administração-Administrado. Conforme aborda Almiro do Couto e Silva:

> O princípio da segurança jurídica, entendido como proteção à confiança, está hoje reconhecido na legislação e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como princípio de valor constitucional, imanente ao Estado de Direito, e que serve de limite à invalidação, pela Administração Pública, dos seus atos administrativos eivados de ilegalidade ou de inconstitucionalidade[8].

[7] WEBER, Max. *Historia Económica General*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011, p.289.
[8] SILVA, Almiro do Couto. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005.

Destaca-se da respectiva exposição de motivos do PLS 349/2015 que: "O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional".

Em decorrência direta do princípio da segurança jurídica, estabelece-se a preferência pela utilização de regra de transição, na hipótese de a decisão proferida a partir de norma indeterminada impor "dever ou condicionamento novo de direito, ou fixar orientação ou interpretação nova" (art. 22, *caput*).

A não definição espontânea do regime de transição autoriza o interessado a "negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso" (art. 22, parágrafo único).

Preocupação idêntica encontra-se presente na sistemática do controle abstrato da constitucionalidade, quando os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade são modulados e, assim, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringe os efeitos da declaração ou fixa termo inicial para sua eficácia (Lei nº 9.868/1999, art. 27).

Ainda em paralelo com a sistemática do controle abstrato de constitucionalidade, especificamente quando trata da ação declaratória de constitucionalidade, o Projeto institui a ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, com efeitos *erga omnes*, no regime da ação civil pública (art. 24), com a necessária atuação do Ministério Público (art. 24, parágrafo único).

No campo da educação especial, vislumbra-se a pertinência da incidência de tal sistemática de transição, quando se considera a mais atualizada interpretação existente sobre a matéria, a partir da principiologia da educação inclusiva e, inclusive, das convenções internacionais das quais o Brasil é signatário. Sobre o tema, definiu-se a interpretação de que o atendimento educacional, com todas as especificidades, voltado às pessoas com deficiência, dar-se-á na rede regular de ensino (STF. ADI 5.357/DF. Rel. Min. Edson Fachin).

Entretanto, a implementação dessa nova diretriz deverá, necessariamente, contar com regra de transição, pois não seria razoável a reestruturação de toda a rede de atendimento especializado, inserindo-a no âmbito do ensino regular, em curto espaço de tempo, sem as necessárias acomodações de múltiplas ordens.

6. Efeitos da Decisão e a Necessidade de Motivação

Outro balizamento a ser observado volta-se à necessidade de se atentar para a consequencialidade prática decorrente da aplicação de valores jurídicos abstratos (art. 20, *caput*), a ser demonstrada mediante criteriosa motivação, na qual deverá ser evidenciada "a necessidade e adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas" (art. 20, parágrafo único). Em síntese, busca-se exigir daquele que decide

o sopesamento no processo decisório, não somente dos efeitos de sua decisão, isoladamente considerada, como também dos potenciais reflexos no correspondente contexto econômico-social.

A norma concebida no Projeto vai ao encontro do pensamento de Habermas, segundo o qual "a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas de argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo"[9].

No que diz respeito à motivação, há inevitavelmente que se reportar aos requisitos da fundamentação da sentença judicial, trazidos pelo Novo Código de Processo Civil, os quais são naturalmente aplicáveis aos processos judiciais e supletiva e subsidiariamente aos processos administrativos (NCPC, art. 15).

Nesse sentido, considera-se não fundamentada a decisão que:

> I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (NCPC, art. 489, §1º).

O preceito tem direta aplicação no controle judicial sobre as políticas públicas na área da educação. Tome-se, por exemplo, a questão da matrícula na educação infantil, dever do Estado e direito subjetivo das crianças. Qualquer medida que represente intervenção nesta política pública há que apontar, no caso concreto, a relevância da medida a ser aferida à luz do mínimo existencial e da prioridade absoluta que ostenta em detrimento de outros segmentos.

Ana Paula de Barcellos trata desta inafastável priorização de certos direitos, em decorrência de expressa previsão constitucional, opondo-se, portanto, à incondicional discricionariedade do administrador público na formulação das políticas públicas:

[9] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2º ed. reimp. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p.287.

> Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas *jurídicas*, dotadas de *superioridade* hierárquica e de *centralidade* no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição de políticas públicas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo[10].

Além disso, deve-se adentrar nos ajustes necessários nas respectivas propostas orçamentárias, identificando possíveis alocações para fazer diante das despesas que se pretendam ver assumidas.

A matéria encontra evidente fundamento constitucional, destacando-se que a atual concepção acerca das leis orçamentárias confere-lhes caráter impositivo. Vale dizer, as leis orçamentárias determinam destinações de recursos e não simplesmente as autorizam[11] (STF. STA 175-AgR/CE. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 17.03.2010), pois, antes de mais nada, concretizam decisões fundamentais tomadas anteriormente. Em relação ao tema, Ana Paula de Barcellos assim se posiciona:

> A Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais. As políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente, mas envolvem gasto de dinheiro público. As escolhas de matéria de gastos e políticas públicas não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas constitucionais[12].

Embora o Supremo Tribunal Federal apresentasse resistência em efetivar o controle concentrado da constitucionalidade em relação às leis orçamentárias[13],

---

[10] BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 240, p.83-103, abr./jun. 2005, p.92.

[11] A superada concepção autorizativa do orçamento implica concessão de certa margem de liberdade ao administrador público para, inclusive, não empregar a totalidade das verbas previstas para determinada política pública.

[12] BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.816.

[13] CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COM EFEITO CONCRETO. LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS: Lei nº 10.266, de 2001. I. - Leis com efeitos concretos, assim atos administrativos em sentido material: não se admite o seu controle em abstrato, ou no controle concentrado de constitucionalidade. II. - Lei de diretrizes orçamentárias, que têm objeto determinado e destinatários certos, assim sem generalidade abstrata, é lei de efeitos concretos, que não está sujeita à fiscalização jurisdicional no controle concentrado. III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - Ação direta de

esse entendimento vem sendo revisto pela própria Corte. Nesse sentido: "Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta" (STF. ADI 2.925/DF. Rel. Min. Ellen Gracie. J. 19.12.2003)[14].

Por fim, deve-se elencar os variados meios para se obter o mesmo resultado, a ser definido sempre a critério do administrador. No caso da educação infantil, tomada como exemplo, a universalização pode ser buscada pela construção de novas unidades de ensino, pela ampliação das já existentes, por meio de parcerias com o setor privado etc.

7. Restrições Orçamentárias à Efetividade das Decisões

O PLS 349/2015, ao acrescer o art. 21 à Lei de Introdução às Normas, exige que, na interpretação jurídica, seja considerada a finitude dos recursos financeiros e, a partir daí, obtenha-se o equilíbrio entre a reserva do possível ("obstáculos e dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo") e o mínimo existencial ("direitos dos administrados").

Compreende-se o mínimo existencial como:

> um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir *condições adequadas de existência digna*, em ordem a assegurar *à pessoa* acesso efetivo *ao direito geral de liberdade* e, *também*, *a prestações positivas originárias* do Estado, viabilizadoras *da plena fruição* de direitos sociais básicos, *tais como* o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança (STF. AgReg. no RE com Agravo 639.337–SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. 23.08.2011).

Ou para Clèmerson Merlin Clève:

> O conceito de mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados

inconstitucionalidade não conhecida. (STF. ADI 2.484-MC/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 19.12.2001). No mesmo sentido: STF. ADI 1.716/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 19.12.1997.

[14] No mesmo sentido: i) STF. ADI 4.048-MC/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 14.05.2008; ii) STF. ADI 3.949-MC/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 14.08.2008).

> seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino[15].

Por óbvio, as matérias abrangidas pelo direito à educação integram o denominado mínimo existencial, considerando-se, para tanto, sua indispensabilidade para formação intelectual e social, ao preparo para a cidadania, para a inserção no mercado de trabalho, enfim, de forma ampla para a própria dignidade.

Nessa perspectiva, os direitos educacionais reivindicam priorização nos orçamentos públicos.

8. Participação Social

A democracia participativa (CF, art. 1º) decorre do Estado Democrático de Direito e concretiza-se pela participação mais direta dos cidadãos nas estruturas de poder. De fato, a fiscalização do atendimento das normas que regem o desempenho da função administrativa pode e deve ser amplamente realizada por toda a sociedade. Nessa perspectiva, o princípio da participação busca a aproximação entre a Administração e os administrados, seja no que se refere ao controle da atividade estatal, seja em uma participação mais efetiva nas decisões que afetarão a todos.

Nessa diretriz insere-se o PLS 349/2015, que estimula a participação social ao prever que "a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, será precedida de consulta pública para manifestações escritas de interessados, a qual será considerada na decisão" (art. 28).

Tal providência encontra perfeita adequação ao princípio democrático, de matriz constitucional, tendente à descentralização das decisões de diferentes searas, intensificando-se o processo de participação. De fato, pondera Hermes Zaneti Júnior, que para a realização de um Estado democrático, "as instâncias de participação democrática deverão ser tantas quantas sejam possíveis, e os poderes institucionalizados deverão abrir seu procedimento às luzes desses outros centros decisórios da sociedade civil"[16].

Afinal, o "primeiro elemento importante da democracia participativa seria o aprofundamento dos casos nos quais o sistema político abre mão de prerrogativas de decisão em favor de instâncias participativas"[17].

A gestão democrática do ensino público (CF, art. 206, VI) concentra esses mesmos propósitos de envolvimento da sociedade nos procedimentos deliberativos,

---

[15] CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista Crítica Jurídica*, nº 22, p.27, jul./dez. 2003.
[16] ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. São Paulo: Atlas, 2014, p.128.
[17] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia*: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.77.

sendo absolutamente razoável que se busque a interlocução com segmentos variados quando se pretende, por exemplo, implementar reformas no sistema de ensino, afastando-se, por conseguinte, a imposição de mudanças autoritárias, como aquelas que se operam por medidas provisórias, reservadas as situações de relevância e urgência (CF, art. 62).

9. Conclusão

A primeira análise do Projeto mostra o advento de indiscutível avanço no campo do direito público, resgatando-o de uma época em que o direito se resumia à lei (texto), cabendo ao operador, tão somente, aplicá-la de maneira previsível, para a nova dimensão da construção da norma, que apenas parte da lei para atingir a realidade, a representar a superação do paradigma do Direito meramente reprodutor do *status quo* para um Direito capaz de transformar a sociedade[18]. Destaca-se que este processo construtivo exige compreensão, interpretação e valoração, sem, contudo, descurar-se da segurança nas relações sociais. A construção do direito à educação faz parte desse processo.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 240, p.83-103, abr./jun. 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). São Paulo. *Interesse Público IP*, ano 3, nº 11, p.42-73, jul./set. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.129-173.

BORGES, José Souto Maior. *Pró-Dogmática*: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. Revista Trimestral de Direito Público – 59, p.240-247.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista Crítica Jurídica*, nº 22, p.27, jul./dez. 2003.

[18] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.129-173.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. Reimpressão 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. reimp. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia:* os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, Almiro do Couto. *Revisa Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os *clips* e os negócios. *Revista de Direito Público da Economia* – RDPE. Belo Horizonte, ano 5, nº 18, p.33-39, abr./jun. 2007.

WEBER, Max. *Historia Económica General*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. São Paulo: Atlas, 2014.

ANEXO

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 349/2015

Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Incluam-se os seguintes artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei nº 4.657, de 1942:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A interpretação das normas sobre gestão pública considerará os obstáculos e dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Parágrafo único. Na decisão sobre a regularidade de comportamento ou sobre a validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão levadas em conta as circunstâncias práticas que tiverem imposto, limitado ou condicionado a ação dos agentes.

Art. 22. A decisão administrativa, controladora ou judicial que, com base em norma indeterminada, impuser dever ou condicionamento novo de direito, ou fixar orientação ou interpretação nova, deverá prever um regime de transição, quando

Hirmínia Dorigan de Matos Diniz

indispensável para que a submissão às exigências se opere de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. Se o regime de transição não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso.

Art. 23. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive quando da expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após consulta pública e oitiva do órgão jurídico, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicidade, na forma dos atos oficiais.

§1º. O compromisso:

I – buscará uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – poderá envolver transação razoável quanto a sanções e créditos relativos ao passado, e ainda o estabelecimento de um regime de transição;

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes e o prazo para sua efetivação;

§2º. Poderá ser requerida autorização judicial para celebração do compromisso, em procedimento de jurisdição voluntária, para o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso, salvo por enriquecimento ilícito ou crime.

Art. 24. Quando necessário por razões de segurança jurídica de interesse geral, poderá ser proposta ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, com efeitos *erga omnes*, no regime da ação civil pública.

§1º. Se não for o autor, o Ministério Público será citado para a ação, podendo se abster, contestar ou aderir ao pedido.

§2º. A declaração de validade poderá abranger a adequação e economicidade dos preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste.

Art. 25. A revisão, na esfera administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, não se podendo, com base em mudança posterior de orientação geral, considerar como inválidas as situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Art. 26. A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso as suas consequências e, quando for o caso, as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor, aos sujeitos atingidos, ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da invalidação e das medidas impostas, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 27. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

§1º. Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em orientação geral, ou ainda em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificadas, mesmo que venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de controle ou judiciais.

§2º. O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou comportamento praticado no exercício normal de suas competências terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa.

Art. 28. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, será precedida de consulta pública para manifestações escritas de interessados, a qual será considerada na decisão.

§1º. A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§2º. É obrigatória a publicação das contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo.

§3º. Em caso de relevância e urgência, a consulta poderá se iniciar quando da edição do ato, que, se não confirmado na forma deste artigo, deixará automaticamente de vigorar em 120 (cento e vinte) dias.

Art. 29. A decisão do processo, na esfera administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação razoável por benefícios indevidos ou prejuízos anormais e injustos resultantes do processo ou do comportamento dos envolvidos.

§1º. A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§2º. Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, salvo quanto ao art. 28, que entrará em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data da publicação desta Lei.

Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito

Jorge Lobo*

Sumário

1. Hermenêutica jurídica. A) Conceito de hermenêutica jurídica. B) Escolas hermenêuticas. C) Escola hermenêutica dogmática. D) Escola hermenêutica sociológica. E) Escola hermenêutica realista. 2. Interpretação do Direito. A) Conceito de interpretação. B) Interpretação quanto à origem. C) Interpretação quanto aos meios. D) Efeitos da interpretação. E) As lacunas da lei. 3. Aplicação do Direito. A) Metodologia. B) Interpretação literal e lógica da LSA com fundamento na Escola da Exegese. C) Interpretação lógico-sistemática da LSA ainda com fundamento na Escola da Exegese. D) Interpretação lógico-sistemática e teleológica da LSA com respaldo na escola sociológica de jurisprudência e na escola do realismo escandinavo. E) Interpretação da LSA como "Sistema Aberto".

1. Hermenêutica jurídica

A – Conceito de hermenêutica jurídica

Não se chegou ainda a um conceito unímodo de hermenêutica jurídica.

Uns autores consideram-na sinônimo de interpretação das leis; outros, distinguem-nas.

Carlos Maximiliano, na introdução ao seu magnífico *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, doutrina, de início: "A hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis do direito, para determinar o sentido e o alcance das expressões de direito"[1].

Todavia, ao cuidar da noção de interpretação, afirma, categórico: "Inter-pretar é determinar o sentido e o alcance das expressões de direito"[2], valendo-se, portanto, das mesmas palavras com as quais definiu hermenêutica.

Mais adiante, observa: "Do exposto, ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de hermenêutica, interpretação".

Após, acrescenta: "Esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar"[3].

---

* Doutor em Direito Comercial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito da Empresa. Livre-Docente na UERJ. Advogado.

1 *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957. p. 13.

2 *Loc. cit.*

3 Ob. cit., p. 14.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 72 (3ª Fase), abr./jun. 2019, p. 125-146.

A seguir, adverte: "Ao invés de abandonar um vocábulo clássico e preciso, é preferível esclarecer-lhe a significação, variável com a marcha evolutiva do Direito. Todos os termos técnicos suportam as acepções decorrentes do progresso da ciência a que se acham ligados"[4].

Finalmente, conclui: "A palavra hermenêutica resume o sentido das três outras conjugadas – teoria da interpretação"[5].

Antes de Carlos Maximiliano, o Barão de Ramalho e Paula Baptista já haviam utilizado o vocábulo hermenêutica para títulos de suas obras "Cinco Lições de Hermenêutica Jurídica" e "Compêndio de Hermenêutica Jurídica", respectivamente.

Em época mais recente, defenderam as ideias de Carlos Maximiliano, entre outros, R. Limongi França, ao declarar: "A interpretação, portanto, consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena para o bom entendimento dos textos legais"[6], e Maria da Conceição Ferreira de Magalhães, ao dizer: "Hermenêutica jurídica é a disciplina científica da arte ou técnica de interpretar o direito. Interpretar, por sua vez, significa explicar, explanar, aclarar o sentido ou representar, reproduzir, exprimir o pensamento"[7].

A maioria, entretanto, não faz distinção entre interpretação e hermenêutica; muitos, aliás, não empregam a palavra hermenêutica nem nos títulos de seus livros, estudos e artigos, nem durante a exposição do tema, por preferirem o termo interpretação, como se vê em Miguel Reale[8], Eduardo Espínola[9], W. Barros Monteiro[10], Alípio Silveira[11], Francesco Ferrara[12] e Manoel A. Domingues de Andrade[13], havendo, outrossim, quem à sua obra denomine "Hermenêutica" sem, contudo, no texto, empregar, uma vez sequer, essa expressão, como ocorreu com Alípio Silveira[14].

Perfilho a lição de Luiz Fernando Coelho, segundo a qual hermenêutica, sob o ponto de vista epistemológico, é a "parte da ciência do direito, cujo objeto é o estudo e a sistematização dos processos lógicos de interpretação, integração e aplicação do direito."[15]

B – Escolas hermenêuticas

(a) O pensamento de Luiz Fernando Coelho

As escolas hermenêuticas devem ser classificadas de acordo com o predomínio da "atitude racionalista ou empirista em face do fenômeno jurídico"[16], disserta Luiz Fernando Coelho.

---

4 *Idem*, p. 15.
5 *Loc. cit*.
6 *Elementos de Hermenêutica e Aplicação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 21/22.
7 *A Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 1.
8 *Lições Preliminares de Direito*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 273.
9 *Sistema de Direito Civil Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1959. p. 175.
10 *Curso de Direito Civil*, Parte Geral. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 34.
11 *Hermenêutica no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
12 *Interpretação e Aplicação das Leis*. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1987.
13 *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1987.
14 Ob. cit., p. 1 e ss.
15 *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 178.
16 *Idem*, p. 192.

Se o intérprete adota uma "atitude racionalista", pois julga que o direito contém princípios gerais e abstratos, que devem ser aplicados às situações concretas da vida do homem em sociedade, a sua função esgota-se na identificação daqueles princípios e na sua aplicação, não obstante as constantes mudanças sociais; todavia, se adota uma "atitude empirista", porque vê no direito o modo de perseguirem-se certos fins, sempre intimamente relacionados com os dados da realidade fática, a sua função é "adaptá-los e, de certa forma, subordiná-los àqueles dados da experiência histórica"[17].

Destarte, se prepondera a "atitude racionalista", estamos diante de uma "escola hermenêutica dogmática"; se prevalece a "atitude empirista", diante do que Luiz Fernando Coelho denomina de "escola hermenêutica zetética".

Esclarece, ainda, Luiz Fernando Coelho: "A orientação dogmática decorre da concepção tradicional de que o direito está, todo ele, contido nas leis; assim, a função do intérprete passa a ser unicamente a de adequar o fato à lei, mediante o processo lógico da subsunção, o qual tem o método racional-dedutivo por basilar"[18].

Depois, acentua: "A orientação zetética agrupa as escolas de interpretação jurídica que reagiram aos exageros do dogmatismo exegético, conceitualista e analítico e o tentaram superar, mediante uma atitude de oposição a todo apriorismo jurídico e procurando interpretar o direito de acordo com os fins por ele visados"[19].

Mas, ainda consoante Luiz Fernando Coelho, tanto a "escola hermenêutica dogmática", porque "coloca o Direito e a Jurisprudência a serviço, não da paz, da ordem, da segurança, da liberdade, da justiça, dos valores, enfim, mas das pessoas que se beneficiam da ordem social que deve ser mantida e a cujos interesses convém que permaneça inalterada"[20], quanto a "escola hermenêutica zetética", porque, "embora subordine declaradamente o princípio dogmático às considerações político-sociais, acaba por reduzir-se a um dogmatismo encoberto"[21], devem ser "questionadas pela teoria crítica do direito, que pretende introduzir uma terceira orientação, que denomina crítica, mas que pretende ser transformadora em seus resultados operacionais relativos à ordem jurídica e social"[22], chegando à conclusão de que "as escolas tradicionais de hermenêutica jurídica servem na realidade para legitimar a ordem real, qualquer que ela seja"[23], o que o leva a propor a "tese de que a interpretação jurídica deve ser sempre metadogmática, porque dimanada de uma noção crítica e prospectiva do direito e voltada para um princípio basilar, o princípio construtivo ou de transformação que oponho ao princípio da ordem e da segurança"[24].

O pensamento de Luiz-Fernando Coelho está inserido em uma corrente chamada "teoria crítica do direito", que, em França, tem como um de seus prosélitos Michel Mialle.

---

17 *Loc. cit.*
18 *Loc. cit.*
19 *Idem*, p. 195.
20 Ob. cit., p. 199.
21 *Loc. cit.*
22 *Idem*, p. 198.
23 *Ibidem*, p. 199.
24 *Ibidem*, p. 200.

(b) O pensamento de Michel Miaille

Para Michel Miaille, a Universidade não tem ministrado, a contento, a disciplina "Introdução à Ciência do Direito", pois ela não cria nem provoca, no estudante, a vontade de exercer juízos críticos, de "fazer aparecer o invisível", o que só se consegue se, além de se valer do pensamento abstrato, o estudioso lançar mão do pensamento dialético. O pensamento dialético parte da induvidosa constatação de que o mundo é complexo e está em permanente luta e transformação, "quer ela seja consciente ou inconsciente"[25].

Comparando o pensamento dialético com o pensamento positivista, Michel Miaille destaca que o pensamento dialético se baseia na existência, assaz contraditória e em contínua mudança, do homem em sociedade, encarando o fenômeno não apenas no momento atual, mas como foi, é e provavelmente será no futuro, daí por que ressalta: "a realidade é coisa diversa e muito mais do que está codificado"[26], não se podendo reduzir o real a apenas uma de suas faces, enquanto o pensamento positivista limita-se a descrever o que é visível, como as cousas se apresentam em determinado momento histórico.

Ensina, outrossim, Michel Miaille que o pensamento crítico, por abarcar o passado, o presente e o futuro, por conseguinte a totalidade dos fatos, tem uma profunda ligação com a realidade prática, com a sociedade, com o homem "animal social", pois o mundo jurídico não pode ser verdadeiramente conhecido e compreendido senão em relação a tudo o que permitiu a sua existência e o seu futuro possível. O estudo do direito, se realizado dentro desse padrão, tira-o do isolamento a que vem, com insistência por mestres de todos os tempos, sendo confinado, projetando-o no mundo concreto, no mundo real, onde ele, finalmente, encontra o seu lugar e a sua razão de ser, passando, então, a ficar ligado a todos os demais fenômenos sociais e a fazer parte da mesma história.

(c) O pensamento de Miguel Reale

A propósito das escolas hermenêuticas, Miguel Reale elucida que, no plano histórico, três movimentos conduziram às atuais concepções trivalentes ou tridimensionais do direito: (a) o normativismo jurídico: o direito é um sistema de comandos ou de regras; (b) o eticismo jurídico: o direito é um sistema de valores morais; e (c) o empirismo jurídico: o direito não é apenas norma, mas, por igual, o fato, que o direito visa a disciplinar[27].

(d) O pensamento de Carlos Maximiliano

Carlos Maximiliano, a sua vez, prega que são dois os sistemas de hermenêutica e aplicação do direito: o escolástico ou dogmático e o histórico-evolutivo ou, apenas, evolutivo[28].

---

[25] *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. portuguesa. 2ª ed. Lisboa: Ed. Stampa, 1989. p. 21.
[26] *Loc. cit.*
[27] Ob. cit., p. 409/410.
[28] Ob. cit., p. 65 e ss.

(e) O pensamento de Franzen de Lima

Franzen de Lima, sob a epígrafe "métodos de interpretação", oferece a seguinte classificação dos vários sistemas: "(a) método lógico ou dogmático; (b) histórico; (c) teleológico; (d) sociológico; (e) livre indagação científica ou direito livre ou livre pesquisa do direito"[29].

(f) O pensamento de Caio Mário da Silva Pereira

Caio Mário da Silva Pereira escreve que há uma "hermenêutica tradicional"[30] e uma "interpretação científica"[31], recordando que, no Direito Romano primitivo, o intérprete se limitava aos elementos literais do texto, reflexo da concepção formalista da época, somente vindo a empenhar-se numa interpretação lógica em fase adiantada da civilização romana, quando o homem passou a expressar-se através de conceitos abstratos e gerais, asseverando, calcado em Ihering, "que a interpretação é algo mais do que o conhecimento literal da linguagem da lei, para envolver também a perquirição da sua força e da sua vontade"[32].

Para Caio Mário, na Idade Média houve um retrocesso, volvendo-se à interpretação meramente literal, em virtude da perfeição técnica do Direito Romano recepcionado, quando surgiu a glosa, "espécie de comentário marginal ou interlinear sob a vinculação dominadora da expressão linguística"[33].

O direito moderno, lembra Caio Mário, conheceu um movimento semelhante com a Escola da Exegese de Toullier, Duvergier, Duranton, Troplong, Demolombe, Malleville, Demante, Colmet de Santerre, Laurent, Huc, entre outros, a qual, dominada pela excelência do Código de Napoleão, pregava que a hermenêutica deve consistir na explicação da lei escrita, subordinando toda a técnica interpretativa à regra de que não pode haver direito fora da lei. Interpretar é indagar a vontade do legislador. A lei é fonte exclusiva do direito e na sua palavra está expressa a soberania legislativa. O juiz não aplica o direito, aplica a lei e, como esta é concretizada na forma escrita, seu entendimento mora na sua expressão vocabular[34].

(g) Classificação adotada

Prefiro adotar a classificação de Luiz Fernando Coelho, acrescida das noções sobre o "eticismo jurídico", de Miguel Reale, apenas suprimindo a palavra "zetética" e aceitando a subdivisão em escolas sociológica e realista, de modo que a seguir tratarei: (1º) da Escola Hermenêutica Dogmática, (2º) da Escola Hermenêutica Sociológica e (3º) da Escola Hermenêutica Realista.

---

29. *Da Interpretação Jurídica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 10.
30. *Instituições de Direito Civil*. 21ª ed. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. I, p. 196.
31. *Idem*, p. 198.
32. *Ibidem*, p. 196.
33. *Loc. cit.*
34. *Idem, p. 197.*

C – Escola hermenêutica dogmática

Como pontificou Miguel Reale, "no período anterior à Revolução Francesa, o Direito era dividido ou fragmentado em sistemas particulares"[35], quer do ponto de vista de classes (clero, nobreza, povo), quer do ponto de vista territorial (um para cada região, estado), o que obrigava o intérprete a recorrer a normas do direito natural, do Direito Romano, do Direito Canônico e à opinião comum dos doutores.

Promulgado, em 1804, o Código Civil francês, a "tarefa fundamental passou a ser interpretar seus textos de maneira autêntica, em confrontá-los entre si, tirando deles os resultados fundamentais graças a um fino labor de sistematização"[36], pois não se admitia que o Direito positivo tivesse lacunas, sendo todos os problemas jurídicos resolvidos pela interpretação extensiva dos textos, graças à analogia e aos princípios gerais do direito, consoante sustentou a Escola da Exegese.

(a) Escola da Exegese

"A tese fundamental da Escola da Exegese é a de que o Direito por excelência é revelado pela lei, sendo o Direito um sistema de conceitos bem articulados e definidos e coerentes, não apresentando senão lacunas aparentes"[37], enfatiza Miguel Reale, daí por que o jurista deve partir do direito positivo, analisando-o cuidadosa e metodicamente no tríplice plano gramatical, lógico e sistemático.

Os opositores da escola da exegese, também conhecida por escola clássica, subjetiva ou psicológica, criticam-na porque ela faz da lei a única fonte do direito e põe a vontade do legislador como objetivo da interpretação, acabando por conduzir ao fetichismo da lei, ao culto da lei, confundindo o direito com a fórmula legal.

Devido à excelência do Código Napoleônico, a Escola da Exegese conquistou a Alemanha (jurisprudência dos conceitos) e a Inglaterra (jurisprudência analítica) na esteira do postulado liberal individualista de não se deixar margem ao arbítrio do juiz, pois a lei era dogma jurídico, e o método interpretativo por isso mesmo se denominou dogmático, já que o direito era uma criação da razão humana, que, ao legislador, apenas incumbia revelar, devendo o intérprete limitar-se, valendo-se da lógica matemática, ao uso do processo lógico-dedutivo.

(b) Escola de jurisprudência analítica

Na Inglaterra, surgiu movimento semelhante, denominado escola de jurisprudência analítica, procurando compreender o direito segundo esquemas lógico-formais, como sistemas de vínculos normativos decorrentes de precedentes jurisprudenciais.

---

[35] Ob. cit., p. 414.
[36] *Loc. cit.*
[37] *Idem*, p. 415/417.

(c) Escola de jurisprudência conceitual

Na Alemanha, os pandectistas, que desenvolveram o movimento chamado jurisprudência conceitual, orientavam-se como franceses e ingleses, porquanto, para eles, o direito também era um corpo de regras uniformes e a lei, a fonte verdadeira e autêntica do direito.

(d) Escola italiana

Partindo das ideias da escola da exegese e dos pandectistas, formou-se, na Itália, uma plêiade de grandes jurisconsultos com o propósito de "compor em unidade harmônica o abstrato e o concreto, o valor certo e estrutural das normas de Direito com o seu conteúdo histórico-social."[38]

Para a escola italiana, era necessário unir, ou pelo menos relacionar, o teórico com o prático, as especulações com suas aplicações concretas, como anotou Scialoja: "O teórico não pode conseguir clareza em nossas matérias se não e enquanto se proponha a tese da aplicação prática. Diga ele a si mesmo: Tudo o que estou em vias de formular, que consequências produzirá no campo das relações jurídicas? Produzirá alguma? E se produzir, quais serão essas consequências?" E, outrossim, Cesare Vivante: "É uma deslealdade científica, é um defeito de probidade falar de um instituto para fixar-lhe a disciplina jurídica, sem o conhecer a fundo na sua realidade"[39].

D – Escola hermenêutica sociológica

A insuficiência dos postulados da escola dogmática impôs se buscasse a *ratio legis*, para, numa sociedade em transformação, atender aos anseios sociais, evitando, dessarte, uma ruptura entre a lei e o fato, vindo Ihering a sustentar que "o fim é o criador de todo o direito", devendo o intérprete identificar o fim, o escopo, a razão, a finalidade da lei, até mesmo lhe sendo lícito atualizá-la, pois o texto evolui e o que se deve buscar é o que pretende a lei e não o que pretendeu o legislador, prevalecendo o caráter valorativo, ético e político-social da interpretação.

Devido a essa nova concepção, que teve como precursores a escola histórica de Savigny, quanto a "uma visão mais concreta e social do Direito"[40], e Ihering[41], Heck e Geny, quanto à ideia de finalidade[42], passou-se, então, a admitir que se deveria buscar a intenção presumida do legislador, "abandonando-se assim a colocação puramente lógico-analítica do processo, para recorrer a um elemento empírico, metanormativo ou metalegal, mas não buscar a intenção que o legislador teria quando elaborou a lei, mas sim a que ele teria se estivesse vivendo no tempo da aplicação da lei, acomodando a lei ao fato, através de um enriquecimento do seu conteúdo".[43]

---

38 *Ibidem*, p. 420.
39 *Apud* Miguel Reale, ob. cit., p. 420.
40 Miguel Reale, ob. cit., p. 422.
41 *Cf. El fin en el Derecho*. Tradução espanhola. Granada: Editoria Comares, S.C., 2000.
42 Luiz Fernando Coelho, ob. cit., p. 241.
43 Miguel Reale, ob. cit., p. 427.

Podemos considerar como integrantes da escola hermenêutica sociológica: (a) a jurisprudência teleológica; (b) a jurisprudência dos interesses; (c) a escola de livre pesquisa científica; (d) a escola de direito livre; e (e) a escola sociológica de jurisprudência.

(a) Jurisprudência teleológica

A jurisprudência teleológica, preconizada por Ihering[44], sustenta a "concepção do direito como ciência de fins, em oposição à causalidade", "na qual os dados sociais, históricos e sociológicos passam a constituir não já o elemento a mais de intelecção da *mens legis* e da *mens legislatoris*, mas o campo favorável à criação do novo direito mediante a interpretação"[45].

(b) Jurisprudência dos interesses

A jurisprudência dos interesses, de Heck, Soll e Rümeline, "preocupa-se sobretudo com o processo decisório e procura descrever o que realmente acontece quando o juiz decide".

"O juiz deve submeter-se à lei, e não aos seus ideais de justiça, mas, diante de um fato concreto que a lei regula mal, a sua função é construtiva, isto é, a de construir regras, se estas não existem"[46].

(c) Escola de livre pesquisa científica

A Escola de livre pesquisa científica, de Geny, difunde a ideia de que, na solução dos problemas, o trabalho científico do intérprete consiste em extrair dos dados, "da realidade social, o direito, sempre levando em conta o interesse dos particulares" com o fim de descobrir o "direito no mundo dos fatos"[47].

(d) Escola de direito livre

A escola de direito livre, de Ehrlich e Zitelmann, "opõe o direito vivo às proposições abstratas da lei", pois o "direito estatal está sempre em atraso em relação às exigências da vida e do direito dinâmico e concreto que se estabelece dentro das associações"[48], devendo o juiz afastar-se da norma se ela não conduzir à verdadeira justiça.

---

[44] No estudo preliminar da magnífica obra de Rudolf V. Ihering *O Fim do Direito*, Prof. José Luis Monereo Pérez declara que Ihering "se formou na Escola Histórica", depois "contrapôs a Escola de Jurisprudência de Interesses à Escola de Jurisprudência dos Conceitos", após "tratou de conjugar a lógica do 'sistema' e a lógica do 'problema', acentuando que 'é função do direito o cumprimento de certos fins', para, ao final, dar 'maior atenção às condições sociológicas do Direito'" (ob. cit., p. X a XII).

[45] Luiz Fernando Coelho, ob. cit., p. 241.

[46] *Idem*, p. 245/246.

[47] *Ibidem*, p. 213/214.

[48] *Ibidem*, p. 257.

(e) Escola sociológica de jurisprudência

A escola sociológica de jurisprudência, de Benjamin Cardoso, Oliver Holmes, Roscoe Pound e Louis Brandeis, prega "a necessidade da correta compreensão das realidades sociais em permanente fluxo histórico, como atividade preliminar à interpretação das normas jurídicas expressas nos costumes, nas leis e nos precedentes", eis que a "lógica dedutiva é imprestável para elaboração de sentenças justas, porque se funda em princípios gerais que têm algo de imutável e rígido" e "os princípios gerais precisam ser instrumentos de soluções justas verdadeiramente", exigindo do juiz notável "senso de equilíbrio", "pois o direito deve ter estabilidade e, não obstante, não pode permanecer inalterável. Por isso, toda meditação em torno do direito tem tratado de conciliar as necessidades contraditórias da estabilidade e transformação", fazendo com que a "ordem jurídica seja flexível e ao mesmo tempo estável", submetendo-a "continuamente à revisão e adaptação", porquanto "os princípios que buscamos hão de ser tanto de evolução quanto de estabilidade"[49].

E – Escola hermenêutica realista

Para os adeptos da escola hermenêutica realista, o direito é aquele que se apresenta no universo fenomênico, que decorre da vida do homem no mundo real, e não dos princípios, da legislação, das noções metafísicas de fins e valores, devendo-se sempre subordinar tais princípios à realidade fática, pois o direito é fruto natural dos fatos sociais e históricos.

A doutrina costuma dividir o movimento realista em três escolas: a do realismo psicológico, a do realismo linguístico e a do realismo culturalista.

(a) Realismo psicológico

O realismo psicológico tem duas vertentes: a do psicologismo jurídico e a do realismo jurídico.

O psicologismo jurídico sustenta que a jurisprudência deve minimizar os elementos normativo e axiológico da experiência jurídica, reduzindo-a ao fato, e substituir a norma geral pela vontade do juiz, sem, todavia, perder de vista o sentido profundamente ético de toda juridicidade, pois o que é decisivo no julgamento do juiz é a sua intuição e o seu sentimento, sem o que a aplicação do direito não responderá às necessidades que o direito tem sido chamado a suprir.

O realismo jurídico nos EUA prega que o direito real é somente aquele declarado pelo juiz ao decidir o caso concreto, defendendo, outrossim, a ideia de que o juiz, no processo de elaboração da sentença e da decisão, não se vale, conscientemente, do uso das regras da lógica formal, que tem início com a formulação das premissas até chegar à conclusão, mas, sim, do processo psicológico da busca das premissas após

[49] *Ibidem*, p. 259 a 270.

haver chegado, durante o estudo do caso submetido a seu julgamento, a determinada conclusão. Para essa escola, o direito é mais um conjunto de decisões do que de normas, pois só com a prolação da sentença ao caso concreto se tem como definitivamente certa a norma capaz de dirimir esta ou aquela controvérsia ou de aplicar-se a esta ou àquela situação fática. Antes da sentença transitada em julgado, dizem os prosélitos dessa corrente de pensamento, só há conjecturas sobre um provável direito, sobre a regra definidora da relação jurídica, da controvérsia ou do litígio.

Destaque-se, a propósito, o chamado realismo jurídico escandinavo de Hägerström, Lundstedt, Olivecrona e, principalmente, Alf Ross, o qual, ao cuidar, na monografia "Direito e Justiça", dos "fatores pragmáticos na interpretação", observa que, "na administração da Justiça", é indispensável levar-se em conta a "razoabilidade prática do resultado", que se funda no "senso comum" e é "ponderada à luz de valores fundamentais"[50].

(b) Realismo linguístico

O realismo linguístico faz da linguagem o meio de realizar-se o direito, procurando pôr fim ao dualismo entre as escolas que, de um lado, reputam o direito apenas e tão somente um conjunto de fatos sociais e, de outro, a que o considera um sistema ideal de normas.

(c) Realismo culturalista

O realismo culturalista tem na teoria tridimensional um dos seus mais importantes segmentos, para o qual o direito é fato, valor e norma, numa permanente e fecunda interação.

2. Interpretação do Direito

A – Conceito de interpretação

Doutrina o insigne Carlos Maximiliano que "interpretar é explicar, esclarecer, dar o significado do vocábulo, mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão"[51], daí por que incumbe, ao intérprete, "examinar o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por esse processo o alcance da norma jurídica e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta"[52].

[50] Bauru: : Edipro, 2000. p. 174/181.
[51] Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 23.
[52] *Idem*, p. 24.

B – Interpretação quanto à origem

A interpretação, quanto à origem, pode ser autêntica, jurídica e doutrinal.

C – Interpretação quanto aos meios

Quanto aos meios, elementos, métodos ou processos, há divergências, a maioria falando em interpretação gramatical, lógica, sistemática e histórica; alguns, acrescentando a interpretação teleológica e suprimindo a interpretação histórica.

De minha parte, sigo a orientação de José de Oliveira Ascensão[53], que ensina serem os métodos de interpretação do direito o gramatical e o lógico, este subdividido em sistemático, histórico e teleológico, aos quais acrescento o axiológico ou valorativo, conforme a concepção de Miguel Reale.

"O ponto de partida de toda interpretação é o texto da lei; aliás, não só o ponto de partida, mas, por igual, o limite da busca do espírito"[54], daí deve o jurista, através do elemento literal ou gramatical, proceder à análise filológica do texto, da sua linguagem, do significado dos termos. Pode, entretanto, o elemento literal não exprimir o pensamento do legislador em termos adequados, quer porque usou palavras ambíguas, quer porque o espírito e a letra podem não coincidir, impondo-se então o sacrifício da letra.

A par do elemento gramatical, é mister recorrer ao elemento lógico para descobrir o espírito e o alcance da lei.

Anote-se, todavia, que, ao buscar o sentido das palavras, o cérebro humano já vai fazendo ilações quanto à finalidade da lei, pois, ao ler cada vocábulo de *per si* e o texto global da lei, já o está interligando com outros e, concomitantemente, valorando-o, quer seguindo uma orientação subjetivista (*mens legislatoris*, o sentido da lei será o sentido do legislador), quer objetivista (*mens legis*, o sentido da lei não está condicionado ao pensamento e à palavra do legislador), com o escopo de, como diz Clóvis Beviláqua, "determinar o fundamento e a finalidade da lei, o porquê e para quê".

O elemento lógico se subdivide em (a) sistemático, (b) histórico e (c) teleológico.

Como a interpretação deve ter em conta o ordenamento jurídico e não apenas uma lei isolada nem, tampouco, um artigo de lei específico, já que toda norma se integra numa ordem da qual a regra é apenas um modo de expressão, é preciso estabelecer, através do elemento sistemático, as necessárias relações entre as várias disposições, que se desdobram em relações:

> (a) de subordinação (relacionamento do preceito isolado com os princípios gerais do sistema jurídico);
>
> (b) de conexão (o preceito deve ser interpretado em função do contexto, jamais isoladamente, pois cada trecho é desenvolvimento

[53] *O Direito*: Introdução e Teoria Geral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 311 e ss.
[54] José de Oliveira Ascensão Ob. cit., p. 311.

de um plano lógico, cada artigo só é compreensível se o situarmos perante os que o antecedem ou o sucedem); e

(c) de analogia (devem-se buscar as semelhanças entre os preceitos).

Através do elemento histórico, têm-se em conta os dados históricos que expliquem a lei, os quais podem ser:

(a) precedentes normativos históricos (regras que vigoravam no passado) e comparativos (regras estrangeiras que vigoravam em época da formação da lei e tiveram influência sobre ela);

(b) trabalhos preparatórios (segundo a orientação objetivista, não têm grande importância); e

(c) *occasio legis* (circunstâncias sociais que rodearam o aparecimento da lei).

Através do elemento teleológico, persegue-se a justificação social da lei, a finalidade almejada pela norma, o "pra quê" da lei.

O direito, assentou Miguel Reale, é um fato histórico-cultural, porque "os fatos humanos se integram normativamente no sentido de certos valores"[55], razão pela qual, ao colimar o fim social da lei, o intérprete deve buscar descobrir o valor em que ela se estriba ou por ela colimado.

D – Efeitos da interpretação

Da conjugação desses elementos, resulta a *ratio legis*, o sentido, o espírito, a razão, o alcance da lei.

Observe-se, entretanto, que:

(a) se o resultado da interpretação levar à conclusão de que o dispositivo de lei tem um sentido nocivo, contrário aos interesses que se pretendem superiores, faz-se, então, uma interpretação corretiva, tendo em conta que a lei é um corpo harmônico e sistemático das normas;

(b) se a regra legal disse menos, recorre-se à interpretação extensiva, para ampliar-lhe o sentido; e

(c) se a norma jurídica disse mais, pede-se auxílio à interpretação restritiva para estreitar-lhe, reduzir-lhe o sentido.

[55] *Teoria Tridimensional do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 80.

E – As lacunas da lei

Ao final de todo esse processo hermenêutico, pode ocorrer que o ordenamento jurídico não contenha nenhuma previsão, no que se denomina de lacuna da lei, que é suprida:

(a) pela analogia (dá-se tratamento igual aos casos semelhantes) legal ou *legis* (recurso a disposições normativas semelhantes) ou jurídica ou *iuris* (segundo princípios gerais normativos); e

(b) pelos princípios gerais do direito (aqueles que decorrem das necessidades sociais, para uns; princípios de ordem positiva, para outros).

A nossa Lei de Introdução ao Código Civil manda, constatada a lacuna, aplicar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, devendo o juiz atender aos fins sociais da Lei e às exigências ao bem comum (arts. 4º e 5º).

3. Aplicação do Direito

Neste artigo, vou valer-me da Lei de Sociedades por Ações (LSA) para discorrer sobre a "aplicação do direito".

A – Metodologia

Na interpretação da LSA, deve-se:

(a) recorrer aos ensinamentos das três escolas de hermenêutica jurídica, eis que o Direito é, a um só tempo, um ordenamento de comandos ou regras, um sistema de valores morais e éticos e um conjunto de fatos e atos humanos, portanto, tridimensional ou trivalente, conforme elucida Miguel Reale;

(b) empregar todos os processos de exegese das leis, por Miguel Reale denominado de "interpretação estrutural da lei".

Destarte, o intérprete deve basear-se nos cânones da escola hermenêutica dogmática, por "ser a lei a fonte verdadeira e autêntica do Direito" (escola de jurisprudência conceitual) e "o direito por excelência o revelado pelas leis" (escola da exegese) através de raciocínios lógico-dedutivos (escola de jurisprudência analítica) e, ademais, manter-se fiel ao princípio da separação dos poderes, fruto da teoria política de Montesquieu e da Revolução Francesa e de sua Constituição, ao princípio da supremacia da lei, pois a lei é a única garantia contra a arbitrariedade, e ao princípio da segurança jurídica, valor primordial da convivência social e necessidade imperiosa e vital do ser humano.

Todavia, anote-se, embora deva partir do direito positivo, cumpre-lhe repudiar o fetichismo da lei e a idolatria dos códigos, porque o direito está em contínuo progresso, e ter consciência de que o juiz não é um mero e frio aplicador da regra escrita pelo Poder Legislativo, mas um exegeta esclarecido dos fatos, dos valores e das normas pertinentes à hipótese *sub judice*.

Deve o intérprete, ainda, fundar-se nos preceitos da escola de hermenêutica sociológica, porque a sociedade está em perene mudança, por vezes ocorrendo uma ruptura entre a lei e os fatos sociais, econômicos e políticos, o que o obrigará a descobrir "o direito no mundo dos fatos" (escola da livre pesquisa científica) e sempre ter em mente o mundo real, a realidade objetiva, as exigências da vida, os fatos sociais, a flexibilidade e o dinamismo do direito (escola sociológica de jurisprudência).

Por fim, escudado nas lições da escola de hermenêutica realista e consciente de que "o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores" (escola do realismo culturalista)[56], deve considerar "os fatores pragmáticos da interpretação" e "a razoabilidade prática do resultado" (escola do realismo jurídico escandinavo).

Miguel Reale, em suas magníficas "Lições Preliminares de Direito"[57], sob a epígrafe "Compreensão Atual do Problema Hermenêutico", doutrina, ademais, que o exegeta deve buscar a finalidade da lei em seu todo, correlacionando "o todo da lei e as partes", o que exige se empreenda, de início, uma análise de cada preceito isoladamente para, depois, reuni-lo com os demais, para, ao final, atingir o "sentido global da lei"[58].

Para ele, a interpretação moderna da lei é estrutural, pois, ao se ler cada palavra, vai-se, automática e inexoravelmente, captando o seu sentido e alcance e, ao mesmo tempo, inserindo e fixando o seu sentido e alcance dentro do sistema da lei e do ordenamento jurídico do país, daí por que a interpretação é, a um só tempo, gramatical (determina-se o significado das palavras), lógica (estabelece-se o sentido e o alcance da norma), sistemática (firma-se o sentido e o alcance da norma no contexto do direito positivo), finalista (visa-se a definir o escopo da lei) e axiológica ou valorativa (procura-se o valor por ela almejado).

Por fim, pontifica Miguel Reale que "dessa compreensão estrutural do problema resulta, primeiro, que o trabalho do intérprete, longe de reduzir-se a uma passiva adaptação do texto, representa um trabalho construtivo de natureza axiológica, não só por se ter de captar o significado do preceito, correlacionando-o com outros da lei, mas também porque se deve ter presente os da mesma espécie existentes em outras leis: destarte, a sistemática jurídica, além de ser lógico-formal, como se sustentava antes, é também axiológica ou valorativa"[59].

Neste artigo, a interpretação da LSA será inspirada no pensamento crítico-dialético, consoante difundido, entre outros, por Michel Miaille, procurará conciliar (e não opor) o

[56] Miguel Reale, ob. cit., p. 92.
[57] 11ª ed. ver. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 285 e ss.
[58] Ob. cit., p. 285/287.
[59] *Idem*, p. 287.

princípio construtivo ou de transformação e o princípio da ordem e segurança, conforme orientação de Luiz Fernando Coelho, e fundar-se-á nas concepções trivalentes ou tridimensionais do direito, concebida e difundida, entre nós, por Miguel Reale.

Observado esse método, concluir-se-á, quando da Interpretação da LSA, que:

> (1º) se a LSA possui norma regendo a hipótese, basta interpretá-la à luz dos princípios das Escolas de Hermenêutica Jurídica e consoante a teoria da interpretação das leis, inclusive, se for o caso, corrigindo, restringindo ou estendendo os seus efeitos;
>
> (2º) se a LSA não é perfeitamente adequada para a solução da divergência, da controvérsia ou do litígio, porque a situação de fato se modificou com o tempo, é mister um esforço de adaptação do texto legal; e,
>
> (3º) se a LSA não possui norma expressa, o jurista, criando o direito, com base no conhecimento dos dados técnicos e econômicos que possui, suprirá a lacuna, alçando-se, assim, a condição de autêntico hermeneuta.

B – Interpretação literal e lógica da LSA com fundamento na Escola da Exegese

Na maioria dos casos, a interpretação gramatical, literal, léxica, filológica da lei, sempre em conjunto com a interpretação lógica, conduzirá o acionista, o advogado, o professor, o juiz, o jurista e a quem, ainda que momentaneamente, se dedique à busca do espírito da norma jurídica da LSA a uma correta exegese.

É, por exemplo, o caso do art. 110, da LSA, que dispõe, de forma cristalina: "*A cada ação ordinária corresponde um voto nas deliberações da assembleia geral*", quase se podendo dizer que, de tão claro, dispensa interpretação, consoante o brocardo romano *in claris cessat interpretatio*.

Com efeito, basta o intérprete usar o método racional-dedutivo ou lógico-dedutivo, para determinar o sentido do art. 110 da LSA.

C – Interpretação lógico-sistemática da LSA ainda com fundamento na Escola da Exegese

Em muitos outros casos, o estudo sistemático de diversas regras da LSA, também através do processo lógico-dedutivo, permite, com relativa facilidade, chegar ao escopo, ao fim, à razão de ser dos dispositivos legais examinados, como ocorre, por exemplo, com o art. 120, que estabelece: "*A assembleia geral poderá suspender o exercício dos direitos do acionista que deixar de cumprir obrigação imposta pela lei ou pelo estatuto (...)*", compelindo, portanto, o exegeta a pesquisar: (1º) quais são os direitos dos acionistas (art. 109, entre outros); (2º) quais as obrigações impostas pela lei aos acionistas (art. 106); (3º) quais as obrigações que o estatuto e a assembleia

geral podem estabelecer sem atentar contra os direitos essenciais e intangíveis dos acionistas (cobrança de ágio, pagamento à vista do preço de emissão etc.); (4º) além de obrigações de cunho econômico, impostas pela lei e pelo estatuto, os acionistas podem ter seus direitos suspensos se descumprirem deveres legais ou estatutários (art. 115) ou a norma do art. 120, por ser restritiva de direitos, deve sempre ser interpretada estritissimamente e, em consequência, só o descumprimento de obrigação legal, estatutária ou decorrente de deliberação assemblear válida enseja a suspensão dos direitos dos acionistas?

D – Interpretação lógico-sistemática e teleológica da LSA com respaldo na escola sociológica de jurisprudência e na escola do realismo escandinavo

Nas hipóteses dos arts. 2º; 109, I; 132, II, e 202, da LSA, que tratam, respectivamente, do "fim lucrativo" da companhia, do direito essencial do acionista aos dividendos, da distribuição dos lucros líquidos do exercício e do pagamento do dividendo obrigatório, a interpretação, de início, como sempre e necessariamente, gramatical, estende-se à lógico-sistemática e alcança a teleológica e axiológica, tendo em vista "descobrir o direito no mundo dos fatos", tendo em mira a "razoabilidade prática do resultado", pois há hipóteses, por exemplo, em que a maioria dos acionistas, ao deliberar na assembleia geral, pode – e deve – decidir não distribuir lucros ou distribuí-los sob a forma de ações; em outros, entretanto, a retenção dos lucros e a criação de reservas dar-se-á em flagrante e ilegal abuso do direito de voto, porque proferido não no interesse da companhia, mas com a intenção de prejudicar os minoritários.

E – Interpretação da LSA como "sistema aberto"

Casos há, todavia, e não são raros, que não basta o recurso aos elementos literal, lógico, sistemático, histórico, teleológico e valorativo, para bem entender e bem aplicar a LSA, como se verifica, por exemplo, nas hipóteses dos arts. 115, *caput*, §§ 1º e 3º 116, alíneas *a* e *b* e parágrafo único; 153; 154; 155; 156, em que o legislador fez uso de normas ambíguas, indeterminadas, vagas, imprecisas, elásticas, móveis, próprias do "sistema aberto" de direito, o que exige do intérprete buscar os valores em que elas se estribam e agir com discricionariedade em função do caso concreto.

(a) Razão e realidade

Jerome Hall ensina[60] que as escolas de filosofia do direito podem ser classificadas[61] em racionalista, realista e integrativa.

[60] Reason and reality in jurisprudence, pub. *in: Buffalo Law Review*, 1958. p. 351 e ss. vol. 7.

[61] Anote-se, de pronto, que essa classificação se baseia em um critério genérico e nas oposições radicais entre as diversas subescolas. Adotamo-la aqui por propiciar desenvolvimento simples, mas escorreito, do raciocínio. Frise-se, contudo e por oportuno, que, também sob o prisma do "conhecimento quanto à origem", a classificação é, por igual, tripartite, pois as escolas, que dele tratam, se dividem em racionalista, empirista e crítica (o amálgama de ambas), e, outrossim, "quanto à essência do conhecimento", em que se bipartem em escola idealista (na qual, como se dá em relação ao racionalismo, a solução dos problemas é de ordem lógico-conceitual) e realista. Hall faz uma classificação quanto às "estruturas normativas" ou

A escola racionalista ou conceitualista, ou dogmática, herança da civilização grega[62], fundamenta-se na razão[63], prioriza os critérios puramente formais do direito[64] e põe à margem o saber empírico.

Os racionalistas pensam o direito como um *sistema fechado*[65], *rectius*, um conjunto unitário, ordenado, harmônico e integrado de normas jurídicas, gerais e abstratas, de validade universal, aplicáveis ao caso concreto através do processo lógico-formal de subsunção ou dedução silogística, despido de considerações axiológicas, quer quanto ao direito, quer quanto aos fatos.

A escola realista ou empirista, ou sociológica[66], fruto do direito romano[67], alicerça-se nos atos humanos e nos fatos históricos, sociais, políticos e econômicos, privilegia os aspectos materiais do direito e negligencia as tendências intelectualistas dos dogmatistas.

Os realistas concebem o direito como um *sistema aberto*, a partir da doutrina naturalista de Hume sobre as ciências sociais e da sociologia positiva de Comte, *rectius*, "o direito como fato"[68], "os fatos observados", "a realidade fática", "as puras condutas" (*behavior*), "a vida real"[69] e se baseiam em uma "concepção que, em princípio e consistentemente, considera o direito como um conjunto de fatos sociais – uma certa conduta humana e atitudes e ideias a ele relacionadas –, assim como o estudo do direito como ramificação da psicologia social"[70].

"modelos jurídicos", para usarmos a terminologia de Miguel Reale, *in: O Direito como Experiência*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1992, p. XXIV.

62 "(...) devemos encarar a história da filosofia grega como o processo de racionalização progressiva da concepção religiosa do mundo implícita nos mitos. Se o representarmos por uma série de círculos concêntricos, a partir da exterioridade da periferia para a interioridade do centro, veremos que o processo pelo qual o pensamento racional toma posse do mundo se realiza na forma de uma penetração progressiva que vai das esferas exteriores para as mais profundas e interiores, até chegar, com Sócrates e Platão, ao centro, quer dizer, à alma" (JAEGER, Werner. *Paideia*. A formação do homem grego, São Paulo, Martins Fontes, 2001. p. 192).

63 Para os racionalistas, "os juízos, que procedem da razão, possuem necessidade lógica e validade universal", são "predominantemente conceituais e dedutivos", "imperam com absoluta independência de toda a experiência, seguindo somente suas próprias leis" (HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. 7ª ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1980. p. 60/68).

64 No preâmbulo do livro de Hans Kelsen, *A Justiça e o Direito Natural*, Coimbra, Arménio Amado Ed., 1979, 2ª ed., p. X/XI, lê-se, a propósito "dos critérios puramente formais": "Kelsen, com efeito, empreendeu uma vez mais superar o velho complexo de inferioridade da ciência jurídica, fundar o seu caráter científico, determinando-lhe um objeto: as normas jurídicas e as conexões 'de validade' entre elas, e fixando-lhe um método específico: o método normológico, que se caracteriza por fazer abstração do substrato sociológico do Direito – dos conteúdos ético-jurídicos, político-sociais ou político-econômicos e dos fins dos preceitos jurídicos –, limitando a incidência da sua visualização àquelas conexões 'de validade' e às relações lógicas entre conceitos fundamentais de natureza formal. Assim, constituída, a ciência jurídica satisfaz aos postulados da cientificidade, já que opera tão somente com conceitos rigorosamente definidos a partir de alguns axiomas fundamentais, utilizando o instrumento da lógica formal, e exclui por completo todos os conceitos indeterminados (isto é, insuscetíveis de definição precisa nos quadros de uma axiomática), assim como todos os juízos de valor".

65 "A concepção da ciência como um sistema 'fechado' de categorias fixas e proposições rigorosamente axiomatizáveis não passa de uma hipostasiação idealista de uma das etapas, ou antes, de um dos polos, do pensamento científico" (João Batista Machado, na Nota Preambular do livro de Kelsen, ob. cit., p. XXXV).

66 O realismo, em suas principais vertentes – ingênuo, natural e crítico –, sustenta, fundamentalmente, que há "objetos reais, independente da consciência" (HESSEN, Johannes. Ob. cit. p. 102).

67 Em Roma, dizia-se que *ex facto ius oritur.*

68 Hall, art.cit., p. 61 e ss.

69 ROSS, Alf. *Towards a realistic jurisprudence*. Tradução espanhola. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 56.

70 ROSS, Alf. ob. cit., p. 11.

A escola integrativa ou crítica estriba-se na razão e na realidade a um só tempo, propõe a união das dimensões ética e empírica da experiência jurídica e prega a síntese do direito.

Os críticos atuam em uma seara que transcende as visões unilaterais que se fundamentam ora no sujeito, que pensa, ora no objeto, algo que é pensado, porquanto o direito é concebido ao mesmo tempo como um fenômeno suscetível de observação no mundo dos fatos e como uma norma obrigatória no da moral e no dos valores; ao mesmo tempo como algo físico e metafísico, como empírico e *a priori*, como real e ideal, como algo que existe e algo que vale, como um fenômeno e uma proposição[71].

(b) Sistema de Direito

Desde os gregos, o vocábulo sistema suscita a ideia de "uma totalidade construída, composta de várias partes", de "totalidade bem ordenada"[72].

No século XVIII, com Christian Wolff, "sistema é sobretudo *nexus veritatem*", "um esquema ordenado de verdades", "que pressupõe a correção e a perfeição formal da dedução"[73] ou, como doutrinou Johann Heinrich Lambert, a partir da definição de Wolff, "um conceito geral e abstrato", "um todo fechado, no qual a relação das partes com o todo e das partes entre si estão perfeitamente determinadas segundo regras lógicas de dedução"[74].

Com a Revolução Francesa e a ascensão da burguesia ao poder, a concepção de sistema como "uma totalidade ordenada", "um todo fechado", ganhou foros de verdade universal, que garantia o primado da certeza e da segurança através de regras jurídicas "claras e precisas, que prescindem de qualquer valoração por parte do aplicador do direito"[75] que se limitaria a julgar "a partir de critérios formais, sem qualquer consideração quanto ao conteúdo"[76], ideia que transformou o Código Napoleão num sistema "completo, pleno, total, harmônico e autorreferente das leis civis".[77]

O unilateralismo e reducionismo do sistema fechado positivista, para o qual "o direito constitui uma totalidade, que se manifesta no sistema de conceitos e preposições jurídicas em íntima conexão"[78] recebeu contundente crítica de Emil Lask, pois, para o emérito filósofo neokantiano da Escola de Baden, há um inexorável "entrelaçamento entre a realidade viva e as significações do direito, no sentido de

[71] *Idem*, p. 15.
[72] FERRAZ JR.,Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no direito:* uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 9.
[73] Ob. cit., p. 11.
[74] *Idem*, p. 11/12.
[75] SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código Civil e as cláusulas gerais. *Revista de Direito Privado*, nº 10, p. 12, nº 2,12.
[76] ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. *Ideia de sistema e de ordenamento no direito*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 47, *apud* Eduardo Sens dos Santos, art. cit., p. 12.
[77] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 277.
[78] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Ob. cit., p. 33.

que ambas se prendem fortemente uma à outra"[79], razão pela qual categoricamente assevera que reduzir o sistema jurídico a um simples "conjunto de proposições e conceitos formais encadeados segundo os graus de generalidade e especificidade" implica "desconhecer a pluralidade da realidade empírica imediatamente dada em relação à simplificação quantitativa e qualitativa dos conceitos gerais".[80]

Em notável síntese da mudança de paradigma, Eduardo Sens dos Santos elucida, com raro brilho: (...) a noção de direito como sistema fechado passa a ser duramente criticada à medida que se percebem a ineficiência desse autoisolamento e a inexistência dessa completude e harmonia propostas pelo positivismo. Emil Lask diz que tal "função desagregante" (no sentido de que o sistema perde sua unidade) se processa pela absorção de conceitos extrajurídicos, deixando o jurista de se ater a meras significações (interpretações exegéticas da lei) em prol de uma busca teleológica pelo direito material. Em outras palavras, o sistema jurídico passa a ser considerado como algo concreto, sendo afastada a ideia abstrata de sistema como um todo interligado pela lógica formal e de caráter matemático: da vertente aristotélica dos silogismos passa-se à vertente tópica, também de Aristóteles, que privilegia a hermenêutica de princípios de direito.[81]

Claus-Wilhelm Canaris, em seu excelente "Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito", após discorrer sobre "as qualidades da ordem e da unidade como características do conceito geral de sistema" e "sua adequação valorativa"[82], trata, em minúcias, com riqueza de detalhes e de maneira absolutamente brilhante, da "abertura do sistema científico", em que demonstra, acima de qualquer impugnação ou contestação possível, que o sistema jurídico não é, nem pode ser fechado, estanque, completo, definitivo, estático, estratificado, mas natural e necessariamente aberto, em virtude da "*incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico*"[83] (grifos do original) e do fato inconteste de ele ser "suscetível de aperfeiçoamento"[84] permanente e incessante.

Juarez Freitas, debruçando-se sobre a teoria de Canaris e, em especial, sobre a definição de sistema jurídico "como ordem de princípios gerais do Direito", ensina: (...) tal formulação, que vê o sistema como ordem axiológica ou teleológica, a partir das ideias de adequação valorativa e de unidade, atribuindo aos princípios um sentido que somente se dá numa combinação complementar ou de restrição recíproca, já possui as seguintes principais vantagens: (a) salienta, no trato de temas como antinomias, a função do sistema como sendo a de traduzir coerência valorativa, impedindo uma abordagem meramente formal; (b) evita a crença exacerbada na completude fechada e autossuficiente do sistema, permitindo pensar a completude e a coerência como processos abertos; (c) resguarda o papel da interpretação sistemática, pois tal abertura

---

79 *Apud* Tercio Sampaio Ferraz Jr., *loc. cit.*
80 *Apud* Eduardo Sens dos Santos, art. cit., p. 13.
81 *Idem*, p. 14.
82 Tradução de CORDEIRO, A. Menezes. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 9/102.
83 Ob. cit., p. 106.
84 *Idem*, p. 107.

não contradita (antes pelo contrário) a exigência de ordem e de unidade interna; (d) realça o papel decisivo da interpretação bem ponderada, em virtude do manejo concertado de princípios no bojo do sistema jurídico, tomado e concebido em sua dinamicidade[85].

Por isso, o direito contemporâneo reclama e exige normas intencionalmente indeterminadas, vagas, imprecisas, elásticas, móveis, peculiares ao *sistema aberto*, que propiciem, ao intérprete e ao juiz, operarem com discricionariedade em função do caso concreto, em que levarão em conta: (a) os atos humanos e os fatos econômicos, sociais e políticos inerentes à hipótese *sub examine*; (b) conceitos extrajurídicos oriundos das ciências sociais; (c) conceitos jurídicos indeterminados[86]; e (d) *cláusulas gerais*, todos em íntima conexão ou, como pontifica Miguel Reale, todos numa relação de complementariedade, e não *conceitos jurídicos puros*.

(c) Conceitos jurídicos puros

Com Ihering, a partir da metade do século XIX, a pesquisa e o estudo sobre o fenômeno jurídico tomaram novo e profícuo rumo[87], eis que o culto à lógica-formal, que ensejara a "ciência dos conceitos jurídicos" e provocara um distanciamento da realidade histórico-social, passou a ceder espaço a uma "concepção finalista do direito", que se dispunha a atender aos reclamos, anseios e necessidades de uma sociedade em extraordinária transformação política, social e econômica.

De início, a doutrina de Ihering visava a conciliar "a lógica do sistema" e a "lógica do problema", abranger "o sistema formal do direito" e, também, se não prioritariamente, "o fundo ou conteúdo (material) variável" da vida jurídica, tratar, criticamente, as "questões da forma e da matéria" na ciência do direito, enfim, cuidar da finalidade das normas e da realidade subjacente dos interesses em confronto.

Depois, Ihering liderou um movimento que tinha por escopo o primado do "elemento social do direito", a partir dos interesses em luta, no que se convencionou chamar de "jurisprudência da realidade", que combatia a primazia do elemento lógico nos julgamentos, opunha-se ao fetichismo jurídico e verberava contra as considerações estáticas do direito em prol de um direito flexível e dinâmico capacitado a disciplinar as mudanças sociais[88].

---

[85] *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 39/40.

[86] A doutrina moderna cunhou as expressões "conceito jurídico indeterminado" e "cláusulas gerais". Por "conceito indeterminado", diz Karl Engisch, "entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos", *in: Introdução ao pensamento jurídico*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 228. Ainda para Karl Engisch, "o conceito multissignificativo de 'cláusula geral' contrapõe-se a uma elaboração 'casuística' das hipóteses legais" (*Ibidem*, p. 229) (sobre *cláusulas gerais*, *vide* nos 12 e ss. *infra*). Do estudo Regras da experiência e conceitos jurídicos indeterminados, *Revista Forense*, 1978, vol. 74, nº 261, p. 16, de José Carlos Barbosa Moreira, depreende-se que os "conceitos jurídicos indeterminados" distinguem-se das "cláusulas gerais" por possuírem grau de generalidade menor. Enquanto as cláusulas gerais são normas absolutamente abertas, nas quais o legislador não define o conteúdo ou tampouco as consequências de sua inobservância, trabalho que cabe ao juiz, os conceitos jurídicos indeterminados dependem, apenas, do preenchimento, em concreto, de seu significado, encontrando-se a sanção ao descumprimento da norma previamente prevista na própria lei.

[87] Nessa época, imenso era o prestígio da escola da exegese e a da jurisprudência dos conceitos.

[88] PÉREZ, José Luis Monereo. Estudio Preliminar: El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho, *in: El fin en el Derecho*, por Rudolf V. Ihering. Granada: Ed. Comares, 2000, p. XI.

Após haver sido positivista e realista, Ihering, na "terceira fase da evolução de seu pensamento", "admite um certo dualismo metodológico", ao reunir "o método lógico-jurídico" e o "método finalista ou funcional do direito"[89], porquanto, conforme deixou patente no monumental "O espírito do Direito Romano", "a forma é o conteúdo sob o ponto de vista da visibilidade. Supõe sempre um conteúdo, porque não existe forma sem conteúdo nem conteúdo sem forma"[90].

Porque "a vida não existe para os conceitos, senão que os conceitos existem para a vida"[91]; porque a dinâmica humana, econômica, social e política faz surgir novos e inesperados fenômenos; porque as necessidades e os anseios do homem e do cidadão não se contêm nem se esgotam em fórmulas típicas e insubstituíveis; porque não se deve tratar abstratamente os interesses que o direito visa a proteger e garantir; porque não se pode examinar, interpretar e aplicar o direito considerando-o apenas e exclusivamente sob um prisma estático, dividido em categorias absolutas; porque, na análise e reflexão sobre o direito, não se deve privilegiar a forma em detrimento do conteúdo, a LSA e inúmeros outros diplomas legais, ao criarem "impedimentos" ou "vedações" aos agentes econômicos e às pessoas em geral em razão de determinadas peculiaridades e circunstâncias, fazem-no de modo taxativo, em enumerações exaustivas, casuisticamente, como ocorre em relação às situações de conflito formal de interesses, previstas, por exemplo, no art. 115, §1º, da LSA; no art. 1.749, I, do Código Civil; no art. 9º, da Lei nº 8.666/1993; nos arts. 134, 135 e 405, §2º, do CPC/73, e no art. 30 da Lei nº 11.101/2005.

(d) Cláusulas gerais

Assente a premissa de que o sistema jurídico é natural e necessariamente aberto e dinâmico, incompleto e provisório, a doutrina concebeu e o legislador passou a trabalhar com as denominadas *cláusulas gerais*.

Para Karl Engisch, "o conceito multissignificativo de 'cláusula geral' contrapõe-se a uma elaboração 'casuística' das hipóteses legais", esclarecendo, primeiro, que "casuística é aquela configuração da hipótese legal que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria"[92], e, depois, à guisa de conclusão, que, "deste modo, havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos"[93].

Cláusulas gerais, explica Teresa Arruda Alvim Wambier, "são normas em que vêm explicitados princípios jurídicos e que têm por função dar ao Código Civil aptidão para acolher (= passar a abranger) hipóteses que a experiência social ininterruptamente cria e que demandam disciplina. Assim, estas cláusulas, pode-se dizer, têm um potencial de abrangência infinitamente maior do que as regras jurídicas de estrutura tradicional,

89 Ob. cit., p. XVI.
90 *El Espíritu del Derecho Romano*. Granada: Ed. Comares, 1998, vol. III, tit. III, sec. 2ª, p. 641.
91 Rudolf V. Ihering, ob. e vol. cits., p. 523.
92 Ob. cit., p. 228.
93 *Idem*, p. 229.

mais minuciosas e que contêm em si mesmas descrita sua hipótese de incidência[94]."

As *cláusulas gerais* são formadas por "conceitos jurídicos indeterminados" e "incorporam princípios jurídicos", "numa linguagem intencionalmente aberta, fluida, vaga"[95], com a finalidade precípua de regular, hoje[96] e no futuro, próximo e distante, variegados tipos de casos e situações, quaisquer que sejam as condições e circunstâncias fáticas[97]. Por isso, consoante magistério do preclaro Luis Roberto Barroso, (...) a técnica legislativa, ao longo do século XX, passou a utilizar-se crescentemente de *cláusulas abertas ou conceitos indeterminados*, como dano moral, justa indenização, ordem pública, melhor interesse do menor, boa-fé. Por essa fórmula, o ordenamento jurídico passou a transferir parte da competência decisória do legislador para o intérprete. A lei fornece parâmetros, mas somente à luz do caso concreto, dos elementos subjetivos e objetivos a ele relacionados, tal como apreendidos pelo aplicador do Direito, será possível a determinação da vontade legal. O juiz, portanto, passou a exercer uma função claramente integradora da norma, complementando-a com sua própria valoração[98].

Os doutos e laboriosos Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, magníficos autores do Anteprojeto da LSA, conscientes de que, em pleno século XX, não podiam agir como simples positivistas do século XVIII em nome de um dogmatismo jurídico que se contenta em aprisionar os fatos da vida em fórmulas rígidas de uma filosofia do direito *a priori*, incompatível com o espírito e as finalidades do *sistema aberto do direito* e do *dualismo metodológico* da modernidade, incluíram, em 1974, em inúmeros artigos da LSA, normas de conteúdo indeterminado, que, embora desafiem a inteligência do exegeta, permitem à LSA manter-se atual e eficaz após mais de quatro décadas de vigência.

---

[94] Uma reflexão sobre as "cláusulas gerais" do Código Civil de 2002 – a função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, jan. 2005, vol. 94, nº 831, p. 59/60.

[95] Art. cit., p. 60/61.

[96] "A interpretação dos conceitos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo porque o uso destes conceitos, como já observamos, consiste numa técnica legislativa marcadamente afeiçoada à realidade em que hoje vivemos, que se caracteriza justamente pela sua instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram 'verdades' sociais" (*Idem*, p. 61).

[97] A doutrina, pátria e alienígena, arrola como *cláusulas gerais*, *v.g.*, "a boa-fé" (Judith Martins-Costa, ob. cit., p. 287); "culpa" e "delito" (*Ibidem*, p. 301); "uso abusivo de direito", "usos do tráfico jurídico" (*Idem*, As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, vol. 81, nº 680, jun. 1992, p. 50); "bons costumes" (Claus-Wilhelm Canaris, ob. cit., p. 123/124); "função social" (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Art. cit., p. 61); "ordem pública" (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 196, nota 2); "justa medida" (*Ibidem*, p. 198); "diligência" (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional, Trad.: CICCO, Maria Cristina de. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 27/28, *apud* Eduardo Sens dos Santos, art. cit., p. 18, nota 35); "responsabilidade civil subjetiva" (GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 1, nº 2, abr./jun. 2000, p. 22); "enriquecimento ilícito", "lesão enorme" (AGUIAR JR., Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limite e responsabilidade. *Revista de Direito Renovar*, vol. 18, set./dez. 2000, p. 13) etc.

[98] Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação, *in: Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, t. III, p. 82.

Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[1]

Judicial duty to consider the practical consequences of the decision: interpreting art. 20 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law

Fredie Didier Jr.*
Rafael Alexandria de Oliveira**

Sumário

1. Introdução. 2. O propósito do art. 20 da LINDB. 3. Estrutura normativa. 3.1. Postulado hermenêutico. 3.2. Dever de motivação. 3.3. O art. 20 da LINDB e o art. 489 do CPC. 4. O dever de considerar as consequências práticas da decisão. 4.1. Introdução: o pragmatismo jurídico e seus riscos. 4.2. Conteúdo dogmático do dever de considerar as consequências práticas da decisão. 5. Conclusão e balanço crítico. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo analisa o conteúdo normativo e dogmático do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que impõe ao juiz o dever de considerar as consequências práticas da sua decisão quando baseada em valores jurídicos abstratos.

[1] Este artigo é resultado do grupo de pesquisa "Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual", vinculado à Universidade Federal da Bahia e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053). Esse grupo é membro fundador da "ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo" (http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa).

* Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Livre-docente pela USP. Professor associado da UFBA, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado e consultor jurídico.

** Mestre em Direito Público Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Jorge Amado/JusPodivm. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Procurador do Município do Salvador/BA. Advogado.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 73 (3ª Fase), jul./set. 2019, p. 115-132.

Abstract

This article analyzes the normative and dogmatic content of art. 20 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law, which imposes on the judge the duty to consider the practical consequences of his decision when based on abstract legal values.

Palavras-chave: Decisão judicial. Princípios Normativos. Consequências práticas. Pragmatismo jurídico.

Key-words: *Judicial decision. Normative Principles. Practical consequences. Legal Pragmatism.*

1. Introdução

O art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), acrescentado pela Lei nº 13.655/2018, imputa ao órgão julgador (seja ele jurisdicional, administrativo ou de controle, como os tribunais de contas) o dever de observar "as consequências práticas" da sua decisão.

Eis o texto do dispositivo:

> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
>
> Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

A relevância do art. 20 da LINDB, conforme veremos, está em que ele deixa claro que o julgador, em determinado cenário, *deve* considerar as consequências da sua decisão e, mais do que isso, *deve* expor o caminho que o seu raciocínio percorreu para chegar à percepção sobre tais consequências e para escolher, entre as opções possíveis, a que lhe pareceu necessária e adequada ao caso.

É preciso identificar o propósito desse dispositivo, a sua estrutura normativa e o conteúdo dogmático do dever de considerar as consequências práticas da decisão.

2. O propósito do art. 20 da LINDB

Carlos Ari Sundfeld, um dos responsáveis pelo projeto de lei que deu origem à Lei nº 13.655/2018, destacava que se vive "hoje um ambiente de 'geleia geral' no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão"[2].

De modo geral, as mudanças inseridas na LINDB pela referida lei buscaram "conferir mais segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade ao direito público"[3]. Convém lembrar que uma das faces da segurança jurídica diz respeito à cognoscibilidade do direito: o direito só serve de mecanismo de orientação se o destinatário consegue compreendê-lo; por essa razão, o direito deve ser inteligível e assim o é, entre outras coisas, por meio da determinação e da clareza das suas fontes normativas[4].

O propósito do art. 20 da LINDB é garantir a segurança jurídica por meio da entrega de decisões mais qualificadas, já que "o uso retórico de princípios muito vagos vem sendo um elemento facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo"[5].

Como ressalta Fernando Leal:

> [e]m um cenário de elevada carência argumentativa, obrigar tomadores de decisão a, ao lado de princípios vagos, considerar mais um elemento de justificação *pode* contribuir para o aumento da qualidade da fundamentação das suas decisões. Se decisões são tomadas exclusivamente com base em padrões vagos, exigir do juiz que pense nos efeitos das alternativas decisórias que lhe são apresentadas e incorpore em seu julgamento essas reflexões deixará os resultados menos sujeitos a críticas sobre um possível déficit de justificação. Pelo menos em termos *quantitativos*. Recorrer a um princípio vago e discorrer sobre as consequências de alternativas de decisão parece, assim, melhor do que simplesmente mencionar um princípio vago.[6]

---

[2] SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205.

[3] SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. *In*: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 22.

[4] É o que Humberto Ávila chama de "segurança de conteúdo pela inteligibilidade normativa" (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 334 e seguintes).

[5] SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. *In: Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 225. O autor continua: "A verdade é que motivações e discussões que ficam nesse plano de generalidades são insuficientes para conclusões concretas. A razão é óbvia: nesse plano, quase todo mundo tem alguma razão no que diz" *(idem, ibidem)*.

[6] LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. *In*: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 27.

3. Estrutura normativa

O art. 20 é enunciado normativo inédito e de difícil compreensão. Ele incorpora termos muito difundidos nos estudos contemporâneos sobre a Teoria do Direito, de um modo geral, e da decisão judicial, de um modo especial: "valores jurídicos abstratos" e "consequências práticas da decisão".

Desse dispositivo, podem ser extraídas *duas normas*: um postulado hermenêutico e uma regra de densificação do dever de motivar as decisões.

3.1. Postulado hermenêutico

Postulado normativo é norma jurídica que regula a forma como as outras normas jurídicas devem ser aplicadas. Postulado hermenêutico é o postulado normativo que regula o modo como devem ser interpretadas as fontes normativas[7], como a lei, o contrato ou a decisão.

O *caput* do art. 20 da LINDB estabelece um postulado hermenêutico, uma diretriz interpretativa para o órgão julgador: ele deve considerar as *consequências práticas* da decisão a ser tomada[8].

A consideração das consequências práticas deve acontecer sempre que o julgador pretender decidir com base em "valores jurídicos abstratos". Sucede que, no sistema brasileiro, o juiz não decide com base em valores, mas com base em *normas*. A referência a "valores" é dogmaticamente sem sentido.

É preciso apurar, então, a que normas jurídicas esse dispositivo, valendo-se de expressão equivocada, se está referindo.

Pensamos que a expressão "valores jurídicos abstratos" é utilizada para designar os *princípios normativos menos densificados*, isto é, aqueles que são enunciados em termos amplos, sem um sentido unívoco, e que carecem de densificação diante do caso concreto. Assim pensamos por três motivos.

Primeiro, porque, a considerar o motivo pelo qual o dispositivo foi inserido na LINDB – exigir maior esforço argumentativo do julgador, como forma de garantir a segurança jurídica pela melhora da qualidade da fundamentação –, é exatamente no campo dos princípios menos densificados que os fatores de preocupação e de insegurança se mostram mais presentes.

[7] Sobre os postulados normativos: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios.* 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 135-144.

[8] Os Enunciados nºs 3 e 4 do II Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação da AJUFE, Campinas, 2018, têm a seguinte redação: 3. "O Poder Judiciário deve deferir tutelas que restabeleçam a juridicidade violada com o menor grau de impacto interventivo possível, também atentando para as consequências políticas, econômicas e concorrenciais de suas decisões". 4. "O Poder Judiciário deve primar pelo controle de juridicidade empiricamente informado, incentivando as partes e terceiros interessados a apresentarem dados técnicos e científicos que subsidiem a verificação lógica entre as premissas, as metodologias e as conclusões que embasam os atos regulatórios".

Segundo, porque a diferença básica entre regras e princípios é que o princípio estabelece uma finalidade a ser alcançada sem necessariamente especificar a forma de alcançá-la, enquanto a regra determina a consequência (faculdade, obrigação ou proibição) da ocorrência, no plano fenomenológico, de certo fato ou conjunto de fatos.

Se a regra contém, necessariamente, a descrição das consequências jurídicas vinculadas àquele fato, não há razão para se exigir do juiz que considere as consequências práticas de optar entre este ou aquele sentido no momento de interpretar o texto normativo: a consequência possível é aquela descrita na própria regra, de modo que a atividade do juiz é identificar se houve, ou não, subsunção dos fatos à norma. Se a regra estiver enunciada em termos vagos, cabe ao julgador, na fundamentação decisória, demonstrar que o caso concreto se amolda àqueles termos vagos (art. 489, §1º, II, CPC). Nada impede que ele faça um exame das consequências práticas da sua opção interpretativa, mas o art. 20 da LINDB não *exige* que assim o faça. Nada impede, também, que faça controle de constitucionalidade *in concreto* dessa regra e, se for o caso, deixe de aplicá-la; é possível, inclusive, pensar na ponderação entre regras, como aponta o art. 489, §2º, do CPC.

Segundo Alexy, para solucionar um *conflito entre regras* é necessário que uma das regras integre uma hipótese de exceção à outra[9], ou então que uma delas seja invalidada e expurgada do ordenamento, em nome da subsistência da outra, verificando-se, pois, se a regra está dentro (como exceção) ou fora (por invalidação) do ordenamento. Dessa forma, constatada a contradição entre "juízos concretos de dever-ser", se ela não pode ser sanada com a inserção de uma "cláusula de exceção" em uma das regras, então se deve decidir qual delas deve ser invalidada[10].

Essa não é, contudo, a solução para a *colisão entre princípios*. Nesses casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado[11]. Na verdade, em uma "dimensão de pesos" (e não de validade), considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos e que o princípio que mais pesar tem preferência em relação ao outro[12] – caso em que o conflito e sua solução se situam dentro do ordenamento.

Humberto Ávila questiona essa diferenciação[13]. Ele entende que a ponderação não é exclusividade dos princípios: as regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido

---

[9] O que corresponderia à invalidade parcial dessa regra, diz SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial. Restrições e eficácia.* São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48 e 49.

[10] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92 e 93.

[11] Muito embora o autor admita que princípios possam ser absolutamente incompatíveis em abstrato, impondo-se um deles seja expurgado da ordem jurídica, por invalidade (ex.: segregação racial). Na verdade, a discussão em torno da invalidade determina o que deve estar dentro e fora do ordenamento. Entretanto, pressuposta a validade abstrata do princípio, é que se pode analisar sua colisão em concreto, no interior do ordenamento (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais, cit.*, p. 110 e ss.).

[12] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais, cit.*, p. 93 e 94.

[13] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 52 e ss.

superado por razões contrárias; as regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão de ponderação.

Nas suas palavras, com as quais concordamos:

> [a] ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso.[14]

O art. 489, §2º, do CPC trata justamente da possibilidade de ponderação entre regras.

Terceiro, porque exigir do julgador que faça a prognose das consequências práticas da decisão ao se deparar com *qualquer* conceito vago – enunciado em princípios ou em regras – terminaria por inviabilizar a sua atividade, dada a profusão com que se encontram termos vagos na legislação brasileira.

É inconcebível pensar que, ao se deparar com conceitos indeterminados como "erro grosseiro", "verdade", "interesse público", entre tantos outros, o julgador deve, obrigatoriamente, fazer um juízo preditivo das consequências práticas da sua opção por um ou por outro sentido. O pragmatismo prestigiado pelo art. 20 da LINDB também merece ser analisado sob esse viés consequencialista e pragmático. Lembremos que, de modo geral, para os conceitos vagos já existe a exigência de fundamentação de que trata o art. 489, §1º, II, do CPC.

Portanto, considerando que (a) o principal problema que o dispositivo quer resolver se encontra na aplicação acrítica e superficial de princípios normativos menos densificados; (b) as regras, ainda que vazadas em termos vagos, já prescrevem a consequência jurídica que delas se deve esperar; e (c) estender o pragmatismo do dispositivo a regras soa inconsequente, a ponto de pôr na berlinda a própria aplicabilidade do dispositivo, pensamos que o âmbito de aplicação próprio do art. 20 da LINDB são os casos em que a decisão se baseia num *princípio normativo menos densificado*.

Isso faz com que o art. 20 contenha uma possível redundância. Como constata Fernando Leal, "se princípios são normas com estrutura teleológica, a tomada de decisão com base em princípios jurídicos deveria necessariamente envolver um juízo sobre os possíveis efeitos atrelados à aplicação de medidas destinadas a realizar os

[14] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, *cit.*, p. 58-59.

estados de coisas a eles vinculados"[15]. Nesse aspecto, "o artigo 20 pode significar um simples comando para que essas normas sejam aplicadas como deveriam"[16].

As referências a princípios como a dignidade da pessoa humana, a economicidade, a moralidade, a impessoalidade, a isonomia, a saúde e a tantos outros que existem por aí devem estar acompanhadas de um esforço argumentativo no sentido não apenas de demonstrar a conformação do conceito indeterminado com o caso concreto (art. 489, §1º, II, CPC), mas também de avaliar as consequências práticas do sentido atribuído a esse conceito indeterminado.

Não basta, por exemplo, que o magistrado invoque o direito fundamental à saúde, fazendo considerações genéricas sobre o tema – que, muitas vezes, podem ser reproduzidas em tantos outros casos semelhantes –, para deferir a determinado paciente tratamento em hospital particular à custa do Estado ou para determinar o seu internamento imediato em hospital público sem respeitar os critérios de regulação. É preciso que o magistrado considere e trate expressamente das consequências dessa sua decisão, especialmente quanto aos reflexos que ela pode gerar no orçamento e na execução de outros projetos ligados à saúde ou quanto aos reflexos que pode gerar em relação a outros pacientes do sistema de saúde que aguardam, na fila da regulação, uma oportunidade de atendimento.

Ao se deparar com princípios normativos, o julgador deve (i) buscar os possíveis sentidos do texto e sopesá-los, considerando as consequências práticas decorrentes de cada um deles; e (ii) à luz das consequências possíveis, definir o sentido que será atribuído ao conceito indeterminado.

O art. 20 incide no momento da *valoração* dos sentidos do texto normativo de conteúdo aberto e no momento da *decisão*, ou da escolha, por um desses sentidos.

Para Carlos Ari Sundfeld:

> [o] profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito.[17]

Além disso,

---

[15] LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. *In*: *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*, ob. cit., p. 27.

[16] LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. *In*: *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*, ob. cit., p. 27-28.

[17] SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 206.

> [a] simples pertinência do princípio ao caso não é bastante para justificar a solução específica, sendo indispensável formular de modo explícito a regra geral que se vai aplicar, justificando-a com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos positivos e negativos.[18]

O *caput* do art. 20 inaugura, em termos dogmáticos, o *postulado hermenêutico do pragmatismo*, segundo o qual as consequências práticas devem ser consideradas no momento da valoração e da escolha de um dos sentidos possíveis do texto normativo de conteúdo semântico aberto.

Esse postulado não se aplica apenas à decisão judicial. Ele também se aplica às decisões administrativas e às decisões tomadas por órgãos de controle, como os tribunais de contas e as agências reguladoras.

Como ensinam Sundfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis:

> [é] assim, afinal, que decidem os administradores públicos e os formuladores de políticas: considerando dado problema, vislumbram possíveis soluções, tentam prever os custos e as consequências de se optar por cada uma delas e submetem o juízo final ao escrutínio público (seja através do debate parlamentar, no caso de uma lei, de consultas públicas, ou mesmo no momento em que a decisão passa a dar resultados para a população, sejam eles positivos ou não) e também ao crivo dos órgãos de controle.[19]

O art. 20 da LINDB vem somar-se a um conjunto de normas jurídicas expressas no Código de Processo Civil, que disciplinam a interpretação das fontes e aplicação das normas no Direito brasileiro.

O CPC contém outros postulados relevantes para a interpretação das fontes e para a aplicação das normas, que são a razoabilidade e a proporcionalidade (art. 8º[20]), a coerência e a integridade (art. 926[21]), a ponderação e a boa-fé (art. 489, §§ 2º e 3º[22]). Trata-se de uma verdadeira constelação de postulados hermenêuticos.

---

[18] *Idem, ibidem.*

[19] SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. *In*: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 23.

[20] Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

[21] Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

[22] Art. 489. [...]
§2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

A eles se soma o postulado do pragmatismo.

3.2. Dever de motivação

O art. 20 vai além de ser um postulado hermenêutico. O dispositivo contém, no parágrafo único, regra que impõe ao julgador dever específico de motivação.

Não basta que o julgador considere as consequências práticas dos sentidos possíveis que podem ser atribuídos ao texto normativo de conteúdo aberto. Não é difícil encontrar casos, inclusive do STF, em que o consequencialismo protagoniza a tomada de decisão, revelando que esse juízo pragmático pode ser muito mais comum na atividade jurisdicional do que se pode pensar.

A relevância do art. 20 da LINDB está não apenas na parte em que ele *exige* que as consequências sejam consideradas como também na parte em que ele *exige* que o julgador explicite, na fundamentação, o caminho que seu raciocínio trilhou para chegar até elas.

É preciso, então, que o julgador esclareça quais sentidos podem ser extraídos do texto normativo e quais são as consequências práticas a que cada um desses sentidos pode levar; é preciso também que o julgador justifique a solução dada à luz da proporcionalidade (necessidade e adequação) e das possíveis alternativas decisórias. O parágrafo único do art. 20 determina que "a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas".

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 20 densifica a regra contida no art. 93, IX, da Constituição, segundo a qual "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade".

Depois de apurar o princípio normativo que regula o caso e seus possíveis sentidos, e depois de considerar as consequências práticas decorrentes da adoção desses possíveis sentidos, cabe ao julgador adotar a solução que, em comparação com as outras soluções possíveis para o caso, demonstre ser a medida *necessária* e *adequada* – ou, em outras palavras, a medida mais proporcional. Isso vale para qualquer solução a que se chegue: imposição de prestação (fazer, não fazer ou pagar quantia), tutela declaratória ou tutela constitutiva (como a invalidação de ato jurídico, por exemplo).

Para anular um contrato de parceria público-privada de gestão de um hospital público, com base no princípio da economicidade, por exemplo, o juiz precisa avaliar as consequências dessa decisão e verificar se a solução dada ao caso é necessária e adequada se comparada, por exemplo, à revisão do contrato, com manutenção da parceria.

Observe que o inciso II do §1º do art. 489 do CPC já impõe que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados deve ser acompanhado de explicação do motivo concreto de sua incidência no caso.

---

§3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

O que o art. 20 da LINDB faz é acrescentar mais uma regra específica de fundamentação decisória, ao exigir que a incidência do conceito jurídico indeterminado não apenas esteja demonstrada no caso concreto como também que fique claro que o julgador considerou as consequências práticas decorrentes de cada um dos sentidos possíveis e que avaliou tais consequências à luz da proporcionalidade.

3.3. O art. 20 da LINDB e o art. 489 do CPC

O art. 20 da LINDB funciona como mais um parágrafo do art. 489 do CPC, seja porque estabelece mais um postulado normativo (tal como os §§2º e 3º do art. 489), seja porque estabelece mais uma situação em que a fundamentação pode ser considerada deficiente (tal como o §1º do art. 489)[23] – nesse sentido, inclusive, o desatendimento do disposto no parágrafo único do art. 20 da LINDB é omissão apta a ensejar a oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022, II, par. ún., II, do CPC.

4. O dever de considerar as consequências práticas da decisão

4.1. Introdução: o pragmatismo jurídico e seus riscos

A menção do art. 20 às "consequências práticas da decisão" é marcante porque remete ao *pragmatismo jurídico*, teoria controversa que trata sobre a forma como deve o julgador decidir[24], e que pode ser entendido, objetivamente, como "qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas".[25]

MacCormick rejeita o sistema de construção decisória puramente baseado em consequências, sob o fundamento de que ele exclui a possibilidade de justificação racional da decisão, já que o futuro é desconhecido e cadeias de consequências podem se desenvolver ao infinito. Mas ele tampouco entende plausível um sistema que não considere as consequências como fator relevante no processo decisório.

---

[23] Também enxergando essa aproximação entre os dois dispositivos, JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *In*: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV-Rio, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), novembro/2018, p. 35.

[24] Para ficar em apenas dois exemplos, temos, de um lado, Richard Posner, que se declara um juiz pragmático e é um dos principais teóricos do pragmatismo jurídico (POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, *ebook Kindle*) e, de outro, Ronald Dworkin, que critica o pragmatismo de forma veemente, tachando-o como uma "concepção cética do direito", porque nega o valor da coerência da decisão judicial com decisões tomadas no passado (pelo legislador ou por outros juízes) e se apoia apenas "na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão" (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Jeferson Luiz Camargo (Trad.). 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 119 e 185, respectivamente).

[25] SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR. (Org.), Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, *ebook Kindle*, pos. 5997-6003.

Sugere uma visão intermediária; para ele, alguns casos exigem que sejam consideradas as consequências como parte do processo decisório: são os casos problemáticos, assim entendidos aqueles capazes de ensejar interpretações distintas e que admitem respostas conflitantes, todas elas legalmente admissíveis.[26]

Tal como ocorreu com a integridade e a coerência – conceitos que são fruto de construção doutrinária e que foram incorporadas no art. 926 do CPC como normas jurídicas –, o pragmatismo jurídico é construção doutrinária que passa, agora, a ter o *status* de norma jurídica.

Do ponto de vista normativo, já vimos que o art. 20 da LINDB inseriu no sistema vigente o *postulado do pragmatismo*, por meio do qual o julgador tem o *dever* de considerar as consequências práticas da sua decisão como elemento para a própria tomada de decisão.

Isso confere à atividade decisória, de certa forma, um caráter *preditivo*: exige-se que o julgador antecipe os efeitos da decisão antes de tomá-la[27].

O risco desse tipo de atividade é que ela transforma a consequência prática no protagonista do processo decisório, permitindo, numa espécie de contramão lógica, que o sentido do texto normativo seja construído em razão da consequência considerada ótima pelo julgador[28]. Isso pode conferir ao magistrado uma (sensação de) liberdade incompatível com os postulados de coerência e integridade do direito, já que pode estimulá-lo a querer dissociar-se das normas existentes (legislação) e da forma como elas vêm sendo aplicadas (precedentes) para proferir uma decisão que considere apenas uma utilidade contemporânea à própria decisão[29].

Como ensinam Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal:

> [o] juiz pragmático não se vê envolvido por qualquer dever de consistência com o passado. Quando os precedentes e as decisões

[26] MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, *ebook Kindle*, pos. 2469-2492.

[27] Uma espécie de *decisão de segunda ordem*, como ensinam Cass R. Sunstein e Edna Ullmann-Margalit: "*By second-order decisions we refer to decisions about the appropriate strategy for reducing the problems associated with making a first-order decision. Second-order decisions thus involve the strategies that people use in order to avoid getting into an ordinary decision-making situation in the first instance. [...] In law, for example, some judges favor a second-order decision in favor of rules, on the ground that rules promote predictability and minimize the burdens of subsequent decisions*" (SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-order decisions*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=193848> Acesso em: 27, dez 2018).

[28] "O julgador pragmático não se detém perante textos normativos, não aceita restrições no universo dos insumos disponíveis para a justificação das decisões e faz do direito positivo, da dogmática jurídica, bem como das teorias e estratégias gerais de aplicação do direito (p. ex., do formalismo), eles próprios, *objetos de sua escolha*, convertendo-os em 'fontes de informação' e em ferramentas cujo emprego apenas deverá justificar-se *instrumentalmente*, vale dizer, em função da sua maior ou menor contribuição para a produção pontual da consequência tratada como a melhor do ponto de vista social" (SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *In*: MACEDO JR., Ronaldo; BARBIERI, Helena Cortada. (Org.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, *ebook Kindle*, pos. 6377).

[29] Essa é, inclusive, a crítica que Dworkin faz ao pragmatismo jurídico (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, ob. cit., p. 185).

> legislativas forem honrados por um magistrado pragmático na solução de um caso concreto, será única e exclusivamente como um meio para se atingir finalidades sociais relevantes.[30]

Outro risco plausível é que as consequências consideradas pelo julgador não guardem relação com o caso concreto, ou guardem relação muito tênue e indireta.

4.2. Conteúdo dogmático do dever de considerar as consequências práticas da decisão

Para minimizar esses riscos e tentar chegar ao meio termo de que fala MacCormick, convém então estabelecer de modo objetivo qual o conteúdo dogmático do dever de considerar as consequências práticas da decisão. Vejamos:

a) Em primeiro lugar, a observância desse dever pressupõe a identificação de mais de uma solução dogmaticamente justificada para o problema jurídico posto sob apreciação. Sempre que o julgador constatar que, dada a incidência de determinado princípio normativo ao caso, duas ou mais soluções são dogmaticamente possíveis, ele tem o dever de avaliar as consequências práticas de cada uma dessas soluções.

b) Não se exige que o julgador considere todas as consequências possíveis[31]. Isso seria, aliás, inviável e inconveniente. As consequências a serem consideradas são aquelas postas no debate judicial, sobre as quais tenha havido efetivo contraditório (arts. 9º e 10, CPC).

Portanto, assim como não é dado exigir do julgador um exercício de futurologia, tampouco se pode admitir que as partes fiquem alheias às consequências consideradas para a determinação de sentido do princípio normativo: tais consequências devem ser previamente discutidas com as partes.

c) A observância desse dever impõe ao julgador declinar, na fundamentação, a prognose das consequências e o lastro probatório que as demonstre. Afinal, "a viabilidade de argumentos consequencialistas é necessariamente dependente da confiabilidade das prognoses feitas sobre o que acontecerá com o mundo caso um determinado curso de ação seja adotado"[32].

Como dissemos, o pragmatismo exige um juízo preditivo – embora colaborativo, porque dele participam os sujeitos parciais –, isto é, exige que o julgador faça prognósticos sobre o que *pode* acontecer. "Decisões judiciais orientadas nas próprias consequências são, tipicamente, decisões sob incerteza subjetiva e, nesse

[30] ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. *In*: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187.
[31] POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, *ebook Kindle*, pos. 744.
[32] LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. *In: Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*, ob. cit., p. 28.

terreno, é difícil que possam mover-se [...] para além da condição de exercícios de imaginação com força jurídica"[33].

É preciso exigir alguma racionalidade dessa tarefa preditiva para que ela possa ser minimamente controlável.

O primeiro passo, já o vimos, é submetê-la ao contraditório prévio.

O segundo passo é exigir que o julgador informe as prognoses feitas. Não basta que indique a consequência; é preciso que explique racionalmente o caminho que trilhou para chegar até ela. A publicização do raciocínio de causa e efeito é importante para evitar argumentos generalizantes do tipo: decidir que o locatário hipossuficiente tem direito a locar um imóvel residencial sem oferecer garantia implicará aumento generalizado do preço da locação residencial e, com isso, queda de oferta de imóveis a preços acessíveis, em prejuízo dos próprios locatários hipossuficientes. Trata-se de argumento facilmente generalizável[34].

O terceiro passo é exigir que as prognoses tenham fundamento no lastro probatório constante dos autos. As consequências que importam ao pragmatismo são as consequências reais, não as hipotéticas[35]. Não há espaço para que o julgador cogite consequências que não estejam minimamente demonstradas nos autos como possíveis a partir daquele estado de fato. Pode adotar os meios atípicos de prova por amostragem ou de prova de probabilidade como forma de inferir que uma dada consequência é plausível, mas não pode prescindir de, ao menos, constatar os indícios a partir dos quais ela se revela.

d) A atribuição de sentido ao conceito indeterminado deve considerar o que já se construiu sobre o assunto. Não cabe ao julgador propor um sentido absolutamente inovador para determinado conceito vago e, a partir dele, extrair uma solução jurídica para o caso. A atividade interpretativa deve ser coerente com as decisões (legislação e precedentes) já tomadas e com o conhecimento já construído pela doutrina.[36] O

---

[33] SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *In*: *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, ob. cit., pos. 6089.

[34] SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *In*: *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, ob. cit., pos. 6067. Esse é o chamado argumento do *efeito perverso*: "O argumento dos efeitos perversos usa uma tática *condicionalmente* consequencialista. A sua graça consiste em assumir, 'para fins de argumentação', a ordem de preferências daquele contra quem o argumento se dirige e mostrar que a decisão por estes escolhida, em vez de promover a realização do estado de coisas desejado, resulta no seu *oposto*. Há, de fato, algo de perverso nessa conspiração da realidade para a produção de consequências contrárias às pretendidas, normalmente na melhor das intenções, com a decisão tomada" (SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *In*: *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, ob. cit., pos. 6059-6067).

[35] POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, *ebook Kindle*, pos. 116.

[36] Humberto Ávila trata da *determinação de sentido* como método predisposto pela segurança jurídica para controle semântico-argumentativo da atividade do intérprete: "O intérprete deverá reconstruir os sentidos mínimos das expressões utilizadas pela Constituição, com vistas a verificar se os termos utilizados não possuem conceitos que já foram objeto de processos argumentativos de objetivação. [...] Nesse sentido, a atividade interpretativa não é livre, pois parte de conceitos que já foram elevadamente determinados pelo uso argumentativo anterior, de tal sorte que a utilização de determinadas expressões indica um processo de incorporação conceitual do qual o intérprete não pode se afastar" (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 341-343).

julgador não pode, por exemplo, criar um novo sentido para *dignidade da pessoa humana*, sem observar o que a tradição jurídica já produziu sobre o tema. Pode até propor um novo sentido, mas não pode deixar de dialogar com a tradição.

Não se pode chegar a uma decisão que atenda ao pragmatismo, mas que seja incoerente. A coerência e a integridade conferem *consistência* ao sistema jurídico[37], e a consistência é, também ela, um postulado que objetiva resguardar a segurança jurídica[38].

e) A observância desse dever não pode redundar numa decisão em desconformidade com o Direito. O postulado do pragmatismo não se sobrepõe[39] aos outros postulados previstos no CPC – a saber: razoabilidade, proporcionalidade, integridade, coerência, ponderação e boa-fé. Eles *convivem* e não é possível que a aplicação de um afaste completamente o outro.

O pragmatismo, portanto, está limitado, entre outras coisas, pela integridade, que assegura unidade ao Direito. O julgador *não é livre* para construir uma solução de acordo com o que reputar ser a consequência mais apropriada ao caso; a solução do caso deve estar *necessariamente dentro* do Direito, isto é, não pode violar norma jurídica. O juiz não pode, por exemplo, invocando o princípio da força obrigatória dos contratos, impor que um dos contratantes devolva ao outro a quantia que dele recebeu como pagamento para que cometesse ato ilícito (art. 883, Código Civil) – ainda que a devolução da quantia seja a melhor consequência possível para o caso concreto[40].

f) A observância desse dever não se pode dar à custa de uma postergação excessiva da solução para o caso concreto.

Como afirmam Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal:

> [a]s estratégias pragmáticas comprometidas com a escolha das alternativas de decisão que promovem sempre as melhores consequências implicam maiores custos de decisão e, *a fortiori*, também de erro, que posturas menos ambiciosas. Esse é um impacto sistêmico que não deve ser descartado[41].

---

[37] Isso parece ser capaz de arrefecer as críticas que Dworkin faz ao pragmatismo jurídico.
[38] ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 350.
[39] No mesmo sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *In*: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV-Rio, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), novembro/2018, p. 38.
[40] O parágrafo único do art. 883 do Código Civil permite que o valor pago reverta "em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz".
[41] ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. *In*: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 201. Os autores alertam que a referência aos "custos" da decisão não se restringe ao aspecto econômico-financeiro; ela abrange todo tipo de dificuldade, inclusive a postergação temporal do processo *(Idem,* p. 200-201).

É preciso, então, "considerar as consequências relacionadas à busca pelas melhores consequências", uma vez que "nem sempre as melhores consequências podem ser diretamente alcançadas".[42]

A razoável duração do processo é finalidade tutelada pelo texto constitucional (art. 5º, LXXVIII, CF). O processo não pode ter o seu curso natural afetado pela busca desmedida de possíveis consequências das também possíveis soluções para o caso. Não havendo provas ou indícios a partir dos quais possa o julgador inferir determinadas consequências, cabe a ele julgar conforme as regras sobre ônus da prova.

g) A observância desse dever impõe a declinação dos critérios utilizados para a seleção das consequências que devem ser evitadas ou promovidas[43].

Uma vez constatadas, a partir da prova dos autos, as consequências que podem ser extraídas das possíveis soluções para o problema jurídico, é preciso avaliar qual dessas consequências deve ser eleita como a melhor. Sucede que isso exige uma discussão anterior: a de saber *qual o critério* que deve presidir a escolha da consequência[44].

O parágrafo único do art. 20 diz que a escolha entre as medidas possíveis deve ser feita segundo o critério da proporcionalidade. Richard Posner afirma que o critério último do pragmatismo é a razoabilidade[45]. O julgador deve esclarecer qual o critério adotado no trabalho de consideração das consequências[46], deixando claro o que o leva a optar por promover uma e evitar outra.

h) Por fim, a inobservância do dever de considerar as consequências práticas implica a nulidade da decisão por falta ou deficiência de fundamentação, nos termos do art. 93, IX, da CF e dos arts. 11 e 489, §1º, do CPC. É a ausência ou a deficiência da fundamentação que revela o descumprimento.

Observe que não há como controlar o atendimento ao postulado inserido no *caput* do art. 20 da LINDB senão pela análise da fundamentação da decisão. É irrelevante que o julgador tenha considerado *intimamente* as consequências práticas

---

[42] ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. *In*: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 200.

[43] LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. *In*: *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*, ob. cit., p. 29. Essa também é a preocupação de José Vicente Santos de Mendonça (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. *In:* LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 33).

[44] A verdade é que, "não estando claro o critério de valoração, o problema é que o tomador de decisão segue livre para ranquear as consequências à sua maneira" (LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. *In*: *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*, ob. cit., p. 28-29).

[45] POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, *ebook Kindle*, pos. 744. Diz o autor: "*There is no algorithm for striking the right balance between rule-of-law and case-specific consequences [...]. In fact, there isn't too much more to say to the would-be pragmatic judge than make the most reasonable decision you can, all things considered*" (*idem*, pos. 803).

[46] MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, *ebook Kindle*, pos. 2699-2760.

das soluções para o problema jurídico, se essa análise não tiver sido explicitada na fundamentação do pronunciamento.

É por meio da fundamentação que se pode controlar a sua atividade e a ausência ou deficiência na fundamentação pode ensejar a oposição de embargos de declaração (art. 1.022, II, par. ún., II, CPC) e a anulação da decisão não ou mal fundamentada.

5. Conclusão e balanço crítico

É preciso interpretar o art. 20 da LINDB de modo a dar-lhe utilidade e torná-lo apto a produzir normas em conformidade com a Constituição Federal. A sua adequada compreensão é fundamental para a também adequada construção dogmática desse conjunto de normas de aplicação de outras normas jurídicas (conjunto de metanormas).

O propósito desse art. 20 é nobre, mas não deixa de ser curioso que ele pretenda coibir o uso retórico de normas mais abstratas e assim o faça pelo uso de termos também muito abstratos[47], como "valores jurídicos abstratos", "consequências práticas", "necessidade e a adequação da medida" e "possíveis alternativas".

Pior do que isso, o dispositivo confere *status* normativo à concepção teórica – o pragmatismo jurídico – sem que haja uma tradição doutrinária que ilumine a sua compreensão ou jurisprudência que a concretize. O consenso será construído a partir de agora.

Não bastassem essas dificuldades, ainda existem problemas estruturais – como, entre muitas outras coisas, a agenda de trabalho dos julgadores, que impõe restrições de tempo e de material para que decidam casos mais complexos[48] –, que podem servir de obstáculo à plena aplicação do dispositivo, assentada em padrões mínimos de racionalidade e voltada ao efetivo incremento de qualidade da atividade jurisdicional.

Tudo isso faz surgir o risco de o art. 20 funcionar, ao menos por ora, como *fonte de insegurança*, o que não deixa de ser um *paradoxo normativo*.

José Vicente Santos de Mendonça projeta três futuros possíveis para o art. 20 – na verdade, diz ele, *dois futuros e meio*, porque o terceiro fica a meio caminho entre o primeiro e o segundo[49]: a) o primeiro, menos provável, é o futuro em que o art. 20 será plenamente aplicado e as autoridades julgadoras observarão detidamente os seus termos; b) o segundo, mais provável, é o futuro em que o art. 20 será insinceramente cumprido, apenas com mudança da "gramática da decisão", para incorporar uma "retórica de consequências"; c) o terceiro, um meio caminho, de mudança paulatina de cultura, em que, pelo art. 20, "o juiz que buscar 'consequências práticas' para fundamentar seu decisionismo estará sendo educado e constrangido por uma nova gramática".

---

[47] Essa é também a crítica feita por Edilson Vitorelli, em palestra sobre o tema (Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=61x6K67OuFI&feature=youtu.be>. Acesso em: 27, dez 2018).

[48] SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *In: Direito e interpretação:* racionalidades e instituições, ob. cit., pos. 6112.

[49] MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. *In:* MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.); LEAL, Fernando (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo:* consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 31-34.

Ainda assim, o dispositivo não parece ser inconstitucional e, bem aplicado, sobretudo a partir da sua combinação com outros postulados hermenêuticos, pode ser bom e interessante. Se realmente contribuir para a mudança de cultura no trato dos princípios normativos, já terá cumprido bem o seu propósito.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. *In:* SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Jeferson Luiz Camargo (Trad.). 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. *In:* LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV-Rio, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), novembro/2018.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, *ebook Kindle*.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. *In*: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo:* consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, *ebook Kindle*.

SCHUARTZ, Luis Fernando. BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.); MACEDO JR, Ronaldo Porto. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Direito e interpretação:* racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, *ebook Kindle*.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial. Restrições e eficácia.* São Paulo: Malheiros, 2009.

SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-order decisions*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=193848>. Acesso em: 27, dez. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. *In: Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. *In:* LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

Direitos da Personalidade – Nome

IMUTABILIDADE DO NOME DE PESSOA NATURAL

LINCOLN ANTÔNIO DE CASTRO *

Gente Tem Sobrenome **

Todas as coisas têm nome/ Casa, janela e jardim/ Coisas não têm sobrenome/ Mas a gente sim./ Todas as flores têm nome/ Rosa, camélia e jasmim/ Flores não têm sobrenome/ Mas a gente sim./ O Jô é Soares, Caetano é Veloso/ O Ary foi Barroso também/ Entre os que são Jorge/ Tem um Jorge Amado/ E um outro que é o Jorge Bem/ Quem tem apelido/ Dedé, Zacharias, Mussum/ E a Fafá de Belém./ Tem sempre um nome/ E depois do nome/ Tem sobrenome também.// Todo brinquedo tem nome/ Bola, boneca e patins/ Brinquedos não têm sobrenome/ Mas a gente sim./ Coisas gostosas têm nome/ Bolo, mingau e pudim/ Doces não têm sobrenome/ Mas a gente sim./ Renato é Aragão o que faz confusão/ Carlitos é o Charles Chaplin/ E tem o Vinicius que era de Moraes/ E o Tom Brasileiro é Jobim/ Quem tem apelido, Zico, Maguila,/ Xuxa, Pelé e He-man/ Tem sempre um nome/ E depois do nome/ Tem sobrenome também.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Histórico sobre o nome civil. 3. Normas sobre a matéria. 4. Jurisprudência sobre a matéria. 5. Direitos da personalidade e o nome. 6. Nome da pessoa natural. 7. Interesse público e interesse individual. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho resulta de pesquisa sobre a imutabilidade de nome de pessoa natural, mediante levantamento e exame da legislação, doutrina e jurisprudência concernentes ao tema.

---

* Promotor de Justiça aposentado. Mestre em Direito. Professor da La Salle-RJ e da Universidade Federal Fluminense.

** Música de Toquinho e Elifas Andreato, no CD *Canção dos Direitos da Criança*.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 30 (3ª Fase), out./dez. 2008, p. 39-60.

O direito ao nome comporta permanente abordagem teórica, tendo em vista o interesse público presente na matéria em função da sua relevância para o indivíduo, sociedade e Estado. A revisão do tema com nova leitura crítica enseja contribuição para maior compreensão da matéria e aperfeiçoamento do instituto.

O exame histórico revela evolução na doutrina e jurisprudência no tocante à modificação do nome civil de pessoa natural. Tratando-se de instituto jurídico, cumpre verificar sua adequação circunstancial, em função do sistema jurídico que, por sua vez, sofre modificações por força de interferências da realidade econômica e social.

Sabe-se que o nome civil significa concreta individualização da pessoa perante a família, a sociedade e o Estado. Há interesse público no sentido de admitir alteração do nome civil somente em casos restritos, já que a permanência de nome, por ser identificador da pessoa, propicia segurança nas relações jurídicas. Entretanto, por ser o nome também forma de projeção do indivíduo no meio familiar e social, é inegável que se trata de direito da personalidade tutelado em nível constitucional; aliás, como um dos direitos fundamentais do ser humano.

Assim sendo, a alteração do nome civil de pessoa natural envolve compatibilizar o interesse público com o interesse particular, demandando, portanto, investigação sobre a matéria à luz da evolução doutrinária e jurisprudencial.

Como tema central, indaga-se da viabilidade jurídica de alteração do nome de pessoa natural, notadamente para exclusão do nome paterno ou materno, nos casos de o interessado formular motivo particular para justificá-la. A questão torna-se controvertida, por ser a alteração do nome civil admitida apenas em situações restritas.

Tese contrária afirma que "soberana não é a lei, mas a vida". Em questão de direito da personalidade, tal como no caso de nome da pessoa, o juiz ao aplicar a lei há de estar sensível à realidade que o cerca e ao sofrimento do semelhante. Como impor a uma criança ou adolescente, por exemplo, a presença de nome do pai em seu nome, se este abandonou a família ou se tiver praticado algum tipo de violência contra o filho ou filha?

Considera-se estado da pessoa natural a sua qualificação na sociedade, hábil a produzir efeitos jurídicos. O estado da pessoa reflete sua situação jurídica na sociedade, em função dos atributos pessoais que ela ostenta. Modernamente, o estado da pessoa é irrenunciável, inalienável, imprescritível, insuscetível de transação e indivisível. O estado de uma pessoa natural constitui, em si, um valor moral e sem conotação patrimonial. Pode decorrer do estado da pessoa algum resultado econômico, mas tal aspecto patrimonial não integra o estado.

A pessoa natural apresenta-se, durante sua vida, em várias situações jurídicas distintas em decorrência da sua condição social. O registro público, por isso

mesmo, destina-se a perpetuar cada uma das referidas situações, tendo em conta o interesse público e o interesse particular.

2. HISTÓRICO SOBRE O NOME CIVIL

O enfoque histórico indica que o nome, a par de designar o homem, destina-se a distingui-lo dos outros homens. A aderência do nome ao homem permite individualizá-lo. A finalidade de identificação pessoal é uma constante, na adoção do nome. Se, no início dos tempos da aventura humana, bastava um nome simples para individualizar cada pessoa, com a intensificação da vida gregária e diminuição das distâncias, os outros ficaram mais próximos e, por isso mesmo, passou a ser necessária a adoção de nome complexo. Todavia, mesmo na antigüidade, embora então bastasse nome simples para individualizar, não é de se estranhar o costume de, em homenagem aos antepassados, se adicionar palavra indicativa da família de origem.

Conforme lê-se na Bíblia, *Iahweh* determinou que Moisés promovesse "o recenseamento de toda a comunidade dos filhos de Israel, segundo os clãs e segundo as casas patriarcais, alistando os *nomes* de todos os homens, cabeça por cabeça. (....) Os filhos de Israel determinaram a sua *descendência*, segundo os seus clãs e segundo as casas patriarcais, e registraram-se os nomes dos homens de vinte anos para cima, cabeça por cabeça". Assim, determinou-se a descendência dos filhos de Simeão, Gad, Judá, Issacar, Zabulon, Efraim, Manassés, Benjamim, Dã, Aser, Neftali (Números 1:1-54).

Constata-se, no texto bíblico, que o povo hebreu adotava um nome simples, mas se preocupava em identificar a filiação do indivíduo, indicando-a após o nome: "Eis os nomes dos homens que vos assistirão: para Rúben, Elisur, filho de Shedur; para Simeão, Shelumiel, filho de Surishadai; para Judá, Nahshon, filho de Suar..." (Números 1:5-15).

Comparando-se as crenças e normas legais, nas sociedades primitivas de Roma e Grécia, constata-se que a família foi constituída por uma religião primitiva, abrangendo os seguintes aspectos: casamento, autoridade paterna, linhas de parentesco, direito de propriedade e de sucessão. Em momento posterior, também a religião e as leis formaram uma associação mais ampla, que foi a cidade, disciplinando-a de igual perspectiva. As instituições tiveram como fonte a família primitiva, sofrendo o direito privado antigo substancial influência das crenças religiosas que vigoraram nas famílias antigas. Com o passar do tempo, porém, operou-se profunda alteração nas relações sociais, repercutindo no desaparecimento ou transformação de crenças antigas. Assim, também, o direito privado transformou-se substancialmente.

Na sociedade antiga totalmente influenciada pela religião primitiva, vigorava o dogma de que cada deus tutelava só uma família ou cidade. Tal religião era

fonte do direito, no sentido de que o culto religioso de antepassados determinava as relações entre os homens, a propriedade, a herança, o processo, o governo através do pai na família, ou do rei e magistrado na cidade. Identifica-se parentesco entre dois homens quando lhes eram comuns: os mesmos deuses, o mesmo lar e o mesmo banquete fúnebre. O direito de oferecer sacrifícios, em louvor e benefício dos antepassados falecidos, sempre ascendentes apenas em linha masculina, transmitia-se de homem para homem.

Considerava-se *gens* a família que se mantinha ao longo do tempo, perpetuando-se o seu culto e o seu nome. Família antiga era a *gens*, desde que mantivesse a unidade ditada pela religião; consequentemente era amparada pelo antigo direito privado.

Fustel de Coulanges, ao focalizar o nome nas sociedades antigas, esclarece ser natural que os membros de uma mesma *gens* usassem então o mesmo nome patronímico:

> "O uso dos patronímicos data dessa antigüidade e se relaciona abertamente com a velha religião. A união de nascimento e de culto indica-se pela unidade do nome. Cada *gens* transmitia, de geração em geração, o nome do antepassado e perpetuava-o com o mesmo cuidado que demonstrava para com o culto. O que os romanos denominavam com propriedade *nomen*, era o nome do antepassado obrigatoriamente trazido por todos os descendentes e todos os membros da *gens*. Chegou a época, porém, que cada ramo, tornando-se independente sob certos aspectos, marcou a sua individualidade adotando o sobrenome (*cognomen*). Contudo, como cada pessoa devia sobressair-se por sua denominação particular, cada qual recebeu assim o seu *agnomen*, como Caio ou Quinto. Todavia, o verdadeiro nome era o da *gens* porque este era o oficialmente usado, este era sagrado, porque era o nome que, remontando ao primeiro antepassado conhecido, devia durar tanto quanto a família e os seus deuses. O mesmo acontecia na Grécia; romanos e helenos parecem-se muito neste pormenor" (*A Cidade Antiga*, tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca, 8ª edição, Rio de Janeiro, Ediouro, 1999, p. 76).

O povo romano adotava: *praenomen*, característico personativo para designar a pessoa; *nomen gentilicium*, que era indicativo de sua *gens*; *cognomen*, que era indicativo de sua família; *agnomen*, para conferir distinção ou honraria.

A adoção de nomes de santos foi resultante da tentativa gregoriana de atrelar a identificação das pessoas a aspectos religiosos ou devocionais. A imaginação criadora levou o povo a criar costume de escolher nomes em função de simpatias filosóficas, políticas, profissionais, revolucionárias, entre outras. É interessante destacar que hoje são editados livros com sugestões para nome de filho, explicando-se o sentido, a origem ou formação da palavra indicativa de prenome.

Fustel de Coulanges explica como, na composição do nome, a indicação da família (nome patronímico ou de família) deu lugar ao prenome (nome individual, de batismo):

> "É digno de nota que a história dos nomes seguiu, entre os antigos, caminho totalmente diverso do trilhado pelas sociedades cristãs. Na Idade Média, até o século XII, o nome verdadeiro foi o de batismo, ou nome individual, e os patronímicos só surgiram bem mais tarde, como nomes de terra, ou como sobrenomes. Entre os antigos deu-se exatamente o contrário. Essa divergência relaciona-se, se a observarmos bem, com as diferenças existentes entre as duas religiões. Para a antiga religião doméstica, a família era o verdadeiro corpo, o verdadeiro ser vivo, do qual o indivíduo se tornava tão somente membro inseparável: assim o nome patronímico foi o primeiro em data e o primeiro em importância. A nova religião, pelo contrário, reconheceu no indivíduo vida própria, liberdade completa, independência inteiramente pessoal e não lhe repugnou de modo algum isolá-lo da família: assim sendo, o nome de batismo foi o primeiro e, durante muito tempo, o único nome do homem" (*A Cidade Antiga*, cit., p. 76).

Atualmente, adota-se o nome composto no sistema legal brasileiro. Do nome destaca-se o prenome para designar o indivíduo. Destaca-se também o nome patronímico que caracteriza a família. O nome patronímico costuma ser transmitido de geração em geração, mediante manutenção só do nome paterno nos nomes dos descendentes, geralmente; em alguns casos dá-se a continuação mediante conjunção de nome materno e paterno.

Adotam-se registros públicos em qualquer civilização, assim entendidos as medidas destinadas à preservação de dados pessoais das pessoas integrantes de uma sociedade. A manutenção de assentamentos sobre o estado das pessoas, ao longo de suas vidas, fundamenta-se no interesse individual e no interesse público.

O registro público moderno tem como origem costume dos padres cristãos durante a Idade Média, que faziam registros de batismo, casamento e óbito de fiéis, objetivando controle de dízimos. Dada a insuficiência de tais assentamentos, que tinham apenas fins religiosos, no tocante ao nascimento, casamento e óbito de todos os cidadãos, cresceu a necessidade de o Estado implantar registros públicos adequados às necessidades públicas.

No Brasil, tentou-se introduzir registro civil com a previsão, no art. 17, § 3º da Lei nº 686, de 6 de setembro de 1850, no sentido de se autorizar a regulamentação da matéria; mas o regulamento expedido pelo Decreto nº 798, de 18 de janeiro de 1852, teve sua implantação sobrestada por outro decreto de 29 de janeiro de 1852.

Pela Lei nº 1.144, de 11 de setembro de 1861, regulamentado pelo Decreto nº 3.069, de 17 de abril de 1863, criou-se o registro de casamento para os acatólicos, isto é, pessoas que não se filiavam à religião oficial do Império.

Com o advento da Lei nº 1.829, de 9 de setembro de 1870, regulamentada pelo Decreto nº 9.886, de 7 de março de 1888, promoveu-se a organização do Registro Civil no Brasil. O Decreto nº 10.044, de 22 de setembro de 1888, determinou o início da vigência do regulamento a partir de 1º de janeiro de 1889. Cuidou-se de regulamentar o novo registro como prova de nascimentos — contendo-se menção à idade, nome e filiação das pessoas naturais — bem como o registro de casamentos e óbitos.

Proclamada a República, o casamento civil foi instituído como o único reconhecido oficialmente, tendo o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, prescrito o registro das solenidades do ato para fins de sua prova.

O Código Civil Brasileiro de 1916 continha normas que se restringiam a determinar o registro de dados essenciais relacionados com o estado das pessoas. Foi promulgado o Decreto Legislativo nº 4.827, de 7 de fevereiro de 1924, reorganizando os registros públicos. Pelo Decreto nº 18.542, de 24 de dezembro de 1928, a matéria foi novamente reorganizada.

Com o Decreto-lei nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, cuidou-se de regulamentar, minuciosamente, os registros de natureza civil. Conforme art. 180 do Decreto-lei nº 4.857/39, os nascimentos serão inscritos no registro civil das pessoas naturais, comportando-se averbação no registro das alterações ou abreviatura dos nomes. No art. 117 do Decreto-lei nº 4.857/39, permitia-se ao juiz admitir que o interessado justifique, ouvindo-se o Ministério Público, a necessidade de suprir falta, restaurar ou retificar registro de pessoa natural que contiver erro, engano ou omissão, com vista à adoção de providência requerida.

No anterior Código de Processo Civil (Decreto-lei nº 1.608, de 18/09/1939), estava disciplinado o processo de averbações ou retificações do registro civil, merecendo destacar os seguintes aspectos: a demanda envolveria restauração, suprimento ou retificação de assentamento (nascimento, casamento, ou óbito) no Registro Civil (art. 595); Ministério Público seria sempre ouvido, cabendo-lhe, ou a qualquer interessado, impugnar o pedido (art. 595); julgado procedente o pedido, a sentença conteria indicação precisa dos fatos ou circunstâncias objeto do mandado para abertura de novo assentamento (restauração), ou retificação do registro existente (retificação), sendo omisso o texto legal quanto à hipótese de suprimento (art. 596); poderiam ser rediscutidos, em nova ação, os fatos constitutivos do objeto do mandado judicial de restauração, suprimento ou retificação de assentamento, por não se sujeitarem à formação da coisa julgada (art. 597); "quando de sentença resultar a mudança de estado civil de qualquer das partes, o juiz expedirá mandado para a necessária averbação no Registro Civil" (art. 598); somente mediante ação judicial, regra geral, promover-se-ia a retificação de registro relativo a filiação legítima ou ilegítima (art. 599).

Atualmente, vigora a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que disciplina os registros públicos de natureza civil.

3. NORMAS SOBRE A MATÉRIA

Em nível constitucional, os direitos da personalidade encontram proteção no art. 5º da Carta Magna, inserido no Capítulo I ("Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos") do Título II que versa sobre os "direitos e garantias fundamentais". No Título I, que fixa os princípios fundamentais, a Constituição Federal estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático do Direito e tem como fundamentos, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Interessa também apontar na Constituição Federal as normas que tratam da família, criança e adolescente, e da filiação, a saber: a família é base da sociedade, e tem especial proteção do Estado; o casamento é civil e gratuita a celebração; casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei; para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento; como entidade familiar, também, entende-se a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher; o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio; Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226).

"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (art. 227). "A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente" (art. 227, § 4º). "Os filhos, havido ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (art. 227, § 6º). Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229).

O Código Civil Brasileiro (Lei nº 3071, de 1º de janeiro de 1916 — em vigor em 1º de janeiro de 1917) — foi bastante econômico na disciplina do nome da pessoa natural, bem como em matéria de registro civil, em geral.

Na Parte Geral deste Código Civil, focalizando o Livro I — Das Pessoas, destacava-se os seguintes textos legais: "Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil" (art. 2º); "A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro" (art. 4º); "A existência da pessoa natural termina com a morte" (art. 10, primeira parte). De acordo com o art. 12 do Código Civil, serão inscritos em registro público: I — os nascimentos, casamentos, separações judiciais, divórcios e óbitos; II — a emancipação por outorga do pai ou mãe, ou por sentença do

juiz (art. 9º, parágrafo único, I); III — a interdição dos loucos, dos surdos-mudos e dos pródigos; IV- a sentença declaratória da ausência.

No art. 348 do Código Civil Brasileiro constava que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro".

A Lei nº 3.764, de 25 de abril de 1960, estabelecia rito sumaríssimo para retificações no registro civil de pessoa natural. Somente no caso de o juiz entender que o pedido de retificação exige maior indagação, ou quando o pedido for impugnado pelo Ministério Público, caberá processar-se a retificação na forma da lei processual. Já na Lei nº 9.245, de 26.12.95, prevê-se adoção do rito sumário (art. 275 do CPC) a qualquer causa até então submetida ao procedimento sumaríssimo por força de lei especial, como é o caso.

No Código Penal Brasileiro encontramos normas que sancionam: registro de nascimento inexistente, parto alheio como próprio, ocultação ou substituição de recém-nascido, sonegação de estado de filiação, registro de filho de outrem como próprio (arts. 241, 242 e 243).

Na Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), comportam destaque os seguintes textos legais: "A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família" (art. 7º, *caput*).

No artigo 5º da mesma Lei de Introdução, consta admirável princípio: "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigência do bem comum". Na Lei dos Juizados Especiais, também, consta que "o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum" (art. 6º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995). De acordo ainda com o art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13/07/90), "na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

No tocante ao nome de estrangeiro, cabe citar os arts. 30, 31 e 43 da Lei nº 6.815, de 19/08/1980, que dispõem: o estrangeiro admitido na condição de permanente, de temporário, ou de asilado, é obrigado a registrar-se no Ministério da Justiça, e a identificar-se pelo sistema datiloscópico (art. 30); "O nome e a nacionalidade do estrangeiro, para o efeito de registro, serão os constantes do documento de viagem" (art. 31); "O nome do estrangeiro, constante do registro (art. 30), poderá ser alterado: I — se estiver comprovadamente errado; II — se tiver sentido pejorativo ou expuser o titular ao ridículo; ou III — se for de pronunciação e compreensão difíceis e puder ser traduzido ou adaptado à prosódia da língua portuguesa"; " os erros materiais no registro serão corrigidos de ofício"; "a alienação decorrente de desquite ou divórcio obtido em país

estrangeiro dependerá de homologação, no Brasil, da sentença respectiva" (art. 43, *caput* e §§).

Conforme art. 395 do Código Civil de 1916, o pai, ou a mãe, perderá por ato judicial o pátrio poder quando: castigar imoderadamente o filho; deixá-lo em abandono; praticar ato contrário à mora e aos bons costumes.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê-se quanto ao pátrio poder: aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (art. 22); a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder (art. 23); a perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22 do ECA (art. 24). Quanto ao direito ao respeito, consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais (art. 17 do ECA). É dever de todos, no tocante à dignidade da criança e do adolescente, pô-los a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (art. 18 do ECA).

A Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (LRP), dispõe sobre os Registros Públicos, visando à autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos; cabendo focalizar, nesta oportunidade, dispositivos legais que tratam do registro civil das pessoas naturais. No Registro Civil de Pessoas Naturais serão registrados os fatos e atos jurídicos mencionados no art. 29 da Lei nº 6.015/73, tendo sempre em vista a norma do art. 227, § 6º, da Carta Magna.

Quanto ao registro de nascimento, o respectivo assento deverá conter, entre outros dados: o nome e o prenome, que forem postos à criança; os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais; os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos (art. 54 da LRP).

Se o declarante não indicar o nome completo do registrando, lançar-se-á adiante do prenome escolhido o nome do pai, e, na falta, o da mãe, se forem conhecidos e se for o caso. Não podem ser registrados prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores (art. 55 LRP).

No primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, o interessado pode alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa (art. 56 LRP).

Posteriormente, qualquer alteração de nome, somente por exceção e motivadamente, ouvido o Ministério Público, terá de estar autorizada por sentença judicial, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa (art. 57 da LRP).

O prenome será definitivo, admitindo-se, porém, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Pode também ser substituído o prenome, em razão de

fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por força de sentença judicial (art. 58 LRP). Em se tratando de prenome igual para gêmeos ou irmãos, caberá promover inscrição com duplo prenome ou nome completo diverso, de modo que possam distinguir-se (art. 63 LRP).

Nos arts. 109 a 113, a Lei de Registros Públicos trata de retificação, restauração e suprimento em registro civil de pessoa natural. Somente mediante ordem judicial, ouvindo-se o Ministério Público e interessados, será possível promover-se a retificação, suprimento, ou restauração de assentamento no Registro Civil das Pessoas Naturais. Julgado procedente o pedido, expedir-se-á mandado para que seja lavrado, restaurado ou retificado o assentamento, indicando-se com precisão os fatos e circunstâncias que devam ser retificados, e em que sentido, ou os que devam ser objeto de novo assentamento (art.109).

No tocante à correção de erros de grafia, poderá ser promovida no próprio cartório onde se encontrar o assentamento, no caso de decisão judicial favorável sobre requerimento do interessado, ouvindo-se o Ministério Público (art. 110). O procedimento torna-se mais complexo no caso de impugnação do Ministério Público, ou se o magistrado entender que a retificação envolve questão que exige maior indagação (art. 110, § 4º).

Em se tratando de filho havido fora do matrimônio, os arts. 59 e 60 da Lei de Registros Públicos prevêem que não será lançado nome do pai sem que este expressamente autorize. Com fundamento na Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, cabe ao escrivão do Registro Civil remeter ao Juiz dados sobre o suposto pai, que será convocado para reconhecer voluntariamente o filho; e se não fizer, com base nos referidos dados o Ministério Público promoverá ação de investigação de paternidade.

4. JURISPRUDÊNCIA SOBRE A MATÉRIA

No Recurso Especial nº 66.643-SP (Registro nº 95.0025391-7), em 21 de outubro de 1997, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, resolveram conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, constando do Acórdão a seguinte ementa:

> "Civil. Registro público. Nome civil. Prenome. Retificação. Possibilidade. Motivação suficiente. Permissão legal. Lei 6.015/73, art. 54. Hermenêutica. Evolução da doutrina e da jurisprudência. Recurso provido. I — O nome pode ser modificado desde que motivadamente justificado. No caso, além do abandono pelo pai, o autor sempre foi conhecido por outro patronímico. II — A jurisprudência, como registrou Benedito Silvério Ribeiro, ao buscar a correta inteligência da lei, afinada com a 'lógica do razoável', tem sido sensível ao entendimento de que o

> que se pretende com o nome civil é a real individualização da pessoa perante a família e a sociedade."

Examinando o texto do referido acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em que figuram Paulo Ernesto Vampré Batelli como recorrente e o Ministério Público do Estado de São Paulo como recorrido, consta do relatório que o Tribunal de Justiça de São Paulo, reformando sentença:

> "(...) indeferiu pedido do recorrente de alteração do seu nome, sob o fundamento de que os patronímicos de família não podem ser excluídos do nome civil e assinalando que o simples fato de o pai ter abandonado a criação do requerente desde cedo não seria motivo suficiente para a pretendida alteração."

No recurso especial, o recorrente alegou "violação do art. 56 da Lei de Registros Públicos, sustentando ser possível a alteração do nome, com exclusão do patronímico paterno, porque se sente exposto ao ridículo e ressentido ao saber que em seu nome repousa patronímico do pai, pessoa que não conhece e nunca viu, conforme havia sido salientado na decisão de primeira instância". O recorrente — Paulo Ernesto Vampré Batelli — pretendia excluir a partícula "Batelli" referente ao nome do pai, que nunca foi presente em sua vida desde tenra idade; afirmando ainda que se sente exposto ao ridículo e que jamais foi conhecido como "Paulo Batelli", mas sim como "Paulo Vampré", nome da mãe.

O Relator, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, proferiu brilhante e judicioso voto que comporta ser destacado em várias passagens no presente estudo. Afirma que o art. 57 da Lei de Registros Públicos (LRP) admite alteração do nome civil desde que com base em motivo bastante para tanto e que se faça pela via judicial. A melhor doutrina adapta-se às situações concretas de cada caso, "sempre fiel à dinâmica do Direito e da própria vida, arte de conduzir os homens" na feliz expressão de Ripert, mais rica que as nossas teorias. Lembrando pensamento de Sá Pereira, segundo o qual "soberana não é a lei, mas a vida", o douto Relator confirma a "necessidade do aplicador da lei ser sensível à realidade que o cerca e às angústias do seu semelhante".

No âmbito do Direito material — continua o eminente Relator — tem-se abolido a interpretação gramatical da lei, "procurando o máximo de integração sistemática e teleológica para substituir o já ultrapassado rigorismo legal. É, em última análise, a aplicação da doutrina da 'lógica do razoável', admiravelmente desenvolvida por Recassens Siches, que entre nós encontra ressonância na norma do art. 5º da Lei de Introdução".

Destaca na tese apresentada por Benedito Silvério Ribeiro, no 1º Simpósio Nacional de Serviços Notariais e Registrais, a seguintes passagem: "(...) a jurisprudência vem dando a correta interpretação ao art. 58 da LRP: o que se pretende com o nome civil é a real individualização da pessoa perante a família e a sociedade" (in Análise do Casos que Implicam Alterações no Registro Civil, *Revista Anoreg*, 1996, pág. 136). Com fundamento no referido pronunciamento, o

Relator conclui que, se o nome é o traço característico da família, o recorrente tem razão ao pretender a retirada do patronímico, pois restou afirmado na sentença que seu pai nunca foi presente, nunca deu assistência moral ou econômica a ele ou a sua mãe.

Destaca também a lição do Prof. PAULO LÚCIO NOGUEIRA "a fundamentação de que o julgador não deve se entregar ao seu conceito pessoal, mas sim ao exame das razões íntimas e psicológicas do portador do nome, que pode levar uma vida atormentada, abre realmente perspectivas para uma corrente liberal na alteração de prenomes, apesar da regra de sua imutabilidade" (in *Questões Cíveis Controvertidas*, 3ª edição, Sugestões Literárias, p. 87). Embora no caso concreto não cuide de alteração de prenome, o Relator busca na lição acima luzes para acolher o argumento do recorrente no sentido de que se sente exposto ao ridículo e ressentido por repousar em seu nome o patronímico paterno.

Fechando o voto, o Relator tem como justificada a pretensão do recorrente, reputando violado o art. 57 da Lei de Registros Públicos, embora não indicado nas razões recursais. À luz do princípio de que o Direito deve adequar-se à vida, profetiza a evolução da jurisprudência no sentido de acolher pretensão de alteração de prenome, embora guarde regra fechada de imutabilidade, em caso de *transexualidade*.

5. DIREITOS DA PERSONALIDADE E O NOME

De acordo com o art. 1° da Carta Magna, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem, entre outros fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. A República Federativa do Brasil reger-se-á nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4°, inciso II). Percebe-se que o valor do ser humano traduz-se juridicamente no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, realizando-se independentemente da comunidade, grupo ou classe social a que pertença. Conforme texto constitucional, 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.

Para o jurista JOSÉ AFONSO DA SILVA, "a expressão direitos fundamentais do homem são situações jurídicas (objetivas e subjetivas) definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana". Os direitos fundamentais têm natureza constitucional, apontando-se neles as seguintes características: historicidade; inalienabilidade; imprescritibilidade e irrenunciabilidade (in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5° edição, Editora Revista dos Tribunais,1989, pp.160/163).

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana pode funcionar também como cláusula "aberta", no sentido de respaldar o surgimento de "no-

vos direitos" não expressos no regime da Constituição Federal de 1988, mas nela implícitos em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados internacionais em que o Brasil seja parte signatária. Com efeito, o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal preceitua que 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".

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, Pacto de San Rose da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, prevê que toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais, ou a de um deles (art. 18).

San Tiago Dantas informa que, no Direito Romano, havia a *actio injuriarum* para tutelar a personalidade humana, qualquer que fosse o aspecto pelo qual ela fosse lesada. Foi principalmente a doutrina germânica, modernamente, que construiu uma categoria à parte de direitos, tendo como objeto os bens da personalidade. Para aquele doutrinador, os direitos da personalidade têm as seguintes características: absolutos, pois prevalecem em face de todos, *erga omnes*; inestimáveis, pois não têm um equivalente exato em dinheiro; inalienáveis, pois não se transmitem de nenhum modo; imprescritibilidade (in *Programa de Direito Civil — Teoria Geral*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 154/155).

Com relação ao direito ao nome, San Tiago Dantas, caracterizando-o como direito da personalidade, ensina que o "Código Civil Brasileiro não regulamentou o direito ao nome, pois isto parecia desnecessário ao Clóvis Beviláqua, visto que, na sua opinião, o nome já estava suficientemente protegido com aquelas normas jurídicas que impedem alguém usurpar a personalidade alheia, fazer-se passar por outrem. Mas a verdade é que o direito ao nome cada dia se impõe mais à consciência dos juristas como uma categoria autônoma dos direitos da personalidade. É, realmente, um atributo do homem, que ele precisa defender de todos os modos, pois que por ele se identifica a sua personalidade e a usurpação dele por outrem pode trazer as mais graves conseqüências, tanto patrimoniais como morais. Não podemos levar a proteção ao nome ao ponto de impedir que uma pessoa adote o nome de outra, mas pode-se levá-la ao ponto de impedir que uma pessoa que tenha um nome tome para certos fins, mesmo lícitos, o nome de uma terceira. Quer dizer que precisamos dar uma proteção específica ao nome, pois não basta a regra que proíbe o estelionato, impedindo que uma pessoa tome o nome de outra pessoa para cometer um ato ilícito, é preciso proteger mesmo a usurpação do nome inocente, pois que existe aí a apropriação de um bem que está na personalidade de outra pessoa" (ob. cit., p. 156).

No que concerne ao registro público, San Tiago Dantas aponta dois princípios fundamentais, o da fé pública e o da continuidade dos assentos, esclarecendo os "assentos devem ser contínuos, quer dizer que todos os atos relativos ao estado civil de uma pessoa devem guardar entre si uma continuidade capaz de mostrar que se referem todos a uma mesma pessoa. (.....). Qual é, porém, o ponto

fundamental para essa continuidade? É o nome. O nome do indivíduo é aquilo que o identifica na vida civil. Nós só sabemos que o fulano que se casou hoje é o mesmo que nasceu há tantos anos atrás, ligando as duas personalidades, porque existe um nome. O nome é, portanto, aquilo que assegura ao homem a continuidade da sua vida jurídica. É graças à permanência, à fixidez do nome, que podemos imputar a um indivíduo hoje a consequência de fatos que ocorreram anteriormente;(....). Isso mostra que a continuidade do nome é o ponto fundamental e uma das máximas básicas do registro civil" (ob. cit., p. 146).

Para o mestre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, o nome civil é "elemento designativo do indivíduo e fator de sua identificação na sociedade, integrando-se à personalidade, individualizando a pessoa e indicando a grosso modo a sua procedência familiar" (in *Instituições de Direito Civil* I, 13ª edição, Rio de Janeiro, Forense, p. 168). Em outra obra, afirma que "o direito ao nome tem merecido a atenção dos juristas de todos os tempos, recebendo a destacada sustentação pelos modernos, como um direito da personalidade" (in *Direito Civil, Alguns Aspectos da sua Evolução*, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 27). No tocante aos direitos da personalidade, afirma: "Os direitos da personalidade, como categoria, são considerados como inerentes à pessoa humana, independentemente de seu reconhecimento pela ordem positiva. São igualmente inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, e como tais oponíveis *erga omnes*" (ob. cit., pp. 25/26).

Ao tutelar os direitos fundamentais do homem, a Constituição Federal expressa situações jurídicas sob os aspectos subjetivos e objetivos, privilegiando a dignidade e liberdade da pessoa humana. Tais direitos ostentam as características de inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade.

Sobre os direitos de personalidade, PONTES DE MIRANDA chegou a expressar que: "com a teoria dos direitos de personalidade, começou para o mundo nova manhã do direito" (in *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, tomo VII, 4ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, p. 6).

Os direitos de personalidade são a base de todo o sistema jurídico, por serem essenciais à pessoa humana. São direitos intransmissíveis e irrenunciáveis. Com base na doutrina, os principais direitos de personalidade são os seguintes: direito à vida, à integridade física e psíquica; direito às partes destacadas do corpo e sobre o cadáver; direito à liberdade; direito à honra, ao resguardo e ao segredo; direito à identidade pessoal (nome, título e sinal pessoal); direito à verdade; direito à igualdade formal e direito à igualdade material prevista constitucionalmente; direito moral do autor.

Quanto aos *direitos de personalidade* que guardam correlação com os direitos morais de autor, destacam-se: o direito à *honra;* o direito ao *nome;* e o direito à *imagem.* À luz do art. 24 da Lei nº 9.610, de 1998, consideram-se *direitos morais do autor, entre outros:* " o de ter seu *nome*, pseudônimo ou sinal convencional indica-

do ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra." O *nome* possibilita identificar, ou individualizar, o ser humano no meio social. A Lei nº 9.610/98 ainda estabelece que "autor é a pessoa física criadora da obra literária, artística ou científica" (art. 11); "para se identificar como autor, poderá o criador da obra literária, artística ou científica usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou de qualquer outro sinal convencional" (art. 12).

Segundo R. Limongi França, consideram-se direitos da personalidade "as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções". O direito ao nome caracteriza-se como um dos direitos à identidade. De acordo com a moderna doutrina, o direito à identidade insere-se no direito à integridade moral, consubstanciando-se na identidade social, familiar e pessoal.

6. NOME DA PESSOA NATURAL

O nome tem importância ou significação para a pessoa natural que o ostenta. Já foi entendido que o nome é a expressão de um direito de propriedade, ou um dever que toca a todos adotar ao nascer. Os pais dão assim nomes a seus filhos, por força de norma legal.

Na Idade Média, comumente se usava ajuntar ao nome de batismo o nome próprio do pai, visando distinguir pessoas diferentes. A prevalência dos nomes bíblicos iniciou-se a partir de forte corrente reformista da Igreja, pelo estudo da Bíblia.

Para os povos indígenas, o parentesco baseia-se nos laços de sangue e na função social. Os tupis, por exemplo, observavam a descendência patrilinear.

Modernamente, retomou-se a adoção do nome complexo, e entre nós adota-se o composto, em que o nome passa a ser composto de prenome (nome próprio ou de batismo) e do nome patronímico (sobrenome, nome de família, apelido). Vê-se que a palavra *nome* é empregada em sentido amplo, indicando o nome completo, por se tratar de elemento individualizador da pessoa natural. Nome é, portanto, sinal identificador da pessoa natural no seio da sociedade e da família.

O *prenome* é o nome que antecede o de família, servindo como designação do indivíduo. Pode ser simples (Pedro, Paulo), ou duplo (José Carlos).

O *nome patronímico*, característico de sua família, é transmissível hereditariamente, ou pela continuação nos descendentes do nome paterno ou pela combinação do materno e do paterno.

Portanto, o nome é constituído de dois elementos: o prenome ou nome próprio e o patronímico ou nome de família.

No Código Civil brasileiro, dentre os 11 (onze) artigos que constituem o capítulo intitulado "Dos Direitos Da Personalidade", há quatro artigos que se referem direta ou indiretamente ao nome da pessoa.

Um dos mais importantes é o art. 16 ao dispor que "toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o nome patronímico".

No Código Civil de 1916 o legislador ora usa a expressão nome, significando nome por inteiro, ora emprega os termos nome e prenome como no art. 240 do CC, ou ainda, nome e sobrenome conforme o art.1.039 revogado pela Lei de Arbitragem.

O nome não é protegido em si mesmo, mas sim enquanto se encontra indissoluvelmente ligado à personalidade do portador. Assim, o art. 17 nos mostra que "o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações que a exponham ao desprezo público ainda quando não haja intenção difamatória".

Já o art. 18 impede que o nome seja utilizado para fins comerciais sem a autorização do titular estipulando que "sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial".

Seu uso, porém, é permitido em várias hipóteses independentemente de autorização como por exemplo em obras científicas e culturais e nas críticas literárias.

Ainda no capítulo Dos Direitos Da Personalidade, o artigo 19 considera que "o pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome".

7. INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE INDIVIDUAL

O nome tem um aspecto público, na medida em que o Estado tem interesse na perfeita identificação de cada pessoa natural. O aspecto individual do nome reflete o poder de usá-lo e defendê-lo contra usurpação ou agressão; sob o prisma do Direito Privado o nome é essencial para o exercício regular dos direitos e das obrigações.

Conforme a teoria do abuso do direito, o direito só será admitido no interesse particular de seu titular quando coincidir com o interesse social. Se, por algum motivo, o titular do direito subjetivo vier a exercê-lo de forma contrária à finalidade social, não se caracterizará a licitude deste exercício. Desta forma, embora o nome seja um direito da personalidade ligado diretamente ao íntimo de cada pessoa como sinal distintivo e designativo, é também, o nome, matéria de interesse público.

Pressuposto do relacionamento social, o nome civil refere-se à necessidade de conhecer e localizar a pessoa no meio em que vive, conferindo-lhe, de um lado, a individualização que o ser humano exige, e de outro, segurança à coleti-

vidade quanto às interações de que participe. Assim sendo, sob o prisma do Direito Público o Estado encontra no nome fator de estabilidade e segurança para identificar as pessoas. O interesse público, quanto ao direito ao nome, relaciona-se com a adoção do nome para registro da pessoa natural (Lei 6.015/73, arts. 54 e 55), sendo a matéria de registro de interesse do Estado. Em razão dos princípios inerentes ao registro público, determina-se a imutabilidade do prenome (Lei 6.015/73, art. 58), salvo exceções expressamente admitidas.

O aspecto particular do nome compreende a faculdade de usá-lo e defendê-lo. Usar o nome consiste em se fazer chamar por ele; defendê-lo consubstancia, através de ação cível ou criminal, o poder de agir contra quem o usurpe ou, de um modo, expõe a pessoa ao desprezo público ou recusa-se a chamar o titular por seu nome. O nome gera a prerrogativa de reivindicá-lo quando é negado; a hipótese mais freqüente de reivindicar o nome se observa na ação de investigação de paternidade.

De qualquer forma, é de vital importância a compreensão da doutrina eclética que visa a fusão do dever social com o direito subjetivo, estabelecendo a obrigação de usar, conservar, e manter o nome como dever em relação à sociedade e reconhecendo o direito subjetivo do titular protegido pelo Direito Civil a impedir o uso indevido do nome por terceiros.

Aponta-se a insuficiência das técnicas do direito privado para a tutela dos direitos humanos. Os direitos humanos constituem mecanismos de proteção do indivíduo em face do Estado. À luz do texto do Código Civil, o direito civil rege as pessoas, os bens e as relações jurídicas de ordem privada, tendo como base a autonomia da vontade. Com a crescente ingerência do Estado na esfera privada, a autonomia da vontade cede espaço às normas de ordem pública, eliminando-se assim o campo das normas dispositivas.

As garantias fundamentais do indivíduo, por essa razão, estão a merecer nítida tutela em normas do direito público, tendo em conta a própria tutela constitucional. A proteção dos direitos humanos deve ser analisada sob o ponto de vista interdisciplinar, buscando a harmonização das fontes nacionais e supranacionais.

Modernamente, identifica-se colisão de direitos fundamentais e outros valores constitucionais, destacando-se a tradicional contraposição de interesses da comunidade e interesses individuais.

Os princípios jurídicos propiciam interpretação das normas constitucionais. No caso de ocorrência de confronto entre dois ou mais princípios jurídicos, a respectiva solução "deve levar em conta o peso ou importância de cada princípio, a fim de se escolher quais deles, no caso particular, prevalecerão ou sofrerão menos constrição do que os outros" (cf. Edilsom Pereira de Farias, in *Colisão de Direitos*, Porto Alegre, Fabris Editor, 1996).

Os princípios têm origem no sistema jurídico positivo: os princípios são expressamente previstos pelo direito positivo (princípios explícitos ou positivos); ou resultam do sistema mediante interpretação e aplicação das normas jurídicas (princípios implícitos, ou princípios gerais de direito).

Princípios constitucionais são os que se encontram explicitados como normas da Constituição, funcionam como normas constitucionais obrigatórias e vinculantes para os destinatários. Os princípios ostentam assim funções interpretativas e normativas de conduta.

A pessoa humana é estimada como o mais eminente de todos os valores. Juridicamente, o valor da pessoa humana expressa-se no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. "Este assegura um *minimum* de respeito ao homem só pelo fato de ser homem, uma vez que todos homens são dotados de igual dignidade e o respeito à pessoa humana realiza-se independentemente da comunidade, grupo, ou classe social a que a mesma pertença" (ob. cit., p. 151).

Previsto na Carta Magna (art. 1º), como princípio constitucional explícito, "o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana constitui a fonte jurídico-positiva e propicia unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais" (ob. cit.). Assim, todos os princípios fundamentais, que explicitam os direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal, expecificam e densificam o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, conforme Edilsom Pereira de Farias, os direitos fundamentais são concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Historicamente, os denominados Direitos Humanos surgiram nos séculos XVII e XVIII. Inseridos na Constituição, os direitos humanos transmudam-se de meras reivindicações políticas para normas jurídicas; são os consagrados direitos fundamentais (arts. 5º ao 17 e Título VIII da CF).

Citando ainda Edilsom Pereira de Farias, na obra retromencionada cumpre destacar a seguinte passagem:

> "No exercício dos direitos fundamentais, é freqüente o choque entre os mesmos ou confronto desses direitos com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Tal fenômeno é o que a doutrina tecnicamente designa de colisão de direitos fundamentais. Haverá colisão entre os próprios direitos fundamentais (colisão entre os direitos fundamentais em sentido estrito) quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Sucede a colisão entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais, quando interesses individuais (tutelados por direitos fundamentais) se contrapõem a interesses da comunidade, reconhecidos também pela constituição, tais como: saúde pública, integridade territorial, família, patrimônio cultural, segurança pública e outros.

> Verificada a existência de reserva de lei na constituição para pelo menos um dos direitos colidentes, o legislador poderá resolver a colisão de direitos fundamentais comprimindo o direito ou direitos restringíveis (sujeitos a reserva de lei), respeitando, é claro, os limites das restrições. Tratando-se de colisão entre direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei, a solução fica por conta da jurisprudência, que realiza a ponderação dos bens envolvidos, visando a resolver a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo. Nessa tarefa, pode guiar-se pelos princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, dentre outros, fornecidos pela doutrina." (ob. cit., p. 155).

Há interesses pertinentes à sociedade e não aos particulares; consagrando-se dois princípios quanto aos ditos interesses públicos: princípio da indisponibilidade do interesse público; supremacia do interesse público sobre o interesse privado. No direito público moderno, é proclamado o princípio da supremacia do interesse da coletividade, prevalecendo sobre o interesse particular até mesmo para garantir a permanência deste.

O direito ao nome, como direito à identidade e assim direito da personalidade, envolve interesse particular fundamental, a ser compatibilizado com o princípio do interesse público, que se traduz no interesse do Estado exercer controle sobre o uso do nome como sinal distintivo das pessoas. Na colisão desses dois interesses, tem-se presente a colisão entre direito fundamental da pessoa humana e outro valor juridicamente reconhecido.

Solucionando a colisão dos dois princípios em foco, o legislador teve o cuidado de determinar, em regra, a imutabilidade do nome da pessoa natural; admitindo a alteração em casos excepcionais enumerados legalmente. É a lei que determina a quebra da imutabilidade do nome da pessoa natural. Entretanto, a nível jurisprudencial os tribunais realizam a "ponderação dos bens envolvidos, visando a resolver a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo".

8. CONCLUSÃO

Do exposto, cabe destacar sinteticamente algumas conclusões sobre a questão da imutabilidade do nome da pessoa natural no sistema jurídico brasileiro.

O novo Código Civil, o que não ocorre no anterior, expressamente prevê que toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o nome patronímico, estendendo-se a proteção ao pseudônimo, consagrando-o como um dos direitos da personalidade.

O nome é sinal identificador da pessoa no seio da família ou da sociedade. Entenda-se como prenome, o nome individual, primeiro nome ou nome de batismo, que pode ser escolhido livremente pelos pais desde que não exponha a pessoa a ridículo. O sobrenome é o nome patronímico ou nome de família, nele

figurando tão-somente o nome paterno ou materno ou uma composição de ambos. Nome patronímico identifica a origem da pessoa, indicando sua estirpe ou filiação.

O direito ao nome figura como um dos direitos da personalidade. O nome adere à pessoa, sendo assim atributo da personalidade. Trata-se de direito absoluto, pois a ele corresponde dever de todos (oponível erga *omnes*). Enquanto no direito real o objeto é bem exterior à pessoa dele titular; no direito da personalidade o objeto está na própria pessoa do titular. O direito ao nome, por ser direito da personalidade, tem como características: irrenunciabilidade; imutabilidade; inalienabilidade; obrigatoriedade; inestimabilidade; oponibilidade *erga omnes*.

A imutabilidade do nome atende ao interesse público, já que o nome é meio de individuação da pessoa, distinguindo-a dos demais. Por essa razão, o nome é um dos sinais identificadores da pessoa, que figuram nos documentos públicos ou particulares, por força de registros públicos de interesse da sociedade em geral e do Estado.

A imutabilidade do prenome resulta do fato de sua continuidade ou permanência intacta ser de relevância social. A imutabilidade do nome patronímico tem raízes históricas, na medida em que representa a projeção da família e da filiação, como fatores morais e sociais da inserção da pessoa como membro integrante da Sociedade.

Juridicamente, o nome, a par de significar importante forma de individuação da pessoa no meio social, há de ser considerado atributo da personalidade, devendo representar também para seu titular a projeção do seu íntimo na realidade. O titular deve gostar do seu nome, sendo-lhe assegurado, aliás, modificar o prenome, desde que não prejudique o nome patronímico, no primeiro ano após a maioridade (art. 56 da Lei de Registros Públicos).

A imutabilidade do nome está consagrada nos textos legais: a do nome patronímico no art. 56 da Lei de Registros Públicos (LRP); a do prenome no art. 58 da mesma Lei. A alteração do prenome ou do nome patronímico, portanto, somente se admite em caráter excepcional.

Quanto ao prenome, admite-se sua substituição por apelido público notório, desde que não se adote apelido proibido legalmente (art. 58 da LRP). Prenome pode ser alterado também nos casos de evidente erro gráfico; quando expor a ridículo o titular do nome (arts. 55 e 110 da LRP); tradução de nome estrangeiro; adoção plena ou estatutária.

Quanto ao nome patronímico, a regra tradicional da imutabilidade do nome vem sendo quebrada paulatinamente, em textos legais, tais como: no caso de adoção plena ou estatutária (ECA, art. 47, § 5º); no casamento; na adoção civil; no reconhecimento de filho; no concubinato; na separação judicial e no divórcio. Partindo do texto do art. 57 da Lei de Registros Públicos, que prevê alteração judicial do nome "por exceção e motivadamente", destacam-se as hipóteses de

homonímia e de inclusão de alcunha ou apelido. Com maior razão, justificável seria a exclusão de nome paterno ou de nome materno, alterando-se assim o nome patronímico, quando se demonstrar que fatos desagradáveis (*v.g.* abandono quando criança; violência física ou sexual) trouxeram ao titular do nome sentimento íntimo desfavorável à manutenção do nome patronímico.

9. BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Aurélio Wander. O Habeas Data e a Proteção da Privacidade Individual – recuperação histórica da evolução conceitual e constitucional no Brasil. Artigo publicado na JurisPoesis – *Revista dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá* (outubro/dezembro de 1999), Ano I, nº 2, Rio de Janeiro.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. vol 1.

DANTAS, São Tiago. *Programa de Direito Civil*, Parte Geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Fabris Editor; 1996.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1964 .

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos. *Direito civil, das pessoas, dos bens, e dos atos jurídicos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Vol. 1. 34ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. 1. 30. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições do direito civil*. Campinas: Boockseller, 1999, atualizada por Paulo Roberto Benasse.

SILVA, José Afonso da. Curso *de Direito Constitucional Positivo*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

VIANA, Marco Aurelio S. *Curso de direito civil*. Vol. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil, teoria geral, introdução ao direito romano*. São Paulo: Atlas, 1999.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol.1. Introdução e Parte Geral. 8ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

A "MUDANÇA DE SEXO" E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS: BREVES NOTAS

The "sex change" and their juridical implications: short notes

EMERSON GARCIA *

Resumo: Após constatação de que o transexualismo é uma patologia, gerando uma situação de ruptura entre o sexo psíquico e o biológico, seguiu o reconhecimento da licitude das cirurgias de transgenitalização, o que tem ensejado não poucos debates em torno da possibilidade de o Poder Público ser compelido a custeá-las e dos efeitos que a "mudança de sexo" produzirá no registro civil das pessoas naturais. A análise crítica dessas polêmicas, tendo como pano de fundo o princípio-mor da dignidade da pessoa humana, é o objetivo dessas breves linhas.

Abstract: After the verification that the transsexualism is a pathology, generating a situation of rupture between the psychic sex and the biological sex, it followed the recognition of the licitness of the transgenitalization surgeries, that has resulted in many debates around the possibility of the Public Power to be compelled to finance them and of the effects that the "sex change" will produce in the natural people's civil registration. The analysis of those controversies, keeping as backdrop the principle of the human dignity, is the objective of those short lines.

Palavras-chave: dignidade humana; mudança de sexo, trangenitalização

Keywords: human dignity; sex change, trangenitalization.

---

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça (2005-2009). Assessor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro da *International Association of Prosecutors* (The Hague – Holanda)

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 37 (3ª Fase), jul./set. 2010, p. 71-87.

SUMÁRIO: 1. Aspectos gerais do transexualismo. 2. A dignidade humana e os seus elementos estruturais. 3. A permeabilidade axiológica da dignidade humana. 4. A cirurgia de transgenitalização e o seu oferecimento pela rede pública de saúde. 5. Reflexos da "mudança de sexo" no registro público. Epílogo.

1. Aspectos gerais do transexualismo

O sexo da pessoa humana é normalmente determinado de acordo com quatro referenciais de análise: os cromossomos, as gônadas (ovários ou testículos), os hormônios e as características sexuais, primárias ou secundárias. Os dois primeiros não podem ser substituídos - mas as gônadas podem ser retiradas -, os dois últimos sim. Enquanto os hormônios podem ser alterados com relativa facilidade, as características sexuais, mais especificamente as primárias, apresentam alguma complexidade: o grande desafio é o de lograr êxito, em termos de aparência e correto funcionamento, na alteração anatômica da genitália. Nesse particular, enquanto a alteração do gênero masculino para o feminino, apesar de difícil, tem sido realizada com maior frequência, o contrário tem se mostrado particularmente complexo, não só em termos de aparência, como em relação ao regular funcionamento.

Conquanto não possa ser considerada uma expressão unívoca, "mudança de sexo", para os fins de nossa exposição, consiste na alteração das características físicas aparentes, por meio de processo cirúrgico, de modo que o indivíduo se assemelhe às pessoas que possuem o sexo oposto. A cirurgia não incursionará no plano genético, sendo precipuamente direcionada a substituir o órgão genital existente por aquele que caracteriza o sexo oposto[1]. Intervenções dessa natureza permitem que as características comportamentais do agente, que se coadunam com aquelas inerentes ao sexo oposto, se ajustem à sua aparência física. À medida que os fatores físico e psíquico tornem-se convergentes, aumenta a possibilidade de efetiva inserção no ambiente social, nem sempre caracterizado pela tolerância e pelo respeito ao próximo.

O transexualismo, que afeta os homens em maior intensidade que as mulheres, tem sido visto como patologia, originária de falhas cromossômicas ou

1. Nos homens, é realizada a secção do pênis e do escroto, com posterior construção da vulva; a supressão do pomo de Adão e a inserção de prótese de silicone, formando o busto feminino. As mulheres, por sua vez, recebem um pênis, normalmente de silicone e, em regra, com funcionalidade apenas estética.

desequilíbrios hormonais, que impõem uma ruptura aparentemente definitiva entre a identidade psíquica e a realidade física[2]; pode se manifestar tanto na infância, como na fase adulta, havendo estudos, inclusive, que sugerem a possibilidade de o seu delineamento se principiar no curso da própria gestação. O transexual, face à resistência endógena, já que o indivíduo não aceita a si próprio, e à constante discriminação exógena, sendo conhecidas as dificuldades de inserção social de um homem que deseja ser mulher ou de uma mulher que almeja ser homem, tende a assumir uma postura isolacionista, o que, não raro, coloca em risco a sua própria vida, sempre ameaçada pela sombra do suicídio.

Em decorrência das peculiaridades dessa patologia, que tem raízes no plano psíquico e somente encontra lenitivo nas profundas modificações a serem promovidas no plano físico[3], sendo confundida, com relativa frequência, com meros distúrbios da sexualidade, tem sido comum a resistência, no ambiente social, ao reconhecimento de sua gravidade e do verdadeiro martírio que acomete o seu portador.

E o que é mais grave, a resistência costuma se transmudar em indiferença quando contextualizada no âmbito do Poder Público, que nem sempre oferece o apoio necessário a quem dele necessita. Em verdade, sempre foram comuns as tentativas de enquadrar os responsáveis pelas cirurgias de transgenitalização na tipologia do art. 129, § 2º, III, do Código Penal, que trata da denominada *lesão corporal gravíssima*[4], o que reflete uma evidente confusão entre a ofensa à integridade física e a terapia voltada ao restabelecimento do equilíbrio físico e psíquico. Na atualidade, o reconhecimento de que o transexualismo configura uma patologia e que a intervenção cirúrgica é o método adequado ao seu enfrentamento, a um só tempo, conferem ao indivíduo irrestrito poder de decisão[5] e afastam a responsabilidade penal do médico.

A República Federativa do Brasil não conta com legislação específica voltada ao transexualismo, quer em relação aos fatores que permitem a sua individualização, quer em relação ao tratamento a ser realizado. Somente em

---

2. Cf. CHAVES, Antonio. Direito à vida e ao próprio corpo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 141.
3. Os tratamentos puramente psicológicos mostram-se absolutamente ineficazes em relação ao transexual, que se mostra irredutível em sua pseudo-identidade com o sexo oposto, não coopera e rejeita a terapia. Cf. SUTTER, Matilde Josefina. Determinação e mudança de sexo – aspectos médico-legais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 115; e DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 3ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 290.
4. Cf. FRAGOSO, Heleno Claudio. Transexualismo: cirurgia: lesão corporal, *in Revista de Direito Penal* nº 25/25, 1979.
5. Código Civil, art. 13, *caput*: "*[s]alvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes*". Face à unidade existencial do ser humano, parece evidente que a "exigência médica" referida no preceito pode estar associada tanto à preservação da incolumidade física, como à psíquica.

1997 o Conselho Federal de Medicina[6] aprovou, em caráter experimental, a realização de "*cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo.*" Essa norma, não obstante emanada de um conselho de fiscalização profissional, pode ser considerada um verdadeiro divisor de águas na realidade brasileira, sendo decisiva para a compreensão de que o transexualismo efetivamente constitui uma patologia e que a intervenção física é indispensável à estabilização psíquica do indivíduo[7]. Nessa linha, havendo livre manifestação de vontade do transexual, que age nos estritos limites de sua privacidade[8], o médico que intervêm no tratamento dessa patologia age no plano da licitude, no exercício regular de sua profissão, o que torna dispensável a solicitação de autorização judicial, quer para simplesmente legitimar, quer para determinar a sua realização[9].

---

6. Resolução nº 1.482/1997, art. 1º. Em momento anterior à iniciativa do Conselho Federal de Medicina, o Congresso Nacional chegou a aprovar o PL nº 1.909-A, que acrescentava um § 9º ao art. 129 do CP ("*Não constitui fato punível a ablação de órgãos e partes do corpo humano, quando considerada necessária em parecer unânime de Junta médica e precedida de consentimento expresso de paciente maior e capaz*"), sendo o texto, ao final, vetado pelo Presidente da República, o Gal. João Baptista Figueiredo. A temática voltou a ser abordada no PL nº 70-B, de 1995, que, além de inserir um § 9º ao art. 129 do CP, promovia alterações no art. 58 da Lei nº 6.015/1973, permitindo a alteração do prenome, quando realizada intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário, e exigindo que a condição de transexual fosse declinada no registro de nascimento e no documento de identidade.
7. Em acórdão que bem retrata o entendimento prevalecente nos tribunais até 1997, assim se manifestou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "*[a] cirurgia pretendida que não é corretiva e tem efeito mais psicológico, mesmo porque o sexo biológico e somático continua sendo o mesmo, não é permitida em nosso País. Ainda que devendo o transexual ser tratado com seriedade, com acompanhamento médico desde a infância, e mesmo sabendo que em outros países essa cirurgia é realizada, não se pode autorizar a sua efetivação*" (3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 596103135, rel. Des. Tael João Selistre, j. em 12/09/1996). O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, do mesmo modo, decidiu que "*[a] mudança aparente, ou seja, exteriormente, de órgãos genitais, em virtude de operação cirúrgica, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não implica em transformar um homem numa mulher, metamorfose que a natureza não admite e a engenharia genética ainda não logrou atingir*" (4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1992.001.06087, rel. Des. Marden Gomes, j. em 04/03/1993).
8. Esse entendimento tem sido acolhido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão: *BVerfGE* 49, 286-297; 60, 123-134; 116, e 243-264. Cf. JARASS, Hans D. e PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*, 10ª ed., München: Verlag C. H. Beck, 2009, p. 75.
9. O Tribunal de Justiça de São Paulo examinou a questão em seus exatos termos: "*Registro Civil. Assento de nascimento. Alteração. Pedido de retificação de nome e alteração de sexo no registro civil c. c. autorização para cirurgia de reatribuição sexual. Inviabilidade. Transexualismo que reclama tratamento médico que só pelo especialista pode ser deliberado. Admissibilidade da cirurgia de transgenitalização mediante diagnóstico específico e avaliação por equipe multidisciplinar, por pelo menos durante dois anos (CFM, Resolução 1 652/02). Apelante inscrito e em fila de espera para o tratamento, que deve ser definido pela equipe multidisciplinar, independentemente de autorização judicial, por se tratar de procedimento médico, competindo ao médico a definição da oportunidade e conveniência. Recorrente que, por ora, é pessoa do sexo masculino. Alteração no registro civil que poderá ser tratada oportunamente após resolvida, no âmbito médico, a questão de transexualidade.*" (10ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 4174134500, rel. Des. Carvalho Viana, j. em 09/10/2007).

Em 2002, foi editada nova normatização, a Resolução nº 1.652/2002, que autorizou a realização da *"cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo"*[10] e, em caráter ainda experimental, a do *"tipo neofaloplastia"*[11].

Ambas as resoluções do Conselho Federal de Medicina tinham como destinatários exclusivos os *"transexuais"*, assim considerados aqueles que apresentassem *"(1) desconforto com o sexo anatômico natural; (2) desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; (3) permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; (4) ausência de outros transtornos mentais"*[12]. O que distingue o transexual do homossexual e do travesti é a incontível aversão psicológica, em caráter continuado, ao próprio sexo, o que justifica, sob o prisma médico, a submissão a intervenções cirúrgicas e a tratamentos hormonais com o objetivo de alterar os seus órgãos genitais externos e, consequentemente, assegurar a sua integridade psíquica e, porque não, física, evitando atentados à própria vida. O homossexual e o travesti, de modo diverso, não apresentam idêntica resistência à própria identidade sexual: o primeiro prefere manter relações sexuais com pessoas do mesmo sexo; o seu órgão genital, longe de ser um empecilho à felicidade, é a verdadeira fonte do seu prazer; o segundo, por sua vez, que pode ser homossexual ou heterossexual, obtém prazer ou segurança ao adquirir a aparência de pessoa do sexo oposto, o que se dá com o recurso a roupas e adereços.

A partir dessas breves premissas de caráter propedêutico, abre-se um extenso leque de problemas afetos à situação jurídica do transexual. Há um direito subjetivo à mudança de sexo, de modo que seja possível compelir o Poder Público a realizá-la?[13] O transexual que apresente evidentes características do sexo oposto, mas que não se submeteu à cirurgia para a alteração do sexo anatômico inato, pode pretender a alteração do seu registro civil, de modo que ele corresponda aos contornos de sua personalidade e ao papel que desempenha no ambiente social? Admitindo-se a alteração do registro público, com ou sem cirurgia, quais são os limites a serem observados (*v.g.*: alteração apenas do prenome ou do próprio sexo inicial; menção ao sexo antigo no próprio registro, etc.)?

Cremos que a solução dessas questões e de outras mais que possam surgir no ambiente social será necessariamente influenciada pelo referencial de dignidade humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil[14].

---

10. Resolução nº 1.652/2002, art. 1º.
11. Resolução nº 1.652/2002, art. 2º.
12. Resolução nº 1.652/2002, art. 3º.
13. Cf. VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à adequação de sexo do transexual. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, p. 22-23, set./out. 1996.
14. CR/1988, art. 1º, III.

2. A dignidade da pessoa humana e os seus elementos estruturais

Com os olhos voltados à essência da pessoa humana e à projeção dessa essência na realidade, quer em sua individualidade, quer na inter-relação com a sociedade ou o Estado, é possível identificar dois elementos estruturais da dignidade que lhe é característica. O primeiro deles consiste na própria existência do ser humano, enquanto ser vivo e racional, que deve estar protegido de qualquer ameaça que possa comprometer a sua continuidade, quer essa ameaça provenha de ações (*v.g.*: atentados à integridade física), quer de omissões (*v.g.*: indiferença ao estado de penúria). O segundo elemento se manifesta na forma de ser humano ou, mais especificamente, na possibilidade de ser ou fazer algo. A liberdade, enquanto critério de formação e expressão da capacidade intelectiva, é inerente ao ser humano num estado de natureza, não podendo sofrer restrições que atentem contra a sua base axiológica ou descaracterizem por completo a capacidade de determinação e decisão. A referência à "*dignidade da pessoa humana*" é naturalmente excludente das pessoas jurídicas, que poderão figurar como sujeitos de inúmeros direitos, mas não possuirão propriamente uma *dignidade* a ser protegida. No outro extremo, toda e qualquer pessoa humana possui dignidade.

A inserção do homem na sociedade e a sua necessária submissão aos comandos das estruturas estatais de poder não permitem o desenvolvimento de liberdades amplas e irrestritas, isto sob pena de se inviabilizar a liberdade alheia, com o consequente comprometimento do bem comum. As restrições, no entanto, devem observar os balizamentos traçados pelo texto constitucional e não ultrapassar a medida do necessário à salvaguarda dos bens e interesses correlatos. Em qualquer caso, como afirmou o Papa João Paulo II, na Encíclica *Veritatis Splendor*, de 6 de agosto de 1993, nunca se pode aviltar ou contrariar a dignidade humana, ainda que nobres sejam os objetivos (nº 92): afinal, não é lícito alcançar o bem com a prática do mal (nº 80).

Ainda em meados do século XX não era incomum que alguns atributos inerentes à espécie humana fossem enquadrados sob a epígrafe dos direitos da personalidade. Adriano de Cupis, em sua festejada monografia[15], já realçava a existência de direitos destinados a dar conteúdo à personalidade; seriam direitos essenciais, sempre sujeitos à "*sensibilidade*" do ambiente social, o que poderia conduzir à sua expansão ou retração, vale dizer, mudando a consciência moral, muda o modo de ver a pessoa no seio da sociedade, o que, por via reflexa, também faz mudar os direitos considerados essenciais para a personalidade; seriam direitos inatos, protegidos universalmente pelos ordenamentos jurídicos modernos (nas palavras do autor: "*gli ordinamenti*

15. *I Diritti della Personalità*, Milano: Giuffrè, 1950, p. 18-22.

giuridi moderni hanno subito costantemente, può dirsi universalmente, la pressione delle idee sociali relative all'essenzialità dei diritti: tanto che si è discorso di uma communis opinio esistente al riguardo, espressione di uma comune voluntà immanente in ogni ordinamento giuridico"). Em momento anterior, ressaltara Rui Barbosa[16] que "*a minha pessoa não é sómente a entidade physica de minha individualidade, é, igualmente, o complexo de todos os direitos de que a minha existencia necessita, a minha existencia moral e a minha existencia exterior, a minha existencia privada e a minha existência política; desses direitos é que se compõe a pessoa humana, no estado social*". Reforçando a necessidade de proteção desses atributos, dispõe a Constituição tunisiana de 1959, após a reforma de 2002 (art. 5º, 2ª parte), que o Estado, além de proteger a dignidade do ser humano, deve buscar o desenvolvimento de sua personalidade.

Apesar da referência aos direitos inatos do homem, tanto a Declaração de Direitos da Virginia, de 1776, como a célebre *Déclaration* francesa de 1789, não fizeram referência à dignidade humana; esta última apenas falou em *dignitè* em relação aos cargos governamentais. Somente no século XX, mais especificamente no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (todas as pessoas são "*livres e com a mesma dignidade*"), é que a expressão veio a ser utilizada e, a partir daí, definitivamente incorporada às convenções internacionais de direitos humanos e a inúmeros textos constitucionais.

A proteção da dignidade humana costuma enfrentar uma dificuldade básica, que é a de identificar o que está, ou não, abrangido por ela. Num extremo, corre-se o risco de ver como atentatórias à dignidade humana meras afrontas ao bom gosto e à moral comum; no outro, a de não estender a sua proteção a valores efetivamente basilares da espécie humana. Aqui, retrai-se em excesso; lá, amplia-se ao ponto de amesquinhar. Face à dificuldade conceitual, não é incomum que, a partir das experiências colhidas no ambiente sociopolítico, parcelas características da dignidade humana passem a receber proteção específica, precisando os contornos da violação. É o que se dá, por exemplo, com a proibição da tortura, cuja principal função é preservar aspectos físicos e morais inerentes à dignidade de todo e qualquer ser humano.

A verificação do efetivo respeito à dignidade humana será amplamente influenciada pelas especificidades do caso concreto, sendo extremamente difícil a construção de arquétipos gerais e infalíveis. Referenciais libertários, protegendo a individualidade, a identidade e a integridade; igualitários, afastando a discriminação arbitrária; ou sociais, exigindo um rol mínimo de prestações sociais, com a consequente imposição de deveres prestacionais ao Estado, em muito contribuirão na aferição do respeito pela dignidade

16. Commentarios á Constituição Federal Brasileira, colligidos e ordenados por Homero Pires, vol. II, Do Poder Legislativo, São Paulo: Saraiva & Cia., 1933, p. 365.

humana[17]. Relativamente mais clara será a situação da pessoa que tenha o seu próprio *status* humano aviltado, sendo reduzida à condição de objeto, fórmula que exige um nível mínimo de convergência no ambiente sociopolítico, com o que se evitará que os conceitos pessoais do intérprete a respeito de bom gosto e moral comum sejam superpostos à noção de dignidade humana, suprimindo a autonomia individual. Como atributo inerente à própria noção de humanidade, a dignidade, por natureza, é indisponível, o que afasta a invocação da voluntariedade para justificar a sua violação.

KANT[18] já afirmara que tudo tem um "*preço*" ou uma "*dignidade*": o que tem um preço pode ser substituído por outra coisa equivalente; o que é superior ao preço e não admite equivalente tem uma dignidade. O ser humano, sendo um fim em si mesmo, tem um valor intrínseco, uma dignidade; não pode ser tratado como meio; considerado como pessoa, não como elemento do sistema da natureza, é sujeito de uma razão moralmente prática, estando acima de qualquer preço[19]. Conclui, assim, que "*o respeito que eu tenho pelos outros ou que os outros têm por mim é o reconhecimento da dignidade nos outros homens, bem como que existe um valor, que não tem preço ou um equivalente com o qual se possa substituir o objeto da estima*". A filosofia kantiana, fundada no respeito pelo próximo e no valor intrínseco do ser humano, justifica a insurgência contra a opressão e aponta para a incorreção de práticas como a tortura e o terrorismo, onde o homem é tratado como objeto.

Como observa HÄBERLE[20], a dignidade humana, em muitas Constituições modernas, constitui a premissa antropológica do Estado Constitucional, do direito estatal e, em futuro próximo, do direito internacional; acresce, ainda, que é extremamente difundida, no direito alemão, a repulsa à "*fórmula objeto*", indicativo de que nenhuma pessoa pode servir de objeto à constrição estatal ou social, o que permite, inclusive, seja reconhecida a sindicabilidade de alguns direitos sociais, como o dever de o Estado garantir a assistência social.

3. A permeabilidade axiológica da dignidade humana

Conquanto seja perceptível a paulatina sedimentação dos contornos basilares da dignidade humana, com a correlata identificação de uma tendência ao universalismo, daí resultando a impossibilidade de serem idealiza-

17. FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito (*Autorität und Integration, Zur Gramatik von Recht und Verfassung*), trad. de Elisete Antoniuk, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 315-316.
18. Metafísica dos Costumes, trad. de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
19. Cf. KANT. Metafísica..., p. 392.
20. *Dignità dell'uomo e diritti sociali nelle Costituzioni degli Stati di diritto, in* BORGHI, Marco. *Costituzione e diritti sociali*, Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg, 1990, p. 99 (100).

dos arquétipos locais ou regionais deles dissonantes, é inegável que o desenvolvimento da humanidade não é uniforme e muito menos indiferente aos circunstancialismos de ordem espacial e temporal. Enquanto alguns países alcançam elevados níveis de desenvolvimento humano e social, outros lutam, até o limite de suas forças, para que a própria condição humana não seja negada ao indivíduo. É nesse contexto que se identifica a intensa permeabilidade axiológica da dignidade humana. Ainda que os seus contornos basilares devam ser comuns a todos os povos, é inegável que o maior desenvolvimento de alguns deles enseja o surgimento, no meio social, de uma concepção mais ampla e exigente quanto aos padrões mínimos de liberdade, igualdade e das prestações sociais asseguradas a cada pessoa.

A partir dos valores auferidos no meio social, que refletem a identidade cultural de um povo, verifica-se a retração ou a ampliação do potencial expansivo da dignidade humana, o qual, repita-se, não deve permanecer aquém dos contornos basilares sedimentados na sociedade internacional.

É possível se falar, assim, em "*direitos e deveres essenciais à dignidade humana*", que se integram ao seu núcleo duro, e em "*direitos e deveres complementares à dignidade humana*", que apresentam um conteúdo variável, consoante as circunstâncias de ordem espacial e temporal, e servem de reforço ao núcleo duro[21].

Considerando o atual estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, a diversidade que lhe é inerente e o pluralismo característico de sua ordem jurídica, parece-nos induvidoso que o transexual, acima de tudo, merece amplo e irrestrito respeito: sua disfunção psicológica não deve ser motivo de discriminação[22] ou, pior, de exclusão.

---

21. OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais, vol. I, Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 572.
22. O Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, no Processo C-13/1994, interpretando a Diretiva 76/207/CEE, de 9 de fevereiro de 1976, que versa sobre a igualdade entre homens e mulheres na relação de emprego, decidiu que "*[t]endo em conta o objetivo perseguido pela Diretiva 76/207, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais, e às condições de trabalho, o artigo 5., n. 1, desta diretiva opõe-se à dispensa de um transexual por motivo relacionado com a sua mudança de sexo. Com efeito, dado que o direito de não discriminação em razão do sexo constitui um dos direitos fundamentais da pessoa humana, o âmbito de aplicação da diretiva não pode limitar-se apenas às discriminações resultantes da pertença a um ou a outro sexo. A sua aplicação deve ser extensiva às discriminações que tenham a sua origem na mudança de sexo, uma vez que as mesmas resultam essencialmente, senão exclusivamente, do sexo do interessado, porque despedir uma pessoa porque tem a intenção de sofrer ou sofreu uma mudança de sexo, é aplicar-lhe um tratamento desfavorável relativamente às pessoas do sexo de que era considerada fazer parte antes desta operação*" (P. e S. vs. Cornwall County Council, *European Court Reports*, 1996, p. I-02143).

4. A cirurgia de transgenitalização e o seu oferecimento pela rede pública de saúde

Tratando-se de patologia que gera uma verdadeira agonia existencial, sendo fonte de conflitos internos que podem conduzir à autoflagelação e ao próprio suicídio, é necessário que o Poder Público torne operativa a regra do art. 196 da Constituição de 1988, reconhecendo que a saúde, efetivamente, "*é direito de todos e dever do Estado*", e disponibilize a cirurgia de transgenitalização àqueles que dela necessitem. A dignidade da pessoa humana e a carga axiológica que lhe dá sustentação atuam como fatores de integração da referida norma constitucional, o que permite a imediata exigibilidade daquelas prestações que, por sua essencialidade, integram o núcleo duro da dignidade humana. *In casu*, a tutela à saúde é erigida ao *status* de condição essencial ao pleno desenvolvimento da pessoa, o que lhe confere os contornos típicos de um direito fundamental imediatamente exigível, permitindo o surgimento de situações jurídicas subjetivas[23].

Pretensões dessa natureza, que já encontravam acolhida em decisões isoladas[24], deram os primeiros passos para alcançar o plano coletivo com o acolhimento, em agosto de 2007, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de pedido formulado pelo Ministério Público Federal, no sentido de que a cirurgia fosse disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde[25]. A União, apesar de

---

23. Cf. COCCONI, Monica. *Il Diritto alla Tutela della Salute*, Padova: CEDAM, 1998, p. 63.
24. TJRJ, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2005.001.07095, rel. Des. Joaquim Alves de Brito, j. em 26/07/2005.
25. "*Direito Constitucional. Transexualismo. Inclusão na Tabela Sih-Sus de Procedimentos Médicos de Transgenitalização. Princípio da Igualdade e Proibição de Discriminação por Motivo de Sexo. Discriminação por Motivo de Gênero. Direitos Fundamentais de Liberdade, Livre Desenvolvimento da Personalidade, Privacidade e Respeito à Dignidade Humana. Direito à Saúde. Força Normativa da Constituição. 1 – A exclusão da lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde das cirurgias de transgenitalização e dos procedimentos complementares, em desfavor de transexuais, configura discriminação proibida constitucionalmente, além de ofender os direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, proteção à dignidade humana e saúde. 2 – A proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo protege heterossexuais, homossexuais, transexuais e travestis, sempre que a sexualidade seja o fator decisivo para a imposição de tratamentos desfavoráveis. 3 – A proibição de discriminação por motivo de sexo compreende, além da proteção contra tratamentos desfavoráveis fundados na distinção biológica entre homens e mulheres, proteção diante de tratamentos desfavoráveis decorrentes do gênero, relativos ao papel social, à imagem e às percepções culturais que se referem à masculinidade e à feminilidade. 4 – O princípio da igualdade impõe a adoção de mesmo tratamento aos destinatários das medidas estatais, a menos que razões suficientes exijam diversidade de tratamento, recaindo o ônus argumentativo sobre o cabimento da diferenciação. Não há justificativa para tratamento desfavorável a transexuais quanto ao custeio pelo SUS das cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, pois (a) trata-se de prestações de saúde adequadas e necessárias para o tratamento médico do transexualismo e (b) não se pode justificar uma discriminação sexual (contra transexuais masculinos) com a invocação de outra discriminação sexual (contra transexuais femininos). 5 – O direito fundamental de liberdade, diretamente relacionado com os direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e de privacidade, concebendo os indivíduos como sujeitos de direito ao invés de objetos de regulação alheia, protege a*

ter manejado os recursos extraordinário e especial, deles desistiu, como foi amplamente noticiado pelos meios de comunicação, em julho de 2009.

Após a decisão do Tribunal Regional Federal, mas em momento anterior à desistência dos recursos pela União, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 1.707, de 17 de agosto de 2008[26], instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o "*processo transexualizador*", a ser implantado nas unidades federadas[27]. Acresceu, ainda, que compete à Secretaria de Atenção à Saúde do

sexualidade como esfera da vida individual livre da interferência de terceiros, afastando imposições indevidas sobre transexuais, mulheres, homossexuais e travestis. 6 – A norma de direito fundamental que consagra a proteção à dignidade humana requer a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, ao invés de meio para a realização de fins e de valores que lhe são externos e impostos por terceiros; são inconstitucionais, portanto, visões de mundo heterônomas, que imponham aos transexuais limites e restrições indevidas, com repercussão no acesso a procedimentos médicos. 7 – A força normativa da Constituição, enquanto princípio de interpretação, requer que a concretização dos direitos fundamentais empreste a maior força normativa possível a todos os direitos simultaneamente, pelo que a compreensão do direito à saúde deve ser informada pelo conteúdo dos diversos direitos fundamentais relevantes para o caso. 8 – O direito à saúde é direito fundamental, dotado de eficácia e aplicabilidade imediatas, apto a produzir direitos e deveres nas relações dos poderes públicos entre si e diante dos cidadãos, superada a noção de norma meramente programática, sob pena de esvaziamento do caráter normativo da Constituição. 9 – A doutrina e a jurisprudência constitucionais contemporâneas admitem a eficácia direta da norma constitucional que assegura o direito à saúde, ao menos quando as prestações são de grande importância para seus titulares e inexiste risco de dano financeiro grave, o que inclui o direito à assistência médica vital, que prevalece, em princípio, inclusive quando ponderado em face de outros princípios e bens jurídicos. 10 – A inclusão dos procedimentos médicos relativos ao transexualismo, dentre aqueles previstos na Tabela SIH-SUS, configura correção judicial diante de discriminação lesiva aos direitos fundamentais de transexuais, uma vez que tais prestações já estão contempladas pelo sistema público de saúde. 11- Hipótese que configura proteção de direito fundamental à saúde derivado, uma vez que a atuação judicial elimina discriminação indevida que impede o acesso igualitário ao serviço público. 12 – As cirurgias de transgenitalização não configuram ilícito penal, cuidando-se de típicas prestações de saúde, sem caráter mutilador. 13 – As cirurgias de transgenitalização recomendadas para o tratamento do transexualismo não são procedimentos de caráter experimental, conforme atestam Comitês de Ética em Pesquisa Médica e manifestam Resoluções do Conselho Federal de Medicina. 14 – A limitação da reserva do possível não se aplica ao caso, tendo em vista a previsão destes procedimentos na Tabela SIH-SUS vigente e o muito reduzido quantitativo de intervenções requeridas" (TRF-4ª Região, 3ª Turma, Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS, rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios, DJ de 23/08/2007).

26. DOU de 19/08/2008.
27. Eis a motivação que acompanha a Portaria nº 1.707/2008: "*Considerando que a orientação sexual e a identidade de gênero são fatores reconhecidos pelo Ministério da Saúde como determinantes e condicionantes da situação de saúde, não apenas por implicarem práticas sexuais e sociais específicas, mas também por expor a população GLBTT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais) a agravos decorrentes do estigma, dos processos discriminatórios e de exclusão que violam seus direitos humanos, dentre os quais os direitos à saúde, à dignidade, à não discriminação, à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade; Considerando que a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, instituída pela Portaria nº 675/GM, de 31 de março de 2006, menciona, explicitamente, o direito ao atendimento humanizado e livre de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero a todos os usuários do Sistema Único de Saúde (SUS); Considerando que o transexualismo trata-se de um desejo de viver e ser aceito na condição de enquanto pessoa do sexo oposto, que em geral vem acompanhado de um mal-estar ou de sentimento de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico, situações estas que devem ser abordadas dentro da integralidade da atenção à saúde preconizada e a ser prestada pelo SUS; Considerando a Resolução nº 1.652, de 6 de novembro de 2002, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre a cirurgia do transgenitalismo.*"

Ministério da Saúde a adoção das providências necessárias à plena estruturação e implantação do programa[28], observando-se, em qualquer caso, os balizamentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução nº 1.652/2002[29].

5. Reflexos da "mudança de sexo" no registro público

O registro público, como se sabe, tem como principal funcionalidade, além da eventual função constitutiva, a de assegurar a publicidade de certos acontecimentos de interesse coletivo e, consequentemente, contribuir para a preservação da segurança jurídica. Naquilo que se relaciona ao presente estudo, as atenções se voltam ao registro civil das pessoas naturais, que individualiza a pessoa e o seu estado civil, e mais especificamente a duas informações que contribuem para que esse objetivo seja alcançado: o prenome e o sexo.

Numa visão tradicionalista, seria possível afirmar que o prenome, ressalvadas as exceções contempladas em lei, é, em linha de princípio, imutável[30]; o sexo, por sua vez, assumiria características inatas, não podendo ser alcançado por meras alterações de aparência. Entendimento dessa natureza, como soa evidente, não se harmoniza com o necessário respeito à dignidade humana, da qual se desprendem todos os direitos que protegem e viabilizam a expansão da individualidade física e psíquica inerente a qualquer ser humano.

A inalterabilidade do prenome, como se percebe pela sistemática legal, é meramente relativa; deve se ajustar às exceções expressamente previstas na Lei de Registros Públicos e àquelas que se desprendam da Constituição, que informa e serve de fundamento de validade para toda a ordem jurídica. Ao "mudar de sexo" a pessoa inaugura uma nova fase de sua personalidade, daí decorrendo a imperiosa necessidade de que seja re-individualizada perante si e seus pares. Não há dignidade se a pessoa tem renegado o seu *eu* e é impedida, por razões de ordem patológica, a se integrar ao *nós*, vale dizer, ao ambiente social. Nesse contexto, a autorização judicial para a mudança do prenome decorreria diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, no qual está ínsita a proteção da personalidade individual. À alteração do gênero sexual estendem-se os mesmos argumentos, o que torna igualmente necessária a alteração do sexo originariamente inserido no registro civil, que não mais se harmoniza com a realidade[31].

---

28. Portaria nº 1.707/2008, art. 3º.
29. Portaria nº 1.707/2008, art. 1º
30. Lei nº 6.015/1973, art. 58: "*O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.*"
31. A retificação do prenome e do sexo, no assento de nascimento, após a cirurgia, tem sido acolhida pela jurisprudência: TJRJ, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2005.001.01910, rel. Des. Luis Felipe Salomão, j. em 13/09/2005.

A proposição, no entanto, não é tão simples quanto aparenta ser. Há, ainda, duas outras questões a serem enfrentadas. A primeira consiste em identificar se a cirurgia de transgenitalização é requisito necessário à alteração do prenome e do sexo ou se é possível que uma pessoa que fisicamente ostente as características de um homem, mas que, no plano psíquico, se sinta uma mulher, possa igualmente alterá-los. A segunda diz respeito à necessidade, ou não, de ser inserida alguma observação no registro a respeito da situação anterior da pessoa.

Em prol da possibilidade de alteração do prenome e do sexo mesmo nas situações em que não tenha sido previamente realizada a cirurgia de transgenitalização, argumenta-se que a verdade registral não pode desconsiderar que o transexual vive sob uma evidente contradição entre a forma de seus genitais externos e os aspectos psicológicos que integram a sua personalidade. Ao prestigiar o sexo morfológico e ignorar os aspectos inerentes ao pensamento e ao comportamento da pessoa, o registro civil incorreria em erro, não retratando a verdadeira identidade sexual. Nesse caso, deveria prevalecer o entendimento pessoal do indivíduo em relação ao próprio sexo ou, de modo mais exato, o diagnóstico médico como transexual. O sexo, assim, acompanharia o psíquico, não o físico.

Em que pese tratar-se de entendimento bem intencionado e que se preocupa com aspectos inerentes à personalidade individual, não cremos que pessoa biologicamente normal e pertencente a um gênero sexual bem definido possa ser transposta para outro com embasamento, único e exclusivo, em seus transtornos psíquicos. Entendimento diverso, em verdade, terminaria por fazer que o próprio registro civil fosse acometido dos mesmos males do transexualismo: retrataria o que se sente, não o que é visto na realidade, o que certamente afrontaria a sua funcionalidade, conduzindo-o ao descrédito.

Como afirmamos, a correta compreensão do que está dentro e do que está fora do potencial expansivo da dignidade humana pode redundar em lamentáveis omissões ou em caudalosos excessos. Esse parece ser o caso. Desde o período colonial, avançando pelo Império e continuando sob a República, o sexo biológico, não o psíquico, sempre foi o critério utilizado na individualização da identidade jurídica das pessoas. A uniformidade alcançada por esse critério, ainda que não seja o melhor, certamente contribui para a harmonia e a paz no ambiente social. Admitir que certas pessoas tenham o sexo definido de acordo com padrões biológicos (*rectius*: órgãos genitais de homem ou de mulher, ou ambos, isto no caso de hermafroditismo[32]) e,

32. Estabelecendo a distinção entre hermafroditismo verdadeiro e pseudo-hermafroditismo, observa Carlos Fernadez Sessarego que o primeiro deles é uma síndrome caracterizada pela presença simultânea das gônadas masculina e feminina, o que influi sobre a formação dos genitais

outras, consoante padrões psicológicos, é eliminar um critério objetivo e seguro, utilizado há séculos na aferição dessa característica humana. Se, por um lado, o transexual não está obrigado a se submeter a uma cirurgia que pode colocar em risco a sua incolumidade física, por outro, não há como se considerar ínsito em sua esfera jurídica o direito de ser conhecido por um sexo que mesmo na aparência não ostenta.

No direito alemão, foi editada, em janeiro de 1980, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1981, a *Transsexuellengesetz* (*TSG*)[33], que prevê as situações em que será admitida a troca de prenome (*Änderung der Vornamen*, *TSG*, §§ 1º ao 7º) ou a própria alteração do sexo (*Festellung der Geschlechtszugehörigkeit*, *TSG*, §§ 8º a 12) constante do registro de nascimento (*Geburtregister*). Para ambos os propósitos, a pessoa deve ter no mínimo 25 anos de idade, preencher os requisitos de nacionalidade e apresentar, em razão de sua transexualidade, por no mínimo três anos, o sentimento de que pertence ao sexo oposto[34]. Diversamente da modificação do prenome, a alteração do sexo constante do registro civil está condicionada à prévia realização da cirurgia[35].

Especificamente em relação à alteração de sexo no registro civil, o Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*)[36], interpretando o princípio da dignidade da pessoa humana[37] e a especial proteção que o Estado confere ao casamento e à família[38], decidiu que referida medida não estaria ao alcance de pessoas casadas, enquanto permanecerem casadas, ainda que já submetidas à cirurgia de transgenitalização. A decisão a respeito da cirurgia, por sua vez, se situa na esfera personalíssima do transexual, não estando condicionada à concordância do seu cônjuge[39]. Esse entendimento, à evidência, é perfeitamente aplicável à realidade brasileira.

Resta verificar quais os efeitos das alterações promovidas no registro público em relação às informações preexistentes. Observa-se, de logo, que a op-

---

externos, o aspecto somático e o comportamento psíquico; o pseudo-hermafroditismo consiste na ausência de homogeneidade entre os órgãos genitais externos e o sexo genético; no transexualismo, por sua vez, a anomalia é puramente psíquica, não havendo anomalias nas gônadas ou nos órgãos genitais externos ("*El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares*", *in* Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial nº 56/7, abr.-jun/1991).

33. O título completo é: "Lei sobre a alteração do prenome e a identificação do gênero sexual em casos especiais" (*Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen*).
34. *TSG*, § 1º, (1), 1 a 3 e § 8º, (1) 1.
35. *TSG*, § 8º, (1), 4.
36. 1º Senado, j. em 27/05/2008, 1 *BvL* 10/05.
37. *Grundgesetz* de 1949, art. 1º, 1.
38. *Grundgesetz* de 1949, art. 6º, 1.
39. *BVerfG*, *in Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 08, 433. Cf. JARASS e PIEROTH. *Grundgesetz...*, p. 84.

ção pela coexistência de ambas terminaria por gerar mal maior que aquele que se buscou combater. Afinal, o indivíduo, longe de pacificar os seus conflitos intrínsecos, terminaria por vê-los perpetuados no próprio registro público, que assegura a permanência e a publicidade da informação. No extremo oposto, tem-se que a pura e simples supressão das informações preexistentes, apresentaria dois inconvenientes: (1º) retrataria, como se subsistente desde o nascimento, uma situação que somente surgiu em momento posterior, após a cirurgia de transgenitalização; (2º) comprometeria a segurança jurídica e a legítima confiança que a sociedade costuma depositar sobre o registro público.

Na medida em que o registro público deve retratar a realidade, não é aceitável seja justamente ele a inviabilizar o acesso à informação de que a pessoa, durante parte de sua vida, foi conhecida por nome diverso e considerada pertencente a gênero sexual distinto do atual[40]. Entre o nascimento e a morte, pontos de partida e de chegada da existência humana, há toda uma dinâmica de relações que situam a pessoa no contexto social e permitem o seu reconhecimento; quando tais relações assumem relevância social, passam a ser encartadas no registro público. Nessa linha, considerar originário o que foi adquirido é mentira incompatível com a *ratio essendi* do registro. Uma forma de preservar a funcionalidade do registro e não ressuscitar o abalo psíquico que sempre atormentou o transexual é nele inserir a observação de que os campos *w* e *x*, vale dizer, aqueles referentes ao prenome e ao sexo, foram alterados por força de decisão judicial[41], proferida pelo órgão jurisdicional *y*, no processo z. Embora não se negue que certamente se obteria maior transparência com a anotação do designativo "transexual", cremos que os efeitos deletérios em muito superariam os malefícios a serem obtidos. Afinal, além de estigmatizar o indivíduo, que ostentaria uma marca visível ao olhar mais desatento, ainda romperia com o modelo binário de gênero sexual, dando azo ao surgimento de um *tertium genus*, o que certamente intensificaria a discriminação. O mesmo se diga em relação a outras "técnicas" mais sutis, mas igualmente discriminatórias, como "feminino cirúrgico" ou "masculino construído".

Ainda que num primeiro exame sejamos levados a crer que o prenome e o sexo do indivíduo somente digam respeito a ele, essa conclusão não resiste a uma reflexão mais acurada. Essas informações, conquanto inicialmente ambientadas na intimidade de cada qual, dela se desprendem e assumem relevância coletiva ao constatarmos que podem gerar reflexos sobre a vida e o patrimônio de terceiros. É plenamente factível que terceiros de boa-fé se relaci-

---

40. Cf. CENEVIVA, Walter. Lei dos Registros Públicos Comentada, 15ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 75.
41. Nesse sentido: STJ, 3ª T., REsp. nº 678.933/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 22/03/2007, DJ de 21/05/2007.

onem com o indivíduo única e exclusivamente por acreditarem que ele pertence a um dado sexo; essas pessoas, à evidência, têm o direito de saber se tal pertença é inata ou adquirida. O exemplo mais sugestivo é o daqueles que pretendam contrair núpcias com pessoas que "mudaram de sexo". Seria admissível negar-lhes o direito de saber que o futuro cônjuge possuía nome diverso e, legalmente, ostentava o mesmo sexo que o seu? Toda pessoa tem um passado, que pode ser abonador ou desabonador, o que certamente deve ser objeto de avaliação por parte daqueles que com ele pretendem se relacionar. O total silêncio do registro, no entanto, simplesmente inviabilizaria o acesso, por parte de outros particulares, de uma considerável parcela da vida do antigo transexual.

Não bastassem os argumentos de ordem sentimental ou de pura opção pessoal, ainda merece referência a constatação de que o casamento com o outrora transexual, em regra, tornará inviável a reprodução, isto porque o novo órgão genital raramente alcançará um padrão ótimo de funcionamento. A questão em nada se assemelha à da mulher estéril, como pensou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo acórdão foi corretamente reformado pelo Superior Tribunal de Justiça[42]; afinal, o fato de a mulher não poder procriar é mera contingência, não descaracterizando os seus contornos intatos; por outro lado, no outrora transexual que, na aparência, se transmudou de homem em mulher, tem-se uma limitação imanente.

A solução simplista de afirmar que aquele que se sentir enganado sempre poderá pleitear, no prazo decadencial de três anos, face ao erro essencial em relação à identidade do cônjuge, a anulação do casamento[43], não se afeiçoa ao imperativo respeito aos demais valores constitucionais envolvidos. Esses valores principiam pela pessoa do outro cônjuge, pois também ele possui uma dignidade a ser respeitada, o que inclui o direito de expandir a sua personalidade ao lado da pessoa que melhor se ajuste aos seus sentimentos, à sua maneira de vida e aos seus referenciais de certo e errado. O Estado não pode manter-se ao lado da malícia e do engodo.

---

42. *"Mudança de sexo. Averbação no registro civil. 1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. 2. Recurso especial conhecido e provido"* (STJ, 3ª T., REsp. nº 678.933/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 22/03/2007, DJ de 21/05/2007).

43. Código Civil, arts. 1557, I e 1560, III.

A exemplo do princípio da dignidade humana, também o direito a informação possui estatura constitucional. Nos exatos termos do art. 5º, XIV, da Constituição de 1988, "*é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*". Conquanto deva coexistir com as hipóteses de sigilo, o direito à informação há de prevalecer nas situações que, não dizendo respeito, única e exclusivamente, à intimidade alheia e à subsistência do Estado, possam gerar reflexos diretos na esfera jurídica dos demais componentes do grupamento.

Observa-se, no entanto, que a questão, por vezes, é contextualizada tão-somente na esfera jurídica daquele que logrou êxito em alterar o nome e o sexo, sendo ignorada a funcionalidade do registro público e o potencial interesse da coletividade[44].

Epílogo

O reconhecimento do transexualismo enquanto patologia e a correlata necessidade de o Poder Público possibilitar, àqueles que dela necessitem, a realização gratuita da cirurgia de transgenitalização, é medida necessária e imprescindível à preservação do núcleo duro da dignidade humana. Alteradas as feições anatômicas do órgão genital, é a dignidade humana, mais uma vez, que, à míngua de autorização normativa expressa, direcionará os órgãos jurisdicionais na apreciação do pedido de alteração, no registro civil das pessoas naturais, do prenome e do sexo originários. Na medida em que o registro reflete um referencial de informação e de publicidade, estando necessariamente lastreado nos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, será necessária a averbação, à margem do registro, de observação informando que as alterações foram promovidas por força de ordem judicial.

---

44. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que das certidões do registro público competente não deve constar que a alteração de nome e de sexo é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de redesignação sexual de transexual (3ª T., REsp. nº 1.008.398/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 15/10/2009, Inf. nº 411). No mesmo sentido: "*Processual Civil. Apelação Cível. Transexualismo. Alteração do Nome e Sexo do Apelante em Registro Civil. Jurisprudência Majoritária. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Provimento. I. A apelação deve ser conhecida, pois tempestiva e de acordo com determinações legais. II. Apelante submeteu-se à intervenção cirúrgica para mudança de sexo e possui fenótipo feminino, além de condição psicológica de mulher. III. Princípio da dignidade da pessoa humana tem vertentes na questão da cidadania, da personalidade e da saúde (física e psíquica), possibilitando, com alicerce em jurisprudência majoritária, o provimento do pleito. IV. Em vistas da dignidade e da privacidade do apelante, não se deve fazer averbação da alteração; V. Decisão Unânime*" (TJPA, 3ª Câmara Cível Isolada, Proc. nº 2007.30049340, rel. Des. Leonam Gondim da Cruz Júnior, j. em 05/03/2009, DJ de 09/03/2009).

Cirurgia de Transposição de Sexo. Aspectos Jurídicos Decorrentes de sua Realização

Áurea Pimentel Pereira*

Desde os primeiros tempos da história da humanidade, o homem buscou, na mulher, a figura de sua companheira e parceira, com o objetivo inicial de procriação e mais tarde o de constituição de uma família.

Foi, portanto, um impulso biológico que, originariamente, uniu o homem à mulher, por muito tempo tendo-se mantido imutável essa escolha e opção.

No decorrer do tempo, dita opção passou a sofrer deformações, com o surgimento do homossexualismo, lesbianismo e transexualismo, atualmente já presentes na sociedade brasileira. Tais deformações de conduta foram vistas, inicialmente, como patologias, com raízes no plano psíquico, tendo estado, seus portadores, até o ano de 1994, incluídos na lista internacional de doenças, como portadores de distúrbio mental.

Como lembrou Emerson Garcia, eminente membro do Ministério Público do Estado, em bem lançado estudo jurídico: "A mudança de sexo e suas implicações jurídicas", publicado na Revista da EMERJ, nº 13/2010, páginas 181/201: "O sexo biológico, não o psíquico, sempre foi o critério utilizado na individualização da identidade jurídica das pessoas. A uniformidade alcançada por esse critério, ainda que não seja o melhor, certamente contribuiu para a harmonia e a paz no ambiente social." Assim, o sexo de uma pessoa há de ser definido, de acordo com os padrões biológicos que ostente: masculino ou feminino, sendo inconcebível conceber-se a existência de um *tertius genus*.

Aos marcados por opção, firmemente feita, por sexo diverso do de sua constituição biológica, a ciência médica conceitua como transexuais. O transexualismo como anotou com percuciência Emerson Garcia, em seu artigo jurídico acima citado: "tem sido visto como patologia, originária de falhas cromossômicas ou desequilíbrios hormonais, que impõe uma ruptura aparentemente definitiva entre a identidade psíquica e a realidade física." (*ibidem* , pg.182).

Pela sociedade moderna, todavia, essas opções por uma conduta sexual deformada vêm sendo admitidas, vistas como frutos da livre escolha de seus optantes, reflexo do inconformismo destes com o sexo biológico de sua constituição. Para solução de tão grave conflito de comportamento, passou-se a admitir, então, aos inconformados, a possibilidade de submeterem-se eles a uma cirurgia para a transposição de seu sexo original para o de sua opção.

* Desembargadora do T.J.R.J. Vice-Presidente do Fórum de Estudos Interdisciplinares da EMERJ.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 60 (3ª Fase), abr./jun. 2016, p. 53-58.

Tal cirurgia, denominada de transgenitalização, esteve, no Brasil, durante muito tempo proibida, só a partir de 1997, tendo passado a ser autorizada pelo Conselho Federal de Medicina que, mais tarde, através da Resolução nº 1652/2002, editou regras a serem observadas quando de sua realização, nos casos comprovados de transexualismo.

À época em que tal cirurgia não havia tido, ainda, sua realização autorizada, mas vinha sendo perseguida, em juízo, permissão para sua realização, como lembrou Emerson Garcia, em seu trabalho jurídico, já anteriormente citado, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando do julgamento da Apelação Cível nº 1992.001.06087, de que foi Relator o Des. Marden Gomes, ao desacolher o pedido que fora em tal sentido formulado, fê-lo sob a consideração de que: "a mudança aparente, ou seja, exteriormente, de órgãos genitais, em virtude de operação cirúrgica, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não implica em transformar um homem em mulher, metamorfose que a natureza não admite e a engenharia genética ainda não logrou atingir."

Atualmente, tal tipo de cirurgia já é, normalmente, realizada, autorizada que veio a ser sua efetivação por decisão proferida pela 3ª Turma do T.R.F. da 4ª Região, quando do julgamento da Apelação Cível nº 2001.7100.026279 RS, de que foi Relator o Des. Roger Raupp, que permitiu sua efetivação pelo Sistema Nacional de Saúde (SUS).

Em nossa opinião, contudo, dita cirurgia estaria sendo efetivada em absoluta distonia com princípios constitucionais vigentes e disposições contidas nos Códigos Civil e Penal, senão vejamos:

Com efeito, como é sabido, a cirurgia para mudança de sexo, quando procedida em um homem, envolve a remoção dos testículos, guardando frontal distonia com a norma do parágrafo único do artigo 13 do Código Civil, expressa a estabelecer que: "Salvo por exigência médica é defeso ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes."

Tendo presente os exatos termos da Lei, forçoso é reconhecer, então, que uma cirurgia de remoção de testículos, de natureza indiscutivelmente mutiladora, quando for realizada não por exigência médica, mas por mera opção do paciente, estará sendo, afinal, efetivada com frontal desconsideração a preceito legal, *in casu*, à norma do parágrafo único do artigo 13 do Código Civil pátrio. De outro lado, consumada a mutilação, caracterizada estará a figura penal prevista no inciso III do parágrafo 2º do artigo 129 do Código Penal, que conceitua como lesão corporal grave, a de que tenha resultado a inutilização de membro, sentido ou função.

As mesmas críticas podem ser formuladas, com relação à cirurgia de transposição de sexo, quando realizada em uma mulher, na medida em que dela irá resultar igualmente mutilação, ocorrida quando da retirada das mamas, ao lado de, em certos casos, a aberrante implantação da prótese de um pênis.

Em um e outro caso, pensamos, estar-se-ia, ademais, diante de cirurgia em franco confronto com as regras da moral e bons costumes que o artigo 13 do Código Civil, *in fine* , prevê devam ser sempre preservadas.

Para o profissional médico, ademais, a decisão sobre a realização, ou não, de uma cirurgia para transposição de sexo, além dos aspectos legais referidos, pode se revelar questão tormentosa, exsurgida se e quando grave conflito haja se instalado, em um transexual, entre o seu sexo biológico e o de sua opção, de ordem tal, capaz de conduzi-lo a atitudes extremas, inclusive a eliminação da própria vida (suicídio).

Ao lado de tais questões, parece-nos que se deve por em realce, para discussão quando se tiver de decidir sobre a realização, ou não, de uma cirurgia para transposição de sexo, a necessidade da preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, em sua sadia concepção, como prevista no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 e sua permeabilidade axiológica com as regras de moral e bons costumes, referidas no parágrafo único do artigo 13 do Código Civil.

Sobre a dignidade da pessoa humana como direito subjetivo público, na Carta Magna brasileira erigida em direito fundamental, escreveu Emerson Garcia em precioso artigo publicado na Revista do Ministério Público 2015, pg. 49/69, Edição Comemorativa, já anteriormente citado, advertindo que: "não basta dizer que determinada ação ou abstenção é essencial à dignidade humana. Essa conclusão, por si, é um invólucro destituído de conteúdo. A solidez do discurso pressupõe a possibilidade de sua reconstrução lógico-racional, o que se dará, por exemplo, com a demonstração de que o comportamento está em harmonia com certos padrões institucionais da sociedade (família, religião, etc.)."

Seguindo a esteira desse ensinamento, parece-nos difícil reconhecer que a opção que haja sido feita pela submissão a uma cirurgia para transposição de sexo possa ser aceita e reconhecida como em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, quando tal opção se revela, na verdade, em franco descompasso com as regras de moral e bons costumes e os "padrões institucionais da sociedade (família, religião, etc.)."

De outro lado, discutível se mostra o reconhecimento de que a opção que haja sido por alguém manifestada pela submissão a uma cirurgia de transposição de sexo possa ser vista como apoiada no direito à disposição do próprio corpo, em princípio a todos garantido.

Sobre o exercício do direito à disposição do próprio corpo, algumas considerações merecem ser deduzidas, com a invocação do magistério de Luiz Roldão de Freitas Gomes, em erudito artigo jurídico, publicado na Revista do Ministério Público, Edição Comemorativa, Rio de Janeiro, 2015, que ao discorrer sobre "Direito à vida e sobre o próprio corpo", considerou como atos lícitos de disposição do próprio corpo, entre outros: "não só os da vida cotidiana, como cortar o cabelo e as unhas, sujeitar-se a operações cirúrgicas, ceder sangue para uma transfusão".

"Estes atos e outros", acrescentou o douto jurista, "constituem direitos sobre o próprio corpo e sua prática não lesa direitos alheios, nem ofende os supremos princípios da conservação e utilidade social da moral pública ou os interesses do Estado."

Todavia, advertiu o jurista emérito, inseridos que se encontram, aqueles atos, nos "chamados direitos de personalidade", sendo conceituados como atos lícitos, estão eles: "na esfera de atividade extrajurídica do homem, limitados por imperativos de ordem pública e moral, não contravindo as regras dos *bonos more*." (*ibidem,* p.1025).

Seguindo a linha de tal advertência, possível é, então, a indagação que fazemos sobre se uma cirurgia que se proponha a realização de uma transposição de sexo não estaria em testilhas com as regras de moral e bons costumes, a que todos se encontram submetidos. Em nossa opinião, o confronto com tais regras seria evidente.

Autorizada, todavia, que se encontra, em nosso país, a realização de cirurgia para transposição de sexo a exemplo, aliás, do que vem acontecendo em países outros do mundo, resta examinar, nos limites do tema sobre o qual discorremos, as providências legais que podem ser pela autoridade judiciária deferidas, quando pelos interessados requeridas, sempre em harmonia com dispositivos de lei vigentes.

Com relação às providências legais que podem ser, em princípio, requeridas por parte de quem tenha sido a tal tipo de cirurgia submetido, lembre-se que são, via de regra, as seguintes: Realizada que haja sido uma cirurgia para transposição de sexo, é certo que quem a ela tenha se submetido venha a buscar autorização judicial para ver alterados, em seu registro de nascimento, o prenome original, para o de sua opção, e a indicação do sexo, de modo a adequá-los à sua nova forma física, o que se tem admitido, com a preservação, sempre, da verdade registral original, cujo conhecimento deve-se garantir a terceiros que venham a se relacionar, posteriormente, com quem a tal tipo de cirurgia haja se submetido.

A autorização para a mudança de nome e alteração da designação do sexo em registro de nascimento de quem se submeteu a uma cirurgia de transgenitalização constitui exceção à regra ou princípio da imutabilidade da verdade registral, consagrada no artigo 58 da Lei nº 6015/1973 (redação da Lei nº 9708/1998), por inaugurar contradição com o que originariamente constava do registro, em evidente confronto com a norma do artigo 5º, XIV da Constituição Federal, garantidora do exercício do direito à informação.

Essa questão foi, com percuciência, examinada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando do julgamento da Apelação Cível nº 2817/2004 de que foi Relator o Des. Otávio Rodrigues que só em parte acolheu o pedido formulado por transexual que havia se submetido à cirurgia de transgenitalização para alteração de seu prenome, no Registro Civil, inadmitindo, todavia, a alteração, no registro, da indicação do sexo de masculino para o de feminino que foi considerado inatendível, pena de ofensa às normas dos artigos 226 § 3º da Constituição Federal e 1515 do Código Civil. (Vide ementa do acórdão transcrito no final deste capítulo).

De anotar-se, contudo, que a jurisprudência dos Tribunais de Justiça do País, posteriormente, firmou entendimento, no sentido do acolhimento dos pedidos de alteração de prenome e de designação de sexo, quando formulados por transexual, que haja se submetido à cirurgia de transgenitalização.

Divergência existe, porém, ainda na jurisprudência, com relação a cabimento, ou não, de se fazer constar, no registro de nascimento, averbação noticiando a efetivação das alterações procedidas.

De acordo com o nosso entendimento, acolhidos que venham a ser os pedidos de alteração de prenome e de designação de sexo, em registro de nascimento de um transexual que haja se submetido à cirurgia para transposição de sexo, imperioso será fazer constar, naquele registro, averbação esclarecedora de que as alterações foram procedidas em cumprimento à decisão judicial.

A inserção, em casos tais, nos registros, de uma averbação, será necessária para resguardar terceiros, de boa-fé, do risco de engano, a respeito do conhecimento da verdade registral no documento contida, conhecimento este ínsito no direito à informação, na Carta Magna brasileira, a todos garantido.

No sentido da exigência de uma averbação, se e quando efetivadas tais alterações, em cumprimento à ordem judicial, vem decidindo, com maior frequência, a jurisprudência dos Tribunais de Justiça brasileiros.

Entendimento diferente perfilhou, contudo, o acórdão da 3ª Turma do S.T.J, proferido quando do julgamento, feito em 15/10/2009, do Recurso Especial nº 1008.398/SP, de que foi Relatora a Ministra Nancy Andrighi, que invocando os princípios constitucionais da dignidade e privacidade, da pessoa humana, decidiu pela não efetivação da averbação de alteração de prenome e designação de sexo, feita em registro de nascimento de transexual.

Pode-se dizer, portanto, que sobre essa instigante questão, não existe, ainda nos Tribunais do País, entendimento uniforme, à guisa de ilustração, merecendo ser trazido à colação, o acórdão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferido quando do julgamento, em 26/08/2014, do Agravo de Instrumento nº 70060459930, de que foi Relator o Des. Rui Portanova, que acolheu os pedidos de alteração de prenome e indicação de sexo formulados por transexual, mesmo em caso em que não havia ele se submetido à cirurgia de transgenitalização (vide ementa de acórdão transcrita no final deste capítulo).

Com respeito a essa última decisão, deixamos, contudo, registrada nossa opinião de que as alterações de prenome e de sexo, feitas em registro de nascimento de transexual, mesmo quando não haja ele se submetido à cirurgia para transposição de sexo, não se justificariam, representando, inclusive, para terceiros, quadro de verdadeira insegurança jurídica, ocorrível se é quando, por absoluta desinformação, sobre a verdade registral, sempre possível de ocorrer se e quando viesse, aquele, com o detentor do registro eventualmente se envolver.

Jurisprudência

Ementa: "Mudança de sexo. Averbação no registro civil. 1 – O recorrente quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre para alterar no seu registro a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe

provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminhar ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. 2 – Recurso Especial conhecido e provido. (S.T.J., 3ª T.R. Especial nº 678933. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Publ.D.J. 21/05/2007.

Apelação Cível nº 2817/2004 RJ, T.J. R.J

Relator: Des. Otávio Rodrigues

Ação de Retificação de Registro Civil. Pedido para mudança de sexo de masculino para feminino e também de nome. Requerente que se submeteu à cirurgia para troca de sexo. Sentença julgando extinto o feito. Recurso de Apelação Cível. Reforma Parcial decretada. Código Civil de 2002 em seu artigo 1604, que repetiu o artigo 348, dispõe que: "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro". Embora tenha trazido laudo médico emanado de um cirurgião que realizou a operação para mudança de sexo, bem como um parecer psicológico, o fato é que a prova definitiva teria de ser feita pelo laudo de análise citogenética. Todavia, em nosso entender, apesar do próprio aspecto humanitário, ele não pode ultrapassar os limites legais e constitucionais, diante da vedação em nosso direito de casamento envolvendo pessoas do mesmo sexo (artigo 226 §3º C.F/1988 e mais artigo 1515 do Código Civil de 2002). Assim, dada a situação atual da legislação e mais a necessidade de plena segurança das pessoas em seu negócio jurídico na vida social, a postulação revela-se incompatível. Aceita-se, tão somente, a mudança do nome visando minorar os constrangimentos diante da situação de fato existente. Provimento parcial do recurso.

Agravo de Instrumento nº 70060459930 TJ/RS – 8ª Câmara Cível.

Relator: Des. Rui Portanova Publicação 26/08/2014.

Ementa: Agravo de Instrumento. Retificação de Registro. Mudança de sexo. Ausência de cirurgia de transgenitalização. Constatada e comprovada a condição de transgênero, inclusive já com alteração do nome deferida e efetivada, mostra-se viável deferir a alteração do sexo, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização. Enunciados nºs 42 e 43 da Jornada de Direito da Saúde promovida pelo CNJ. Precedentes. Deram provimento.

LEX
DUCTE
TABUL

Direitos da Personalidade – Integridade Psicofísica

DIREITO
ROMANO

Transplante de órgão e doador falecido sem documento com foto

Organ transplant and deceased donor with no photo ID

José Marinho Paulo Junior*

Resumo

Transplantes de órgãos de doador falecido não dependem de verificação de identidade por meio de documento com foto. De acordo com a legislação brasileira, a identificação pessoal do doador pode ser feita por meio de outros documentos públicos, tais como certidões de casamento ou nascimento. De modo inverso, documentos com fotos podem não ser suficientes para afastar dúvida sobre identidade do doador. Ademais, declaração familiar pode, em determinadas circunstâncias, ser aceita. Interpretação em defesa da Vida. Interpretação constitucional a favor da Vida.

Abstract

Photo ID checks of the deceased donor should not be required for organ transplant procedures. According Brazilian Law, personal identification may be verified by other public documents, such as birth or marriage certificates. Reversely, a photo ID check is not always enough to clarify doubts about donor identity. Furthermore, family statement might be, under certain circumstances, accepted. Pro-life constitutional interpretation.

Palavras-chave: Transplante. Doador falecido. Identificação pessoal. Documento com foto.

Keywords*: Organ transplant. Deceased donor. Personal identification. Photo ID.*

É voz corrente entre inúmeras Coordenações de Transplante de nosso país que a doação de órgão só pode ocorrer mediante prévia apresentação de documento público com foto. A crença comum, no entanto, é de todo equivocada.

Ab initio, tenha-se que a Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências, estabelece, de fato, que: "Art. 6º É vedada a remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas."

* Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista pelo *Justice Institute of British Columbia* (Canadá). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 73 (3ª Fase), jul./set. 2019, p. 173-180.

E o Decreto nº 9.175 de 18 de outubro de 2017, que regulamenta a referida lei, realmente dispõe que:

> Art. 21. Fica proibida a doação de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano em casos de não identificação do potencial doador falecido.
>
> Parágrafo único. Não supre as exigências do *caput* o simples reconhecimento de familiares se nenhum dos documentos de identificação do falecido for encontrado, exceto nas hipóteses em que autoridade oficial que detenha fé pública certifique a identidade.

Aliás, consta do sítio eletrônico da própria Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro que:

> Quem pode e quem não pode ser doador? A princípio, qualquer pessoa pode ser doadora de órgãos e tecidos. Constatado o falecimento, uma avaliação clínica cuidadosa definirá quais órgãos e tecidos estão viáveis para transplante. Lembrando que história previa de hepatite não impede a doação de órgãos e que uma equipe médica irá avaliar cada caso. Indivíduos sem identificação e aqueles que não possuam documento oficial de Identidade com foto não podem ser doadores. Pessoas sem parente maior de 18 anos que possa assinar o Termo de Autorização Familiar não podem ser doadoras. (Disponível em: http://www.transplante.rj.gov.br/Site/Conteudo/Duvidas.aspx#orgaos. Consultado em: 07 maio 2019.)

Cuida-se, em verdade, de conclusão absolutamente incorreta: não há óbice legal ao prosseguimento do procedimento para transplante pelo simples fato de não se localizar documento com foto do doador falecido. O que a lei exige é que o doador esteja identificado[1-2] – com ou sem fotografia. Tudo e apenas isto.

---

[1] Tenha-se que, a rigor, sequer se exige a identificação CIVIL do falecido, mas sim sua IDENTIFICAÇÃO (PESSOAL). De todo modo, ainda quando se interprete o dispositivo para que se limite o transplantes de órgãos de falecidos identificados civilmente (o que parece *ultra legem*), não haverá o óbice acima mencionado, como adiante será demonstrado.

[2] Andou mal o Sr. Presidente ao editar o Decreto nº 9.175 de 18 de outubro de 2017 e ceifar, contra o espírito altivo da Lei de Transplantes, a singela possibilidade – desburocratizada, ágil, tradicional e segura – de desvencilhar a identificação pessoal para fins de transplante da identificação civil (para outros fins). Bastaria, quando não identificado civilmente e, nada obstante, dúvida não houvesse sobre sua identidade, a prévia coleta de amostras datiloscópicas e fotográficas do doador, tal como se dá na Lei Federal nº 12.037/2009 (por seu artigo 5º), na Lei Federal nº 8.501, de 30 de novembro de 1992 (por seu artigo 3º) e, em parte, pela Lei de Registros Públicos (em seu artigo 81) – esta última, aliás, veio a ser suplementada pela Recomendação CNJ nº 19, de 25 de março de 2015, que indica que a confirmação da identidade será

Ora, a longeva Lei nº 5.553, de 06 de dezembro de 1968, que dispõe sobre a apresentação e o uso de documentos de identificação pessoal, é absolutamente clara em dispor que:

> Art. 1º A nenhuma pessoa física, bem como a nenhuma pessoa jurídica, de direito público ou de direito privado, é lícito reter qualquer documento de identificação pessoal, ainda que apresentado por fotocópia autenticada ou pública-forma, inclusive comprovante de quitação com o serviço militar, título de eleitor, carteira profissional, *certidão de registro de nascimento, certidão de casamento,* comprovante de naturalização e carteira de identidade de estrangeiro. *(g. n.)*

Tenha-se, em clareza solar, que, para fins legais, tanto a CERTIDÃO DE CASAMENTO como a de NASCIMENTO constituem documento de identificação pessoal. E isto não causa nenhuma estranheza, na medida em que a própria cédula de identidade civil, para ser confeccionada, depende tão apenas de certidão de nascimento ou de casamento – ambas, vale aqui a nota, desprovidas de fotos.

Lembre-se, neste passo, da Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, que assim expressamente dispõe: "Art 2º - Para a expedição da Carteira de Identidade de que trata esta Lei não será exigida do interessado a apresentação de qualquer outro documento, além da certidão de nascimento ou de casamento."

Seria absolutamente paradoxal permitir a confecção de documento de identidade civil com base em nada além de uma destas certidões e, em contrapasso, entendê-las como inaptas a identificar alguém.

Aliás, a Lei nº 6.206, de 07 de maio de 1975, dá valor de documento de identidade às carteiras expedidas pelos órgãos fiscalizadores de exercício profissional SEM exigir que estas contenham fotografia.[3]

E a identificação pessoal sem foto não se dá apenas por meio das certidões de casamento ou nascimento. Não é algo inusitado. Vale mesmo o paralelo com a qualificação por meio do documento do Cadastro Nacional de Pessoas Físicas (CPF), disponível para emissão *online* pelo sítio eletrônico da Receita Federal.[4] Não por outra, o artigo 80 da LRP estabelece:

---

feita mediante confronto datiloscópico ou exame de DNA. Perdeu-se oportunidade de desburocratizar a atuação estatal. Uma pena.

[3] Art. 1º É válida em todo o Território Nacional como prova de identidade, para qualquer efeito, a carteira emitida pelos órgãos criados por lei federal, controladores do exercício profissional.

[4] Consulte-se: http://receita.economia.gov.br/orientacao/tributaria/cadastros/cadastro-de-pessoas-fisicas-cpf/servicos/comprovante-de-inscricao-no-cpf.

> Art. 80. O assento de óbito deverá conter: 1º) a hora, se possível, dia, mês e ano do falecimento; 2º) o lugar do falecimento, com indicação precisa; 3º) o prenome, nome, sexo, idade, cor, estado, profissão, naturalidade, domicílio e residência do morto; 4º) se era casado, o nome do cônjuge sobrevivente, mesmo quando desquitado; se viúvo, o do cônjuge pré-defunto; e o cartório de casamento em ambos os casos; 5º) os nomes, prenomes, profissão, naturalidade e residência dos pais; 6º) se faleceu com testamento conhecido; 7º) se deixou filhos, nome e idade de cada um; 8°) se a morte foi natural ou violenta e a causa conhecida, com o nome dos atestantes; 9°) lugar do sepultamento; 10º) se deixou bens e herdeiros menores ou interditos; 11°) se era eleitor; 12º) pelo menos uma das informações a seguir arroladas: número de inscrição do PIS/PASEP; número de inscrição no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, se contribuinte individual; número de benefício previdenciário - NB, se a pessoa falecida for titular de qualquer benefício pago pelo INSS; número do CPF; número de registro da Carteira de Identidade e respectivo órgão emissor; número do título de eleitor; número do registro de nascimento, com informação do livro, da folha e do termo; número e série da Carteira de Trabalho.

E não se diga que o CPF seria apenas ali informação algo acidental (sequer obrigatória) de assento de óbito, inapta a identificar alguém. Basta ler o Provimento CNJ nº 61/2017, que dispõe justamente sobre a obrigatoriedade de informação do número do Cadastro de Pessoa Física (CPF) enquanto dado necessário à completa qualificação das partes nos feitos distribuídos.[5]

Fosse diferente, interpretação sistemática do ordenamento levaria ao absurdo de corpos de pessoas falecidas com endereço certo e com identidade conhecida unicamente por meio de CPF ou certidões de nascimento ou de casamento, cercadas por suas famílias ainda em luto, pudessem ser utilizados para fins de estudos ou pesquisas científicas, tal como alvitrado pela Lei Federal n° 8.501, de 30 de novembro de 1992.[6]

---

[5] Art. 1º. Estabelecer a obrigatoriedade de informação do número do CPF, do CNPJ e dos dados necessários à completa qualificação das partes nos feitos distribuídos ao Poder Judiciário e aos serviços extrajudiciais em todo o território nacional. Parágrafo único. As obrigações que constam deste provimento são atribuições dos cartórios distribuidores privados ou estatizados do fórum em geral, bem como de todos os serviços extrajudiciais. Art. 2º. No pedido inicial formulado ao Poder Judiciário e no requerimento para a prática de atos aos serviços extrajudiciais deverão constar obrigatoriamente, sem prejuízo das exigências legais, as seguintes informações: I – nome completo de todas as partes, vedada a utilização de abreviaturas; II – número do CPF ou número do CNPJ; III – nacionalidade; IV – estado civil, existência de união estável e filiação; V – profissão; VI – domicílio e residência; VII – endereço eletrônico. Art. 3º. O disposto no artigo anterior aplica-se aos inquéritos com indiciamento; denúncias formuladas pelo Ministério Público; queixas crime; petições iniciais cíveis ou criminais; pedido contraposto; reconvenção; intervenção no processo como terceiro interessado; mandados de citação, intimação, notificação, prisão; e guia de recolhimento ao juízo das execuções penais.

[6] "Art. 2° O cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico. Art. 3° Será destinado

Em leitura sistêmica do ordenamento, assim bem se compreende o motivo pelo qual a Lei Federal nº 12.037/2009, em seu Art. 2º, VI, ampliou o conceito de "identidade civil", admitindo documentos outros. Vale a transcrição:

> Art. 2º A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos: I – carteira de identidade; II – carteira de trabalho; III – carteira profissional; IV – passaporte; V – carteira de identificação funcional; VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado.

Dito tudo isto, cabe uma ressalva: *a ausência de uma foto pode – embora não necessariamente deva – levar à dúvida sobre a identidade do falecido*. E, da mesma forma e sem estranheza, uma foto antiga em um documento válido pode incutir funda dúvida sobre a real identidade do *de cujus*.[7]

A foto, portanto, não é nem requisito fundamental para identificação civil, tampouco panaceia para todos os males de dúvida de identidade – por vezes, como no exemplo acima, turva ainda mais o ambiente de certeza.

Daí porque bem andou o Decreto Federal nº 9.278, de 5 de fevereiro de 2018, que, ao regulamentar a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, assim estabeleceu:

> Art. 19. A Carteira de Identidade poderá ter a validade negada pela: I - alteração dos dados nela contidos, quanto ao ponto específico; II - existência de danos no meio físico que comprometam a verificação da autenticidade; III - alteração das características físicas do titular que gere dúvida fundada sobre a identidade; ou IV - mudança significativa no gesto gráfico da assinatura.
>
> Parágrafo único. Se o titular for pessoa enferma ou idosa, não poderá ser negada a validade de Carteira de Identidade com fundamento nos incisos III e IV do *caput*.

Neste mesmo sentido, tenha-se o disposto pela Lei Federal nº 12.037/2009:

---

para estudo, na forma do artigo anterior, o cadáver: I - sem qualquer documentação; II - identificado, sobre o qual inexistem informações relativas a endereços de parentes ou responsáveis legais."

[7] Traga-se à baila autoexplicativa manchete de notícia jornalística que dá bem o tom de nossa exposição: "Documentos com fotos antigas ou danificados devem ser substituídos: A função de todos os documentos é identificar. Por isso, se a foto for antiga ou o papel estiver em mau estado, eles podem não ser aceitos em bancos, empresas ou órgãos públicos." (Disponível em: http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2011/02/documentos-com-fotos-antigas-ou-danificados-devem-ser-substituidos.html. Consultado em: 05 maio 2019.)

> Art. 3º. Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Por óbvio, não se adota aqui entendimento pueril: para muito além do transplante, a morte importa, por exemplo, a herdeiros e a criminosos. Alguns destes últimos, em busca de extinção de punibilidade, podem criar fórmulas mirabolantes para obter uma certidão falsa em seu favor.

Neste passo, releva divisar o procedimento de transplante da lavratura da certidão de óbito, cada qual com suas peculiaridades, nada impedindo que recebam tratamento jurídico diverso – como, afinal, o receberam.

Não há, portanto, nenhuma perplexidade por ser a lavratura de óbito condicionada à apresentação de documento original de identificação civil, nos moldes do Provimento CGJ nº 19/2018, que, alterando o artigo 787 da Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça (Parte Extrajudicial), o tem por indispensável para o ato.

Lado outro, nada impede, em casos pontuais e com sempre salutar bom senso, à vista de longas folhas de antecedentes, busque a Coordenação de Transplante elementos de convicção mais robustos. Nestes casos, mesmo o documento com foto atualizada pode ser insuficiente para dirimir duvida que surja. Trata-se de aplicação analógica do art. 19 do Decreto Federal nº 9.278, de 5 de fevereiro de 2018, em sua forma combinada com o artigo 3º da Lei Federal nº 12.037/2009.[8]

[8] Ambos acima transcritos.

Sob tal enfoque, ganha novo e luminoso sentido a vedação regulamentar[9-10-11] atinente ao simples reconhecimento de familiares. O epíteto ai ("simples") traduz situações em que nada mais identifica o doador, restando apenas frágil declaração por familiar. Um reconhecimento isolado, ilhado em si mesmo, divorciado de qualquer outro elemento de identificação. Quando, todavia, o reconhecimento é "conjunto" ou "complexo" – para usarmos um antônimo qualquer – com outros documentos, afastando-se qualquer dúvida sobre a identidade do doador, óbice não há.

Noutras palavras, a interpretação *ex contrario sensu* da norma indica a possibilidade de declaração familiar somar-se a outros documentos e permitir a firme identificação do falecido. Entendesse de forma contrária, a vedação implicaria gravíssima violação ao sistema constitucional de proteção à vida e à saúde. E, como é cediço, a interpretação do texto legal há de se dar conforme a Constituição.[12]

E uma nota final: serve aqui a lição valiosa do mestre CALAMANDREI, Piero, que advertia desde antanho:

> Como pode ser resolvido o angustiante dilema entre o cômodo conformismo, apegado ao que sempre foi decidido *(stare decisis)*,

---

[9] Tenho-a como *contra legem*. Isto porque o Decreto, a pretexto de regulamentar a vedação legal a transplante por doador sem identificação, cria proibição imprevista na lei, ceifando a possibilidade de declaração, sob as penas da lei, por familiares. Bem pior, exclui, de forma implícita e equivocada, o doador com prévia identificação criminal de pessoas, mas sem identificação civil, reduzindo o espectro de possíveis doadores e agravando o quadro de carência em nosso país.

[10] *A latere*, a vedação regulamentar, em leitura literal, parece violar o primado da boa fé do administrado. E ainda é inócua: se o administrado poderia, de fato, declarar falsamente a identidade do parente morto, não lhe seria possível apresentar documento falso com foto e tudo? Todos estes cenários são possíveis, mas a Administração Pública não pode, sem elemento algum que lhe recomende precaução maior, pressupor que todos falseiam a verdade. O pio não pode pagar pelo pecador.

[11] *Vide* por todos o exauriente artigo *A boa-fé do administrado como fator restritivo da Discrionariedade* pelo eminente Professor da USP MARRARA, Thiago: "No direito administrativo contemporâneo, a boa-fé do administrado-cidadão exerce papel central. A boa-fé que se mostra relevante nesse cenário é, porém, a boa-fé subjetiva, ou seja, a crença do indivíduo na atuação legal, legítima, isonômica e moral da administração pública. Com efeito, se o Estado democrático se sustenta logicamente como ferramenta imprescindível à proteção da paz, da ordem e dos direitos fundamentais, nenhum sentido faria que pudesse atuar de maneira surpreendente, ignorando as expectativas legitimamente detidas pela sociedade ante as entidades que exercem função pública. Nos dias atuais, tal como explica Paulo Modesto, "a boa-fé é exigência a ser considerada com destaque pelo administrador nos casos de alteração de situações jurídicas subjetivas". As condutas estatais devem ser realizadas de modo a "resguardar posições jurídicas de sujeitos de boa-fé e, além disso, reclamar lealdade da Administração e fidelidade à palavra empenhada". Em regra, a necessidade de se impor o respeito à boa-fé do particular encontra fundamento maior na segurança jurídica e na consagração dos direitos fundamentais." (*Op. cit*. ISSN 0034.8007 – rda – *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 259, p. 231, jan./abr. 2012.)

[12] Neste sentido, o jurista ANJOS, Luís Henrique Martins dos assim professa: "(...) traz a ideia de que essa Interpretação conforme a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal se justificaria no sentido de que é feita em respeito ao Princípio da Economia do Ordenamento, que é o mesmo Princípio do Máximo Aproveitamento dos Atos Jurídicos Normativos. Economia do ordenamento significa exatamente aproveitar o máximo da ordem jurídica; não é uma questão de presunção ou não presunção, esta interpretação é feita para dar a máxima utilidade ao ato jurídico. Vamos procurar salvar este ato jurídico, salvar, no sentido de que primeiro deve ser buscada a compreensão que coadune o texto normativo ao constitucional, ao invés de já declarar que é inconstitucional, mas procurar dar a aplicação do ato que não fira a Constituição." (*A Interpretação Conforme a Constituição enquanto técnica de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal*. Disponível na Internet: <http://www.buscalegis.ufsc.br> e consultado em 09 de maio de 2019.)

> e a consciência inquieta, que cada vez quer refazer seus cálculos? Tudo depende do juiz em que se produz o embate. O risco das causas costuma estar neste antagonismo: entre o juiz lógico e o juiz sensível; entre o juiz consequencial e o juiz precursor; entre o juiz que para não cometer uma injustiça está disposto a se rebelar contra a tirania da jurisprudência e o juiz que, para salvar a jurisprudência, está disposto a deixar esmagar nas inexoráveis engrenagens da sua lógica um homem vivo. (*In*: Eles, Os Juízes, Vistos Por Um Advogado).

O claudicante sistema de transplantes, em nosso país, já enfrenta enormes dificuldades estruturais, sociológicas, religiosas e culturais. Que, em um Estado demasiadamente burocratizado, não se perca uma só VIDA por falta de uma foto.

Direitos da Personalidade – Proteção de Dados

Segurança da informação e governança como parâmetros para a efetiva proteção de dados pessoais

Guilherme Magalhães Martins*
José Luiz de Moura Faleiros Júnior**

Sumário

1. Introdução. 2. A privacidade transformada em *commodity*. 3. Segurança da informação e governança. 4. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

O avanço incessante da inovação fez florescer, há décadas, vasto rol de interessantes desafios que concernem à ciência jurídica devido à dessincronia da atividade legiferante estatal com o potencial transformador da tecnologia.

A chamada "sociedade da informação", vislumbrada desde os idos de 1960, se consolidou em ritmo acelerado nos derradeiros anos do século XX, a ponto de gerar mudanças estruturais na dinâmica das relações interpessoais em todo o planeta. Um lépido cenário de facilidades adveio das promessas de hiperconectividade e comunicação instantânea, rompendo fronteiras territoriais e diferenças culturais para pavimentar o caminho rumo a um novo universo, no qual o substrato mais precioso deixou de ser escasso: a informação, capturada em volumes colossais, nunca antes foi tão desejada e, em verdade, tão relevante para conjecturar o funcionamento de estruturas políticas, econômicas e sociais.

Seu valor intrínseco e individualmente considerado não se alterou. Em conjuntos avultados, todavia, com ricas conexões e pujança interpretativa aplicada a partir de complexas operações algorítmicas, a informação adquiriu *status* inédito. Em razão dessa drástica mudança, há muito já se buscava solução legislativa adequada, capaz de conferir tutela e salvaguardar direitos, mas, ao mesmo tempo, sobrelevar

* Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros, junto à Comissão de Direito do Consumidor. Professor permanente do Doutorado em Direito, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito – Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON.
** Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Processual Civil, Direito Civil e Empresarial, Direito Digital e *Compliance* pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (FDDJ). Professor de cursos preparatórios para a prática advocatícia. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Digital da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Advogado.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 78 (3ª Fase), out./dez. 2010, p. 157-164.

o potencial de controle do Estado nesse novo contexto. Ainda que tardiamente, dezenas de nações passaram a editar marcos regulatórios especificamente voltados à proteção de dados pessoais, e o Brasil não fez diferente.

Na esteira da iniciativa europeia – formalmente nomeada de Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) – editada em 27 de abril de 2016 e implementada em 25 de maio de 2018, promulgou-se, no Brasil, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, já alterada antes mesmo do início de sua vigência pela Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro 2018, posteriormente convertida na Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, que, entre várias modificações, consolidou a nomenclatura epigrafada no texto atual da norma: "Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)".

2. A privacidade transformada em *commodity*

Nunca antes foi tão premente a necessidade de se consolidar a proteção de dados pessoais, uma vez que "o potencial do *Big Data* ultrapassa meras aplicações práticas, pois também torna possível a interpretação de comportamentos humanos"[1].

No atual estado da arte, a tecnologia permite a operabilidade das comunicações entre indivíduos (*person-to-person*, P2P), entre indivíduos e máquinas (*human-to-machine*, H2M) ou entre máquinas (*machine-to-machine*, M2M), em clara sinalização do avanço rumo à "*web* inteligente"[2], marcada pela presença da "Internet das Coisas" (*Internet of Things*, ou *IoT*)[3], que também se situa na fronteira da chamada *web 4.0* ou "Internet de Todas as Coisas" (*Internet of Everything*, ou *IoE*) – é a era dos *zettabytes*![4]

Nesse novo contexto, já se sinaliza, entre outras contingências, que: (i) os sistemas existentes (já complexos) se tornarão mais interconectados e imersos; (ii) as interações dos componentes intra e intersistêmicas aumentarão; (iii) os serviços existentes serão modificados enquanto surgem as oportunidades para novos serviços; (iv) a percepção humana do meio ambiente e da realidade mudará; (v) a escala e o escopo dos problemas de segurança serão bastante ampliados.[5]

Todas essas mudanças se originam da transformação da informação em verdadeira *commodity*, em razão de ser-lhe conferindo valor inédito e contemplativo de uma nova gama de riscos a serem atendidos pela legislação de controle – com efeitos irradiados pelas normas constitucionais –, tendo em vista que, "na dimensão tecnológica, (...), a identidade pessoal parece se dilatar"[6]. Isto conduz à reformulação de vetustas propostas de proteção à privacidade, que passa a ostentar contornos mais

[1] KLOUS, Sander; WIELAARD, Nart. *We are Big Data*: the future of the information society. Amsterdã: Atlantis Press, 2016, p. 12, tradução livre.
[2] FREDETTE, John *et al.* The promise and peril of hyperconnectivity for organizations and societies. *In:* DUTTA, Soumitra; BILBAO-OSORIO, Beñat (Ed.). *The global information technology report 2012*: living in a hyperconnected world. Genebra: Insead; World Economic Forum, 2012, p. 113.
[3] GREENGARD, Samuel. *The internet of things*. Cambridge: The MIT Press, 2015, p. 189.
[4] FLORIDI, Luciano. *The ethics of information*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 5.
[5] LOSKOT, Pavel. Computational security for the IoT and beyond. *In:* HU, Fei (Ed.). *Security and privacy in Internet of Things (IoTs)*: models, algorithms, and implementations. Boca Raton: CRC Press, 2016, p. 357.
[6] RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma/Bari: Laterza, 2012, p. 347, tradução livre.

largos, a indicar a necessidade de uma proteção mais específica, voltada aos dados pessoais[7], e que precisa "valer-se de uma estratégia integrada na qual são utilizados diversos instrumentos de tutela, que representam manifestações específicas em diversas áreas de um mesmo direito"[8].

Em anos recentes, o aprimoramento das diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Socioeconômico (OCDE) propiciou um importante amadurecimento do tema, denotando nuances fundamentais para a consolidação de legislações voltadas à proteção de dados pessoais em todo o globo.[9] Entretanto, há inúmeras dúvidas que ainda demandam respostas, embora seja certo que a "virada empírica" da técnica para a tecnologia[10] modifica substancialmente a forma com que cada Estado passa a se valer da mera produção legislativa para acompanhar tendências que geram reflexos globais.

O artigo 2° da LGPD brasileira estabelece os fundamentos que a legislação busca alcançar; entre eles, destacam-se a autodeterminação informacional e o livre desenvolvimento da personalidade. O RGPD europeu cita 72 vezes a palavra "consentimento"[11], ao passo que o artigo 7º da lei brasileira lhe confere a natureza de requisito essencial para o tratamento dos dados pessoais. Isso significa que, não sendo o consentimento livre, informado e inequívoco (artigo 5º, XII), a medida se torna ilegal.

Em um contexto no qual os mercados são movimentados por influxos constantes de dados (gerando os chamados *data-rich markets*)[12], a informação se transforma em moeda e a privacidade, no contraponto, em verdadeira *commodity*. O controle desses fluxos passa a demandar atuação preventiva, transpondo modos clássicos de enfrentamento de contingências a partir do atuar repressivo, e inaugura importante viés para a consolidação de novos modelos de operacionalização do poder de polícia estatal. Fala-se em *compliance* ou governança para denotar verdadeira reinserção ética nos procedimentos de segurança da informação adotados para as operações que revolvem à coleta e ao tratamento de dados pessoais.

---

[7] DAVIES, Simon G. Re-engineering the right to privacy: how privacy has been transformed from a right to a commodity. *In:* AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc (Ed.) *Technology and privacy*: the new landscape. Cambridge: The MIT Press, 1997, p. 156.

[8] DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 409.

[9] BIONI, Bruno R.; MENDES, Laura Schertel. Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral brasileira de Proteção de Dados: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. *In:* TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 800-801.

[10] VERBEEK, Peter-Paul. The technological lifeworld. *In:* ACHTERHUIS, Hans (Ed.). *American philosophy of technology*: the empirical turn. Tradução de Robert P. Crease. Indianapolis: Indiana University Press, 2001, p. 145-146.

[11] EUROPA. *Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT. Acesso em: 07 ago. 2019.

[12] MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. *Reinventing capitalism in the age of Big Data*. Nova Iorque: Basic Books, 2018, p. 7.

3. Segurança da informação e governança

Da mesma maneira que a necessidade de criação de novos parâmetros de controle se alinha à revisitação de clássicos institutos jurídicos como a responsabilidade civil e o *jus imperii* estatal, a governança e a boa gestão devem caminhar em comunhão para que esta revigorada metodologia de controle tenha efeitos pragmáticos eficazes. A segurança da informação é o mote pelo qual se desenvolve esta nova temática; desse modo, o chamado *compliance* refuncionaliza a eficácia da própria legislação, não podendo se reduzir a uma mera noção satelitária, uma vez que, ao revés, deve se alçar a um novo patamar.

O artigo 46 da LGPD é categórico ao trabalhar com a exigência de que sejam implementadas medidas voltadas à efetivação de controles de segurança da informação capazes de mitigar os riscos do tratamento de dados. Já o artigo 48 impõe a observância aos deveres de transparência (art. 6º, VI), segurança (art. 6º, VII) e prevenção (art. 6º, VIII), demandando dos agentes de tratamento de dados que atuem em conformidade, em respeito a tais premissas, procedendo de forma colaborativa e diligente na persecução de responsabilidades por eventuais incidentes com dados pessoais – cuja fiscalização passa a ser realizada por agências dotadas de aparelhamento adequado para a garantia de maior efetividade investigatória[13] (no Brasil, isto será feito pela Agência Nacional de Proteção de Dados).

Para citar um exemplo, a transparência surge, nesse contexto, como um dever correlato ou desdobrado do cerne de discussão dessa nova função preventiva. Impõe-se a revelação da ocorrência do evento danoso (que não se confunde com a própria revelação indevida do dado)[14], se transfigurando em atributo atrelado à ética empresarial que deve reinar em todas as etapas de desenvolvimento e implementação dos processos de coleta, tratamento e armazenagem de dados pessoais.

Nota-se, na LGPD, verdadeira tendência à modificação da tradicional judicialização de questões que podem (e devem) ser prevenidas, gerando flexibilidade para os modelos tradicionais da atuação estatal.[15] Caminho diverso se percorreu por ocasião da promulgação do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), particularmente quanto à redação de seu artigo 19 e à exigência de comando judicial para a remoção de conteúdos ofensivos.[16]

Nota-se, com isso, que a LGPD se compõe de institutos profícuos; a governança classicamente abordada por André-Jean Arnaud[17] ressurge com importância destacada

[13] HUSTINX, Peter. The role of data protection authorities. *In:* GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves; DE HERT, Paul; TERWANGNE, Cécile de; NOUWT, Sjaak (Ed.). *Reinventing data protection?* Cham/Basileia: Springer, 2009, p. 136.
[14] NORBERG, Patricia A.; HORNE, Daniel R.; HORNE, David A. The privacy paradox: personal information disclosure intentions versus behaviors. *Journal of Consumer Affairs*, v. 41, nº 1, p. 100-126, 2007, p. 102.
[15] PIERRE, Jon. Governance and institutional flexibility. *In:* LEVI-FAUR, David (Ed.). *The Oxford handbook of governance*. Oxford: Oxford University Press, 2012, *passim*.
[16] MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 328-330.
[17] ARNAUD, André-Jean. *La gouvernance*: un outil de participation. Paris: LGDJ, 2014, p. 273-275.

no que diz respeito à coordenação dos agentes de tratamento, de grupos sociais e instituições da iniciativa privada, na ação pública-política voltada à delimitação de objetivos próprios, discutidos e definidos coletivamente, como a elaboração de programas de ação e políticas públicas concertadas e capazes de alcançar tais objetivos, se articula por lógicas divergentes de ação no processo de construção de um consenso organizacional interativo e voltado à solução célere e adequada de contingências.[18]

A motivação e a responsividade que se espera de um arcabouço hígido e eficaz[19] de políticas de integridade devem convergir para prevenir a criação de programas inócuos e cuja existência se manifesta unicamente no papel.[20] Isso revela uma dimensão inexorável da segurança da informação que precisa ser observada para que seja levada a efeito a proteção de dados pessoais.[21] Significa dizer que, para além da tutela da responsabilidade civil pelos danos decorrentes da violação aos deveres de cautela e proteção da segurança dos dados, o legislador cuidou de estabelecer um critério geral de prevenção que deve ser efetivo.

O artigo 50, §1º, da LGPD apresenta extensa lista de requisitos para a aferição da concretude prática de um programa de integridade que, se existente, certamente deverá ser considerado para a delimitação da extensão de eventuais danos e para a apuração de responsabilidades, com possibilidade de mitigação.

A doutrina europeia enumera algumas medidas que, exemplificativamente, podem vir a compor um programa de integridade voltado à proteção de dados pessoais: minimização do processamento de dados pessoais; anonimização; permissibilidade ao monitoramento do tratamento pelo titular; implemento ou incremento de medidas de segurança da informação; a adoção de treinamentos regulares de equipes etc.[22]

Ao se transcender a própria legislação para oportunizar o *compliance*, vê-se surgir vasto rol de novas nuances que somente quem está diretamente atrelado ao tratamento de dados poderá antever e evitar. Nesse compasso, lamenta-se a opção do legislador por trabalhar com essa nova função como mera faculdade.

Na exata medida em que o titular dos dados submetidos a coleta e tratamento deve ser visto como figura hipervulnerável na relação assimétrica de consumo, travada na Internet, surgem determinadas normas especiais para tutelar a peculiaridade de cada grupo passível de sofrer os impactos do tratamento de dados.[23] Dessa forma,

---

[18] ANDERSEN, Kim Viborg. Reengineering public sector organizations using information technology. *In:* HEEKS, Richard. *Reinventing government in the information age*: international practice in IT-enabled public sector reform. Londres: Routledge, 1999, p. 320-324.

[19] MINTZBERG, Henry. *Criando organizações eficazes*: estruturas em cinco configurações. Tradução de Cyro Bernardes. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 24 *et seq.*

[20] CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e finalidades dos programas de *compliance*. *In:* CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Compliance*: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 55.

[21] SILVERMAN, Michael G. *Compliance management for public, private, or nonprofit organizations*. Nova Iorque: McGraw Hill, 2008, p. 206.

[22] VOIGT, Paul; VON DEM BUSSCHE, Axel. *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*: a practical guide. Basileia: Springer, 2017, 38-40.

[23] BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro. Forense, 2019, p 165.

ainda que não se possa considerar que a autodeterminação informacional revele uma absoluta desconexão do controle de dados, ressalta-se a importância da "integridade contextual, alcançada através do equilíbrio harmonioso de regras sociais, ou normas, com valores, fins e propósitos locais e gerais. Isso nunca é uma harmonia estática, no entanto, porque, com o tempo, as condições mudam e os contextos e normas evoluem junto com eles."[24]

4. Considerações finais

Em linhas propedêuticas, buscou-se destacar a importância da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira para a revisitação de conceitos jurídicos clássicos no novo contexto informacional. A rapidez com que a inovação avança torna o labor estatal mais difícil, haja vista o lapso temporal sempre mais elástico entre o surgimento de uma nova contingência e a apresentação de uma solução adequada para a sua tutela, ainda que outros aparatos normativos preexistentes confiram suficiente salvaguarda jurídica.

É de se ressaltar a boa intenção do legislador brasileiro quanto ao estabelecimento de um marco regulatório que complementa o conjunto normativo para reforçar o contexto de proteção a direitos fundamentais que, por outro lado, não pode nisto se esgotar. Se a privacidade é, nesta nova sociedade da informação, reinterpretada em razão de seu principal corolário, o direito fundamental à proteção de dados pessoais, deve-se primar pelo atingimento do escopo essencial da autodeterminação e das funções do consentimento para a exata compreensão da extensão da proteção conferida aos dados pessoais, que passa pela segurança da informação e pela governança.

O chamado '*compliance*', então, adquire novos contornos, imiscuindo-se aos filtros da reparação civil em cenários específicos que – embora facultativos – mudam toda a dinâmica de aferição de riscos e responsabilidades, sendo importante mecanismo para a atuação de todos os agentes envolvidos em operações de coleta e tratamento de dados, inclusive o Estado, neste novo contexto.

Referências

ANDERSEN, Kim Viborg. Reengineering public sector organizations using information technology. *In:* HEEKS, Richard. *Reinventing government in the information age*: international practice in IT-enabled public sector reform. Londres: Routledge, 1999.

ARNAUD, André-Jean. *La gouvernance*: un outil de participation. Paris: LGDJ, 2014.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

[24] NISSENBAUM, Helen. *Privacy in context*: technology, policy, and the integrity of social life. Stanford: Stanford University Press, 2010, p. 231, tradução livre.

_____; MENDES, Laura Schertel. Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral brasileira de Proteção de Dados: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. *In:* TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e finalidades dos programas de *compliance*. *In:* CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Compliance*: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DAVIES, Simon G. Re-engineering the right to privacy: how privacy has been transformed from a right to a commodity. *In:* AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc (Ed.). *Technology and privacy*: the new landscape. Cambridge: The MIT Press, 1997.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EUROPA. *Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT. Acesso em: 07 ago. 2019.

FLORIDI, Luciano. *The ethics of information*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

FREDETTE, John *et al*. The promise and peril of hyperconnectivity for organizations and societies. *In:* DUTTA, Soumitra; BILBAO-OSORIO, Beñat (Ed.). *The global information technology report 2012*: living in a hyperconnected world. Genebra: Insead; World Economic Forum, 2012.

GREENGARD, Samuel. *The internet of things*. Cambridge: The MIT Press, 2015.

HUSTINX, Peter. The role of data protection authorities. *In:* GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves; DE HERT, Paul; TERWANGNE, Cécile de; NOUWT, Sjaak (Ed.). *Reinventing data protection?* Cham/Basileia: Springer, 2009.

KLOUS, Sander; WIELAARD, Nart. *We are Big Data*: the future of the information society. Amsterdã: Atlantis Press, 2016.

LOSKOT, Pavel. Computational security for the IoT and beyond. *In:* HU, Fei (Ed.). *Security and privacy in Internet of Things (IoTs)*: models, algorithms, and implementations. Boca Raton: CRC Press, 2016.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. *Reinventing capitalism in the age of Big Data*. Nova Iorque: Basic Books, 2018.

MINTZBERG, Henry. *Criando organizações eficazes*: estruturas em cinco configurações. Tradução de Cyro Bernardes. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NISSENBAUM, Helen. *Privacy in context*: technology, policy, and the integrity of social life. Stanford: Stanford University Press, 2010.

NORBERG, Patricia A.; HORNE, Daniel R.; HORNE, David A. The privacy paradox: personal information disclosure intentions versus behaviors. *Journal of Consumer Affairs*, v. 41, nº 1, p. 100-126, 2007.

PIERRE, Jon. Governance and institutional flexibility. *In:* LEVI-FAUR, David (Ed.). *The Oxford handbook of governance*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma/Bari: Laterza, 2012.

SILVERMAN, Michael G. *Compliance management for public, private, or nonprofit organizations*. Nova Iorque: McGraw Hill, 2008.

VERBEEK, Peter-Paul. The technological lifeworld. *In:* ACHTERHUIS, Hans (Ed.). *American philosophy of technology*: the empirical turn. Tradução de Robert P. Crease. Indianapolis: Indiana University Press, 2001.

VOIGT, Paul; VON DEM BUSSCHE, Axel. *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*: a practical guide. Basileia: Springer, 2017.

A consolidação legislativa da proteção de dados no Brasil: comentários às alterações da Lei nº 13.853/2019 à LGPD

The legislative consolidation of data protection in Brazil: comments on Law No. 13.853/2019 alterations to the LGPD

Guilherme Magalhães Martins*
João Victor Rozatti Longhi**
José Luiz de Moura Faleiros Júnior***

Sumário

1. Introdução. 2. A LGPD e suas alterações. 3. A Agência Nacional de Proteção de Dados. 4. Conclusão. Referências.

Resumo

Para trazer soluções às desafiadoras contingências reveladas pelo incessante e colossal fluxo informacional na *Internet*, editou-se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) brasileira – Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 –, na esteira do implemento do Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu. A norma sequer entrou em vigor e já sofreu densas alterações, por força da Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, que, seguindo seu curso regular perante o Congresso Nacional brasileiro, foi convertida na Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, reformatando a redação definitiva da lei anteriormente promulgada. Problematiza-se o alcance das alterações realizadas, naquilo que concerne à efetivação da proteção de dados no país, uma vez que a concretização da norma ainda causa dúvidas e inquietações. Trabalhando-se com a hipótese de que os ajustes realizados trazem reforço normativo

* Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor permanente do Doutorado em Direito, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito – Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
** Pós-Doutor em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da USP – Largo de São Francisco. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ. Defensor Público no Estado do Paraná. Professor visitante do PPGD da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e de Graduação do Centro de Ensino Superior de Foz do Iguaçu (CESUFOZ).
*** Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito Processual Civil, Direito Civil e Empresarial, Direito Digital e *Compliance*. Advogado.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 76 (3ª Fase), abr./jun. 2020, p. 105-117.

adequado à estruturação da proteção que se pretende haurir aos dados pessoais, utilizar-se-á o método indutivo, em pesquisa dedicada à análise das mudanças promovidas pela Lei nº 13.853/2019, no afã de se perquirir a concretização da hipótese apresentada. Ao final, serão apresentadas breves considerações conclusivas.

Abstract

In order to bring solutions to the challenging contingencies revealed by the incessant and colossal flow of information on the Internet, the Brazilian General Data Protection Act (LGPD) – Law No. 13.709, of August 14, 2018 – was issued, following the implementation of the General Data Protection Regulation in Europe. The new framework has not even entered into effect but has already undergone dense changes, under Provisional Measure No. 869 of December 27, 2018, which, following its regular course before the Brazilian National Congress, was converted into Law No. 13.853, of July 8 2019, reformatting the final wording of the previously enacted law. The scope of the changes regarding the implementation of data protection in the country is problematized, since the implementation of the standard still causes doubts and concerns. Working with the hypothesis that the adjustments made bring adequate normative reinforcement to the structuring of the protection that is intended to ensure the protection of personal data, the inductive method will be used, in a research dedicated to the analysis of the changes promoted by Law No. 13.853/2019, and hence the rendered hypothesis will be put to test. At the end, brief concluding remarks will be presented.

Palavras-chave: Proteção de dados. Privacidade. Portabilidade de dados. Autoridade nacional.

Keywords: *Data protection. Privacy. Data portability. National authority.*

1. Introdução

Inúmeras dúvidas ainda permeiam a efetivação do resguardo à proteção de dados no Brasil. Para além do reconhecimento deste hodierno direito fundamental, sacramentado na promulgação de marcos regulatórios específicos em todo o mundo, importa saber quais são os limites da atuação estatal para além do labor legislativo, uma vez que a regulação da *Internet* ainda é um complexo desafio.

Nesse contexto, a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira – Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – representou inegável avanço, mas seu longo período de *vacatio legis*, além de sinalizar a complexidade de adaptação a seus rigores, incitou revisões críticas que já culminaram em alterações legislativas. Inicialmente, foi editada a Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, que reformulou densamente o texto original da norma. Posteriormente, tendo sido realizadas diversas audiências públicas e realizados intensos debates acerca das alterações, foi promulgada

a Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, que manteve alguns dos ajustes realizados, efetivou outros e recompôs o texto original em certos pontos.

Tomando esta nova lei como objeto de estudo, problematiza-se o alcance das alterações realizadas, naquilo que concerne à efetivação da proteção de dados no país, uma vez que a concretização da norma ainda causa dúvidas e inquietações.

Trabalhando-se com a hipótese de que os ajustes realizados propiciam reforço normativo adequado à estruturação da proteção que se pretende haurir aos dados pessoais, utilizar-se-á o método indutivo, em pesquisa dedicada à análise das mudanças promovidas pela Lei nº 13.853/2019, no afã de se perquirir a concretização da hipótese apresentada.

Em breves linhas, buscar-se-á indicar os principais aspectos concernentes à nova legislação, que não cuidou apenas de revisitar as polêmicas relacionadas à efetiva criação e implementação da Agência Nacional de Proteção de Dados – ANPD, mas, sim, dedicou-se à elucidação de vários outros temas importantes. Ao final, serão apresentadas breves considerações conclusivas.

2. A LGPD e suas alterações

Uma simbiose indistinta entre o real e o virtual tem sido o fio condutor da evolução humana no acelerado curso das duas primeiras décadas do novo século[1]. Para trazer soluções às desafiadoras contingências reveladas pelo incessante e colossal fluxo informacional na *Internet*, editou-se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)[2] brasileira – Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 –, na esteira do implemento do Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu (RGPD, ou GDPR, na sigla em inglês), consolidando-se um marco legal importante para a compreensão do tema.

Com largo período de *vacatio legis*, a LGPD sequer entrou em vigor e já sofreu densas alterações por força da Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de

[1] FLORIDI, Luciano. *The ethics of information*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 8. Destaca o autor: "*During the last decade or so, we have become accustomed to conceptualizing our life online as a mixture between an evolutionary adaptation of human agents to a digital environment, and a form of post-modern, neo-colonization of the latter by the former. This is probably a mistake. ICTs are as much re-ontologizing our world as they are creating new realities. The threshold between here (analogue, carbon-based, offline) and there (digital, silicon-based, online) is fast becoming blurred, but this is as much to the advantage of the latter as it is to the former.*"

[2] A ementa final da lei atribuiu-lhe a nomenclatura em questão ("Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais"), embora tenha mantido a sigla que já se popularizou desde o advento do texto original (LGPD). O acréscimo do adjetivo "pessoais" se deu, nos derradeiros estágios do processo legislativo de votação da Medida Provisória nº 869/2018, pela Emenda de Redação nº 1 ao PLV nº 7/2019, de autoria do Deputado Orlando Silva, sob a seguinte justificativa: "Esta Emenda de Redação busca sanar incorreção formal no texto, uma vez que faltou o qualificativo 'Pessoais' na nova Emenda dada pelo PLV à agora denominada 'Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais'. Objetivo é esclarecer que se trata de Lei de proteção de dados pessoais e não de outros tipos de dados, em aderência ao objeto central da Lei nº 13.709, de 2018." (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Emenda de Redação nº 1 ao PLV nº 7/2019 (Relativo à MP 869/18 - Proteção de Dados Pessoais).* Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1756124&filename=ERD+1/2019+%3D%3E+MPV+869/2018. Acesso em: 31 ago. 2019.)

2018[3], que, seguindo seu curso regular perante o Congresso Nacional brasileiro, foi convertida na Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, reformatando a redação definitiva da lei anteriormente promulgada.

De início, a reforma acrescentou ao artigo 1º um parágrafo único, com a seguinte redação: "As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios." Trabalhou-se, conceitualmente, com a concretização da amplitude axiológica do direito fundamental à proteção de dados pessoais[4], alinhando-a ao que se discute na Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019, que visa incluir tal direito no texto constitucional, além de definir como de competência exclusiva da União o poder para legislar sobre o assunto.

Sem dúvida, o status de direito fundamental confere à proteção de dados pessoais um papel imprescindível no tocante à articulação do direito privado frente aos interesses passíveis de tutela no contexto informacional[5].

Nessa esteira, o acréscimo normativo ainda deixa mais clara a incidência dos dispositivos da lei aos afazeres e às atividades do Poder Público, proclamando a obrigatoriedade de sua observância em todos os âmbitos.

Avançando, nota-se que, no sentido de tornar mais precisa a redação da LGPD, foi mantida a escrita dada pela MP 869 ao artigo 3º, inciso II, da lei. O objeto da referida mudança foi simplesmente a inserção da conjunção "ou" ao final de seu texto (consolidado como "a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou") para não haver dúvida alguma de que o âmbito de aplicação da lei não ostenta requisitos cumulativos, mas alternativos, nas hipóteses descritas pelos três incisos do artigo 3º da lei[6].

---

[3] Para maiores detalhes, confira-se: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Primeiras impressões sobre as alterações da Medida Provisória 869/2018 na LGPD. *Jota*. 14 jan. 2019. Disponível em: http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-mp-autoridade-dados-pessoais-14012019. Acesso em: 31 ago. 2019.

[4] DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *In:* MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). *Direito digital*: direito privado e Internet. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 52. Destaca o autor: "Assim, e ainda ao elencar dentre seus fundamentos, em seu artigo 2º, outros elementos intrinsecamente ligados à tutela da pessoa e de seus direitos fundamentais, tais quais a autodeterminação informativa, as liberdades de expressão, informação, comunicação e de opinião, a dignidade e o exercício da cidadania, a LGPD estabelece de maneira sólida sua fundamentação nos direitos fundamentais e na proteção da pessoa, o que se verifica igualmente em diversas opções na implementação dos seus mecanismos de tutela (...)."

[5] DU BOIS, François. Social purposes, fundamental rights and the judicial development of private law. In: NOLAN, Donal; ROBERTSON, Andrew (Eds.). *Rights and private law*. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 113. Comenta: "*As a powerful tool for mediating between the common good and the pursuit of individual aims, fundamental rights can assist private law reasoning in this further function. In this regard, they provide a more systematic, transparent and coherent articulation of the concerns that have long bubbled to the surface in the guise of 'public policy' and its cognates, such as 'good faith'. Concepts such as these attest to the role that private law plays in constructing social practices and institutions.*"

[6] Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:
I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;

Outro aspecto fundamental da reforma pertine aos dados acadêmicos, excetuados pela MP 869 do alcance da LGPD (artigo 4º, inciso II, "b"), mas que a Lei nº 13.853 acabou por reformular, retomando a redação originalmente aprovada no texto original anterior à MP.

Ao artigo 4º, §4º, que, até então, enunciava apenas que "[e]m nenhum caso a totalidade dos dados pessoais de banco de dados de que trata o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser tratada por pessoa de direito privado", foi inserida uma ressalva: "salvo por aquela que possua capital integralmente constituído pelo poder público." Nota-se, à toda evidência, uma flexibilização do campo regulatório da norma, que, por força do mencionado inciso III, afasta de seu escopo de incidência o tratamento de dados realizado para fins de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Com a nova redação dada ao §4º, a mesma liberdade de tratamento de dados passa a valer para pessoas jurídicas de direito privado controladas pelo Poder Público, mas com personalidade jurídica de direito privado (caso do SERPRO, que é empresa pública)[7]. Esta novidade se alinha às proposições doutrinárias mais recentes quanto ao fato de não ser possível admitir que "as mudanças estruturais se limitem à exteriorização da relação jurídica mantida entre Administração Pública e administrado, devendo ser direcionado um olhar atento e rigoroso ao processo interno de implantação de melhorias por parte do Estado e que gerem adesão por aqueles que são responsáveis por desempenhar diariamente a função pública"[8].

No artigo 26, que cuida do compartilhamento de dados pelo Poder Público, foram mantidas as inclusões dos incisos IV e V – alternativos e não cumulativos[9] –, mas

---

II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

[7] No relatório final da lei, optou-se pela referida redação ao §4º, que havia sido revogado pela MP 869, pelos seguintes motivos (página 58 do documento): "Entendemos que o tratamento da totalidade de bancos de dados de segurança e defesa por empresa privada, aliada ao fato de que essas autoridades não precisem informar a Autoridade quando assim os delegarem, enfraquecem as medidas protetivas da sociedade contra eventuais arbitrariedades e vazamentos de dados sobre tão importante categoria. Ademais, em se tratando de questões de defesa nacional e as conhecidas *back doors* de fabricantes e provedores de aplicações e de bancos de dados que se utilizam de tecnologia estrangeira, há sempre a possibilidade de acesso em nível internacional desses dados. Entretanto, a discussão em Audiência Pública indicou a realidade e a racionalidade de bancos de dados e sistemas de segurança da área de segurança e de investigação serem operados por empresas públicas, tais como o Serpro. Assim, entendemos a necessidade da transferência de dados para tratamento por parte de empresas públicas." (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer nº 1/2019 da Comissão Mista de votação da MP 869/2018*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9EC610DD6ADD2D1AD386EA90CAB11DF6.proposicoesWebExterno1?codteor=1745016&filename=Tramitacao-MPV+869/2018. Acesso em: 31 ago. 2019.)

[8] GONÇALVES, Vilmar Luiz Graça. Direito administrativo e avanços tecnológicos: desafios e conquistas. *In:* BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela (Coords.). *Regulação 4.0*: novas tecnologias sob a perspectiva regulatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 53.

[9] Eis os incisos: "IV - quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; ou V - na hipótese de a transferência dos dados objetivar exclusivamente a prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e resguardar a segurança e a integridade do titular dos dados, desde que vedado o tratamento para outras finalidades."

houve veto ao inciso VI, que cuidava dos dados acessíveis publicamente. Por outro lado, foi consolidada a nova redação dada ao artigo 29, pela MP 869, que apenas delineou com maior clareza a possibilidade de que se solicite não apenas às entidades do Poder Público (Administração indireta), mas também a seus órgãos (Administração direta), "informações específicas sobre o âmbito e a natureza dos dados e outros detalhes do tratamento realizado".

No artigo 5º, foram realizados pequenos ajustes redacionais aos seguintes incisos: (i) inc. VIII, para inserir, em sua parte final, a nomenclatura correta da autoridade nacional (Agência Nacional de Proteção de Dados – ANPD); b) inc. XVIII, com mera conversão da nova redação conferida pela MP 869/2018; c) inc. XIX, com o acréscimo, ao final, da expressão "em todo o território nacional", deixando ainda mais claro o escopo de atuação da Agência Nacional de Proteção de Dados.

Ao artigo 7º, que cuida das hipóteses em que é permitido o tratamento de dados pessoais relativos à saúde[10], se consolidou a seguinte redação ao inciso VIII: "para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária." A novidade está no advérbio 'exclusivamente', inserido para garantir a sintonia da LGPD com o disposto no artigo 1º da Resolução nº 1.605/2000 e no artigo 1º da Resolução nº 1.638/2002, ambas do Conselho Federal de Medicina (CFM), que sinalizam a imperiosidade do sigilo de dados dessa estirpe[11].

Em igual sentido, mas em relação aos dados pessoais sensíveis[12], adaptou-se a redação do artigo 11, inciso II, "f", que agora consta com o seguinte texto: "tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária." Outrossim, alterou-se a redação do §4º do dispositivo e lhe foi acrescido um §5º, assim dispondo:

> Art. 11. (...)
>
> § 4º É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com

[10] CARNEIRO, Isabelle da Nóbrega Rito; SILVA, Luiza Caldeira Leite; TABACH, Danielle. Tratamento de dados pessoais. *In:* FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani (Coords.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados*: Lei nº 13.709/2018. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 73. Anotam: "A Lei Federal nº 8.080/1990, que regulamenta o direito à saúde, inclui o direito à informação do cidadão e o dever do Estado de fundamentar suas políticas e ações em informações sanitárias e evidências científicas, legitimando a coleta e o uso de informações pessoais. A ideia é que os dados tratados em âmbito da saúde sirvam para garantir a qualidade de vida da sociedade e à redução de riscos ao adoecimento."

[11] O primeiro dispositivo conceitua o prontuário médico como o "documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo", ao passo que o segundo dispositivo preconiza que "o médico não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica."

[12] Sobre os dados pessoais sensíveis, confira-se: MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, nº 3, p. 159-180, set./dez. 2018.

> objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observado o § 5º deste artigo, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados, e para permitir:
>
> I - a portabilidade de dados quando solicitada pelo titular; ou
>
> II - as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços de que trata este parágrafo.
>
> § 5º É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários.

A portabilidade de dados já está tratada no artigo 18, inciso V, da lei, mas a reiteração constante do inciso I do §4º do artigo 11 se mostra imprescindível, na medida em que, "quanto mais difícil for para um indivíduo mover seus dados, maior é o poder de mercado detido pelo fornecedor, o que gera dificuldades e impossibilita o sucesso de novos entrantes"[13]. Da mesma forma, o inciso II do §4º corrobora a autodeterminação informativa, realçando direitos do titular para a proteção de dados sensíveis seus.

O §5º, por sua vez, impõe freios à potencial discriminação praticada por operadoras de planos privados de assistência à saúde, resguardando a confiança, sendo pertinente, nesse ponto, a doutrina de Fernando Martins:

> (...) a confiança (a legítima expectativa gerada pelo predisponente) abre hipóteses normativas, ensejando hermenêutica conformadora aos direitos fundamentais a partir das seguintes ponderações: i) a aplicação do princípio da boa-fé objetiva (no manancial das funções interpretativas, integrativas e limitativas de exercício de posição jurídica); ii) cobertura e execução contratual conforme o tráfego despertado, especialmente no que concerne à natureza dos riscos envolvidos; iii) controle de conteúdo das cláusulas contratuais que transferem riscos ao vulnerável e oneram o contrato; iv) relevo diferenciado aos anos de contribuição do consumidor como grupo de saúde empresarial (relacionamento contratual); v) proteção da relação médico-paciente existente em face da intervenção indevida pelas operadoras de saúde; e vi) exigência do consentimento

[13] CRAVO, Daniela Copetti. *Direito à portabilidade de dados*: interface entre defesa da concorrência, do consumidor e proteção de dados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 63.

esclarecido do consumidor frente ao contrato e aos tratamentos como ordem pública procedimental[14].

Ainda acerca da portabilidade de dados[15], a Lei nº 13.853 consolidou a redação do inciso V e do §6º do artigo 18 da LGPD, vinculando tal direito à posterior regulamentação deixada a cargo da autoridade nacional. De fato, o papel da ANPD, no exercício de seu poder regulamentar infralegal, será crucial para a efetivação deste e de outros direitos contidos na lei.

A nova redação do artigo 20, que aborda o tratamento automatizado, foi mantida nos mesmos moldes definidos pela MP 869/2018. Igualmente, o artigo 23, inciso III, teve sua redação mantida, com a inserção da conjunção "e" ao seu final – que delimitaria sua cumulação com o inciso IV, acrescentado pela nova lei, não tivesse este sido vetado[16].

A figura do encarregado também merece breve comentário, pois receberia uma série de importantes ajustes, notadamente quanto ao regime de responsabilidade civil que lhe é aplicável. Sobre esta figura, porém, o veto presidencial[17] ao §4º do artigo 41 culminou na mantença do teor normativo precedente.

---

[14] MARTINS, Fernando Rodrigues. A saúde suplementar como sistema jurídico hipercomplexo e a proteção da confiança. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 120, nº 4, p. 77-101, nov./dez. 2018, p. 88.

[15] DE HERT, Paul; PAPAKONSTANTINOU, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: towards user-centric interoperability of digital services. *Computer Law & Security Review*, Reino Unido: Elsevier, v. 34, nº 2, p. 193-203, abr. 2018, p. 194. Comentam os autores: "*The right to data portability is one of the most important novelties within the EU General Data Protection Regulation, both in terms of warranting control rights to data subjects and in terms of being found at the intersection between data protection and other fields of law (competition law, intellectual property, consumer protection, etc.). It constitutes, thus, a valuable case of development and diffusion of effective user-centric privacy enhancing technologies and a first tool to allow individuals to enjoy the immaterial wealth of their personal data in the data economy. Indeed, a free portability of personal data from one controller to another can be a strong tool for data subjects in order to foster competition of digital services and interoperability of platforms and in order to enhance controllership of individuals on their own data.*"

[16] A redação do inciso IV previa o seguinte: "IV - sejam protegidos e preservados dados pessoais de requerentes de acesso à informação, no âmbito da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, vedado seu compartilhamento na esfera do poder público e com pessoas jurídicas de direito privado." O veto, entretanto, teve a motivação a seguir: "A propositura legislativa, ao vedar o compartilhamento de dados pessoas no âmbito do Poder Público e com pessoas jurídicas de direto privado, gera insegurança jurídica, tendo em vista que o compartilhamento de informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável, que não deve ser confundido com a quebra do sigilo ou com o acesso público, é medida recorrente e essencial para o regular exercício de diversas atividades e políticas públicas. Sob este prisma, e a título de exemplos, tem-se o caso do banco de dados da Previdência Social e do Cadastro Nacional de Informações Sociais, cujas informações são utilizadas para o reconhecimento do direito de seus beneficiários e alimentados a partir do compartilhamento de diversas bases de dados administrados por outros órgãos públicos, bem como algumas atividades afetas ao poder de polícia administrativa que poderiam ser inviabilizadas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional."

[17] Com efeito, foram essas as razões do veto: "A propositura legislativa, ao dispor que o encarregado seja detentor de conhecimento jurídico regulatório, contraria o interesse público, na medida em que se constitui em uma exigência com rigor excessivo que se reflete na interferência desnecessária por parte do Estado na discricionariedade para a seleção dos quadros do setor produtivo, bem como ofende direito fundamental, previsto no art. 5º, XIII da Constituição da República, por restringir o livre exercício profissional a ponto de atingir seu núcleo essencial."

Com o veto, também foram afastados os três incisos que acompanhariam o acima mencionado §4º e que compunham o elenco de matérias a serem regulamentadas pela ANPD: i) os casos em que o operador deveria indicar encarregado; ii) a indicação de um único encarregado, desde que facilitado o seu acesso, por empresas ou entidades de um mesmo grupo econômico; iii) a garantia da autonomia técnica e profissional no exercício do cargo.

Devido à ausência de menção expressa à responsabilidade civil do encarregado de dados – responsável por passar instruções ao controlador e a seus colaboradores quanto à proteção de dados – no artigo 42, nota-se sonora lacuna, uma vez que se trata de figura central para o controle de eventos danosos, na medida em que a exaração de qualquer espécie de comando errôneo, por parte do encarregado, pode vir a causar dano e, para solucionar o caso, impõe-se a leitura do artigo 43, inciso III, que expressamente afasta a responsabilidade civil dos agentes de tratamento (controladores e operadores) quando esta puder ser transferida a terceiro, o que permitiria responsabilizar o encarregado na hipótese descrita, embora, para isso, seja passível de invocação a disciplina jurídica contida noutras fontes normativas, como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

3. A Agência Nacional de Proteção de Dados

Finalmente, merece destaque a delimitação das normas concernentes à implementação da Agência Nacional de Proteção de Dados, tema que foi amplamente debatido nas audiências públicas realizadas pelo Congresso Nacional, pois, indubitavelmente, a existência de uma autoridade nacional independente é aspecto fundamental para a efetivação da lei.

Importante estudo realizado na Austrália mostrou que, em todo o mundo, autoridades nacionais realmente fortes existem na grande maioria dos países que já possuem legislações de proteção de dados. Foram averiguados 132 países e constatou-se que apenas 10% (dez por cento) não criaram autoridades específicas e 10% (dez por cento) demoraram muito para fazê-lo, e, no majoritário rol de países que criaram agências com perfil adequado, seu caráter independente foi festejado pelo estudo. Inclusive, às autoridades não dotadas de independência foi reservado, pelo autor do estudo, um lugar no "*Hall of Shame*"[18].

Nesse compasso, a redação final da Lei nº 13.853/2019 assim tratou do assunto, em seu artigo 55-A:

> Art. 55-A. Fica criada, sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República.

[18] GREENLEAF, Graham. Global Data Privacy 2019: DPAs, PEAs, and their Networks. *University of New South Wales Law Research Series*, Sydney, v. 158, Research Paper n. 19-68, p. 1-7, ago. 2019.

> § 1º A natureza jurídica da ANPD é transitória e poderá ser transformada pelo Poder Executivo em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada à Presidência da República.
>
> § 2º A avaliação quanto à transformação de que dispõe o § 1º deste artigo deverá ocorrer em até 2 (dois) anos da data da entrada em vigor da estrutura regimental da ANPD.
>
> § 3º O provimento dos cargos e das funções necessários à criação e à atuação da ANPD está condicionado à expressa autorização física e financeira na lei orçamentária anual e à permissão na lei de diretrizes orçamentárias.

Se o texto original da LGPD, aprovado em agosto de 2018, previa a criação de uma entidade, com natureza autárquica e, portanto, pertencente à Administração Pública indireta no plano federal, a MP 869/2018 andou em sentido diametralmente oposto, criando-a como órgão vinculado à Presidência da República[19]. Agora, na consolidação do texto final da reforma, nota-se o intuito de equacionar a questão, com a criação da ANPD como órgão, mas de natureza transitória, sendo possivelmente transformada em entidade (autarquia) *a posteriori*.

Naturalmente, a inserção do verbo "poderá" no §1º do artigo 55-A causa algum receio, uma vez que deixa em aberto certo grau de discricionariedade para a efetiva conversão do novo órgão em entidade, embora o §2º delimite um prazo de até 2 (dois) anos para que esta decisão seja tomada.

Na mesma toada em que se clama pela efetivação da proteção de dados para a estabilização das relações sociais travadas na *Internet*, diversas nuances permanecem nebulosas, mesmo com reformas, ajustes, audiências públicas, alterações e proposições para a adaptação estrutural do Estado em relação a seu aparelhamento voltado ao atendimento de seus deveres de proteção[20].

Nessa linha, espera-se que a consolidação legislativa de tão importante direito fundamental – a proteção de dados pessoais – sacramente uma mudança profunda na forma de realização das atividades de Estado para que se prime pela independência de quem, ao fim e ao cabo, deverá assumir o fardo de regulamentar, fiscalizar e aplicar sanções.

[19] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. ANPD em busca de sua autonomia: é preciso aperfeiçoar a MP 869/2018. *Jota*. 1º de maio de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-01/garantias-consumo-anpd-busca-autonomia-preciso-aperfeicoar-mp. Acesso em: 03 ago. 2019.
[20] SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 585.

4. Conclusão

Em linhas conclusivas, constata-se que as mudanças já realizadas na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira sinalizam a preocupação do legislador com a confiabilidade de seu texto final, repleto de nuances complexas e que demandarão de todos os agentes de dados profundas adaptações em suas rotinas relacionadas às operações de coleta e tratamento de dados.

Em breves linhas, procurou-se averiguar, pontualmente, as principais modificações realizadas pela Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, que consolidou o texto anterior, que já havia sido alterado pela Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018. Anotou-se que, em grande parte, o legislador buscou esclarecer o escopo de aplicação da normativa, particularmente no que diz respeito ao Estado e às suas atividades enquanto agente de dados e, também, enquanto responsável por fiscalizar e sancionar atividades realizadas em desconformidade com os ditames da lei.

A preocupação com dados relacionados à saúde e dados acadêmicos reafirma esta cautela mais ampla com determinadas espécies de dados, ao passo que questões como o tratamento automatizado ainda parecem suscitar dúvidas quanto a seu escopo de proteção.

É inegável que a consolidação do texto que cria a Agência Nacional de Proteção de Dados reforça o papel crucial que tal órgão terá, ao fim do período de *vacatio legis*, para que não se tenha o esvaziamento da norma. Espera-se, ademais, que sua conversão de órgão da Administração direta em entidade (autarquia) da Administração indireta, no plano federal, venha a se concretizar, assegurando-se maior independência em sua atuação.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Emenda de Redação nº 1 ao PLV nº 7/2019 (Relativo à MP 869/18 - Proteção de Dados Pessoais).* Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1756124&filename=ERD+1/2019+%3D%3E+MPV+869/2018. Acesso em: 31 ago. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Parecer nº 1/2019 da Comissão Mista de votação da MP 869/2018.* Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9EC610DD6ADD2D1AD386EA90CAB11DF6.proposicoesWebExterno1?codteor=1745016&filename=Tramitacao-MPV+869/2018. Acesso em: 31 ago. 2019.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). In:* Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 31 ago. 2019.

_____. Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019. *Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de*

Proteção de Dados; e dá outras providências. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 jul. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm. Acesso em: 31 ago. 2019.

CARNEIRO, Isabelle da Nóbrega Rito; SILVA, Luiza Caldeira Leite; TABACH, Danielle. Tratamento de dados pessoais. *In:* FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani (Coords.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados*: Lei nº 13.709/2018. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CRAVO, Daniela Copetti. *Direito à portabilidade de dados*: interface entre defesa da concorrência, do consumidor e proteção de dados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DE HERT, Paul; PAPAKONSTANTINOU, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The rightto data portability in the GDPR: towardsuser-centricinteroperabilityof digital services. *Computer Law & Security Review*, ReinoUnido: Elsevier, v. 34, nº 2, p. 193-203, abr. 2018.

DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *In:* MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). *Direito digital*: direito privado e Internet. 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

DU BOIS, François. Social purposes, fundamental rights and the judicial development of private law. In: NOLAN, Donal; ROBERTSON, Andrew (Eds.). *Rights and private law*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

FLORIDI, Luciano. *The ethics of information*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GONÇALVES, Vilmar Luiz Graça. Direito administrativo e avanços tecnológicos: desafios e conquistas. *In:* BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela (Coords.). *Regulação 4.0*: novas tecnologias sob a perspectiva regulatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GREENLEAF, Graham. Global Data Privacy 2019: DPAs, PEAs, andtheir Networks. *University of New South Wales Law Research Series*, Sydney, v. 158, Research Paper n. 19-68, p. 1-7, ago. 2019.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A saúde suplementar como sistema jurídico hipercomplexo e a proteção da confiança. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 120, nº 4, p. 77-101, nov./dez. 2018.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Primeiras impressões sobre as alterações da Medida Provisória 869/2018 na LGPD. *Jota*. 14 jan. 2019. Disponível em: http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-mp-autoridade-dados-pessoais-14012019. Acesso em: 31 ago. 2019.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, nº 3, p. 159-180, set./dez. 2018.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. ANPD em busca de sua autonomia: é preciso aperfeiçoar a MP 869/2018. *Jota*. 1º de maio de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-01/garantias-consumo-anpd-busca-autonomia-preciso-aperfeicoar-mp. Acesso em: 03 ago. 2019.

SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares. 3ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 585.

Pessoa Jurídica – Fundações

Sistema Fundacional e Responsabilidade Social

DOLORES MARIA FERREIRA (*)

I – *Sociedade Civil*

Em princípio, cabe a indagação: O que é sociedade civil?

No final do século XVI, reconhecia-se o Direito Civil distinto do Direito Penal, compreendendo matérias pertencentes ao direito privado. Já o significado oitocentista e hodierno da expressão "sociedade civil" nasceu da contraposição entre uma esfera política e uma esfera não política.

Segundo a tradição acadêmica alemã, integrada por GEORG JELLINEK, concebeu-se a sociedade civil como "conjunto de relações não reguladas pelo Estado, e portanto como tudo aquilo que sobra uma vez bem delimitado o âmbito no qual se exerce o poder estatal" (1).

A digressão histórica tem mostrado que a dificuldade maior em definir de forma positiva a sociedade civil está em definir o campo de atuação do Estado, para estabelecer a dicotomia sociedade civil/instituições políticas.

No entanto, a sociedade civil pode ser reconhecida, desde logo, como o lugar onde se instalam os conflitos nos setores econômicos, sociais, ideológicos, religiosos, dentre outros, em geral resolvidos pelas instituições estatais, seja através de mediação ou através de meios repressivos.

Desta contraposição sociedade civil/instituições políticas despontam, como sujeitos de conflitos, as classes sociais, os grupos, os movimentos, as associações e seus representantes.

NORBERTO BOBBIO (2) cita, ainda como elementos das sociedades civis, os grupos de interesse, toda e qualquer associação com finalidade social e indiretamente política, os movimentos de emancipação de grupos étnicos, de defesa dos direitos civis, de liberação da mulher, ao lado dos partidos políticos que, embora pertencentes à sociedade civil, integram as instituições políticas.

Pode-se afirmar, também, que, analisando a sociedade em seu aspecto global, em sentido amplo, verifica-se que a sociedade civil ocupa o espaço reservado aos *in put* e aos *out put*, aquele traduzido pelas demandas sociais e este pelas

---

(1) BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade para uma Teoria Geral da Política*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 4ª Edição, 1992, p. 34.
(2) *Idem, op. cit.*, p. 36.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 11 (3ª Fase), jan./jun. 2000, p. 83-92.

respostas dadas pelo sistema político, estabelecendo-se o contraste entre quantidade e qualidade das demandas e capacidade das instituições em atendê-las de forma adequada e tempestiva.

Enfim, a análise histórica revela que num primeiro momento assistiu-se a um processo de emancipação entre a sociedade e o Estado, seguido, porém, de uma reapropriação da sociedade por parte do Estado e, ainda, que a transformação do Estado de Direito em Estado Social fez com que este mal se distinguisse da sociedade civil, totalmente invadida por ele através da regulamentação das relações econômicas em decorrência da natureza "social" do Estado moderno.

A este processo de "estatalização" da sociedade correspondeu, inversamente, o processo de socialização do Estado, podendo empregar-se a expressão *Estado Social* "não só no sentido de Estado que permeou a sociedade mas também no sentido de Estado permeado pela sociedade" [3].

Entretanto, o conceito contemporâneo de Estado vem passando por sérias transformações, sobretudo em nível econômico, com preponderância das políticas de mercado, não se aceitando mais o *Welfare State*. Com o surgimento do fenômeno da globalização da economia, desapareceram as fronteiras geográficas, propiciando o aparecimento de organizações regionais, como a Comunidade Comum Européia, o Mercosul e outras, impondo a uniformização da língua e a adoção de moeda única.

Ainda assim, pode-se concluir, sem receio, que o debate atual conduz à **permanência** da contraposição sociedade civil e Estado, para diferenciar o campo da política (Estado) do que não é política (sociedade civil), sem que isto represente a hiperestatização daquele ou uma despolitização desta, conduzindo à noção de política como parte constitutiva de uma sociedade histórica, em que o Estado deixaria de exercer o monopólio das práticas políticas, abrindo um espaço para que a sociedade civil também assuma, ao seu lado, a responsabilidade pelas demandas sociais, interesses e conflitos de classes.

Entretanto, qual é o papel deste novo Estado? Qual é o papel da sociedade civil? A dicotomia sociedade civil/instituições políticas passa também por um processo de mudanças, e é neste contexto que desponta o Terceiro Setor.

II – *O Direito Social e o Terceiro Setor*

Ao lado da divisão clássica do Direito em Direito Público e Direito Privado, desponta o Direito Social como aquele ramo do Direito que cuida do indivíduo inserido em seu grupo social, em sua classe, em sua comunidade.

---

[3] *Idem, op. cit.*, p. 51.

No século XVIII, já se podia observar os primeiros sintomas de estabelecimento dos direitos sociais, mas de maneira isolada e não como parte integrante do *status* da cidadania.

Não se deve perder de vista que a análise história da cidadania leva à fragmentação de seu conceito em três dimensões ou aspectos, a saber, o civil, o político e o social.

Segundo MARSHALL [4], o desenvolvimento desses elementos da cidadania se deu de forma linear, surgindo o primeiro no século XVIII, o segundo no século XIX, e o terceiro no século XX, tendo como berço a Inglaterra.

A dimensão civil da cidadania corresponde aos direitos necessários à liberdade individual, como liberdade de locomoção, de expressão, de pensamento, de fé, de propriedade, liberdade de contratar, direito a uma justiça eqüitativa, ou seja, o direito de defender e afirmar todos os direitos cuja instituição mais ligada a esses direitos civis era, quando de seu surgimento, o Parlamento.

O elemento político da cidadania corresponde aos direitos de participar do exercício do poder político, consubstanciados no direito de participação como membro do poder político e no direito de participação como eleitor dos membros, sendo também o Parlamento a instituição correspondente a esses direitos, à época.

Já o aspecto social da cidadania se estampa naquela gama de direitos que garantem ao cidadão um mínimo de bem-estar econômico e a segurança de participar por completo na comunidade, levando uma vida digna, de acordo com os padrões prevalecentes na sociedade. Corresponde-lhe, como instituição, o sistema educacional e os serviços sociais.

Até o século XX, a cidadania exerceu pouca influência sobre a desigualdade social. Entretanto, o aparecimento de componentes de uma vida civilizada e culta ao alcance de muitos, no final do século passado, fez com que os direitos sociais fossem aos poucos se incorporando ao *status* da cidadania, passando a serem reconhecidos como meio de redução das diferenças de classes e instrumento de equilíbrio entre justiça social e economia de mercado.

A complexidade de demandas sociais trouxe ao "Estado Providência" o que se pode chamar de crise de governabilidade, diante da dificuldade, ou quiçá da impossibilidade, do cumprimento até mesmo de sua função precípua de prestação de serviços públicos essenciais, como segurança, saúde pública e educação básica.

A redefinição das relações entre o Estado e a sociedade civil tornou-se imperiosa.

---

[4] MARSHALL, T. H - Texto extraído de conferência proferida pelo autor, sociólogo, na Universidade de Cambridge, em 1949, em homenagem ao economista ALFRED MARSHALL, inspirado na obra deste, intitulada *The future of the Working Classes*.

Abriu-se, desta forma, à sociedade civil este espaço deixado pelo setor público, passando a mesma a atuar através de associações, organizações não governamentais (ONG's), sociedades de amigos, fundações e tantas outras entidades jurídicas congêneres, todas sem finalidade lucrativa, em busca de soluções para os anseios da coletividade. E é justamente este espaço, situado ao lado do setor público e do setor empresarial, que se denomina Terceiro Setor.

Vindo em auxílio ao setor público, procurando minimizar as desigualdades sociais, elevando a qualidade de vida a níveis aceitáveis, o Terceiro Setor tem como fundamento ético os princípios de solidariedade humana e, como respaldo legal, o Direito Social, este finalisticamente voltado para a justiça social e ao amparo às entidades destinadas à filantropia.

Dentre as entidades voltadas para a filantropia, destacamos as fundações, que sempre desempenharam, por sua própria tradição, papel relevante como instrumento para concretização dos direitos sociais.

III – *Fundações*

1 – Histórico

A idéia de fundação nasceu da necessidade humana de mútua ajuda. Mesmo antes de Cristo, os mais abastados, movidos pela solidariedade, já separavam parte de seu patrimônio em socorro aos menos favorecidos.

Historiadores citam a doação da Biblioteca de Alexandria pelos Ptolomeus como um dos primeiros casos de deslocamento de patrimônio de seus titulares com fins altruísticos. Outro exemplo é encontrado na Escola fundada por Platão nos jardins de Academos (Academia), legada por ele a todos os discípulos sucessores.

Na Roma antiga, sob a influência da Grécia, as fundações floresceram por razões humanitárias, com finalidades variadas, desde o culto funerário, assistência aos enfermos, às viúvas, até a distribuição de alimentos.

Embora no Direito Romano clássico só fosse atribuída personalidade jurídica às associações, já existiam patrimônios vinculados a determinada finalidade, cuja transferência a uma cidade ou *collegium* se operava *inter vivos* ou por disposição testamentária.

Enquanto as fundações não foram concebidas como titulares de direitos e obrigações, os romanos doavam ou legavam seus próprios bens a uma pessoa jurídica com o encargo de destiná-los aos fins pretendidos pelos doadores e com estipulação de pena pecuniária em caso de inexecução, cuja fiscalização exercia-se através do *curator reipublicae*.

Com exceção da personalidade, estas entidades muito se assemelhavam às fundações do direito moderno.

A outorga de personalidade jurídica a uma massa de bens destinados a um fim assistencial ou cultural ocorreu bem mais tarde, em decorrência da evolu-

ção da doutrina cristã inspirada na *pia causa*, quando foi admitida a pessoa jurídica no direito positivo.

No Brasil, as fundações se inspiraram nas ações de caridade e solidariedade das ordens religiosas que aqui se instalaram.

A **Fundação Romão de Matos Duarte**, criada em 1752, embora funcionasse agregada à Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, é tida como o primeiro esboço de fundação em nosso país.

Entretanto, somente com o advento da Lei nº 173, em 1903, foi atribuída personalidade jurídica às entidades com fins literários, científicos e religiosos, sendo que, em 1912, a Nova Consolidação do Direito Civil de Carlos de Carvalho já previa as fundações como pessoas jurídicas de direito privado [5].

Contudo, foi em 1916, com a entrada em vigor do Código Civil brasileiro, que foi consolidada a figura da fundação já existente em legislações esparsas.

2 - Conceito e natureza jurídica

O conceito de fundações, no dizer de Caio Mário da Silva Pereira [6], é "a atribuição de personalidade jurídica a um patrimônio, que a vontade humana destina a uma finalidade social. É um pecúlio, ou um acervo de bens, que recebe da ordem legal a faculdade de agir no mundo jurídico, e realizar as finalidades a que visou o seu instituidor"

Constituindo um patrimônio em função do fim a que se destina, vê-se logo seu substrato material, representado pela idéia ou pela afetação patrimonial que as caracteriza, diferentemente das sociedades e das associações, cujo substrato é a vontade das pessoas.

O acervo de bens que as integra desprende-se da vontade criadora para cumprir sua destinação de forma absolutamente autônoma, cuja atuação se dá através de seus órgãos com poder de deliberação.

3 – Regulamentação normativa

No direito positivo brasileiro, as fundações estão inseridas no Código Civil entre as pessoas jurídicas de direito privado, estando a matéria regulada em seus artigos 24 a 30 e nos artigos 1.199 a 1.204 do Código de Processo Civil.

Em síntese, nascem de um ato constitutivo representado pela inequívoca manifestação de vontade do instituidor, declarada através de escritura pública ou testamento, no sentido de se fazer a dotação patrimonial, composta por bens livres e desimpedidos, e a determinação do fim a que se destina.

---

[5] Rafael, Edson José. *Fundações e Direito - 3º Setor*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1997, p. 65.
[6] Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Brasília: Editora Forense, 4ª Edição, 1974, vol. I, p. 303.

A apreciação do ato constitutivo, estatuto, compete ao Ministério Público do Estado em que a fundação terá sede, podendo aceitá-lo, sugerir modificações ou rejeitá-lo, cabendo ao interessado obter o suprimento judicial nos dois últimos casos.

Aliás, a própria elaboração do estatuto poderá ser feita pelo Ministério Público, não a fazendo o instituidor nem nomeando quem a faça, ou, ainda, não cumprindo o responsável o encargo, dentro de seis meses, caso não tenha havido estipulação de prazo. Nesta hipótese, o ato constitutivo deverá ser submetido à aprovação judicial.

Tal apreciação abrangerá a licitude dos fins a que se destina, a suficiência da dotação para o cumprimento de suas finalidades. Sendo esta insuficiente, os bens serão convertidos em Títulos da Dívida Pública, para complementação por meio dos rendimentos auferidos, se diversamente não dispôs o testador.

Obtida a aprovação, far-se-á o registro, no Ofício do Registro Civil das Pessoas Jurídicas, com o qual a fundação adquire personalidade jurídica, não podendo ser alcançada por ato revogatório.

Da mesma forma, as alterações estatutárias serão submetidas ao Ministério Público, cabendo, também, apreciação pelo Judiciário em caso de denegação.

No que tange ao ato de extinção das fundações, tornando-se ilícito o seu objeto, impossível a sua manutenção ou vencendo-se o prazo de sua existência, poderá ser pleiteado pelo Ministério Público ou por qualquer outro interessado, revertendo-se o patrimônio da entidade extinta a outra de fins similares.

Saliente-se, ainda, que cabe ao Ministério Público o afastamento de administradores e gestores de seus cargos, não prestando contas de seus atos ou por má gestão na administração da entidade.

Enfim, cumpre assinalar que também estão submetidas ao Ministério Público as fundações internacionais, nos termos do art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil, desde que atuem diretamente no Brasil.

Outro ponto importante a ressaltar é que, na qualidade de entidades filantrópicas, as fundações gozam de privilégios tributários, conforme assegura o art. 150, inciso VI, alínea "c", da Constituição Federal e art. 14 do Código Tributário Nacional, bem como da isenção de contribuições previdenciárias.

Em singelo relato, esta é a dinâmica pela qual as fundações se constituem, se desenvolvem, se modificam e se extinguem, conforme as disposições legais antes mencionadas.

4. A atuação do Ministério Público

O fundamento legal para a atuação do Ministério Público no campo fundacional pode ser encontrado nos arts. 127, *caput*, e 129, II e III, da Constituição Federal, dos arts. 24 a 30 do Código Civil, arts. 82, inc. III e 1.199 a 1.204 do Código de Processo Civil.

No exercício de suas atribuições constitucionais, o Ministério Público assume o papel de garantidor da cidadania, velando pela concretização dos objetivos previstos no art. 3º e seus incisos, da Constituição Federal.

É campo propício para sua atuação os direitos sociais enumerados no art. 6º da Carta Magna, como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Ora, sendo as fundações o instrumento de efetivação destes direitos, é, por excelência, o Ministério Público a instituição adequada para exercer a fiscalização das entidades fundacionais.

Entretanto, o papel do Ministério Público junto às fundações não se restringe à mera fiscalização ou controle dos atos de gestão, mas tem caráter de atividade de **provedoria**, vocábulo que deriva do latim *providere*, isto é, atividade de auxílio, de ajuda, de trabalho conjunto na busca de soluções, enfim, de parceria com as fundações.

A atividade ministerial nesta área tem também respaldo no reconhecimento do Ministério Público como instituição responsável pelo pleno exercício da cidadania, patenteado na Carta de 1988, que lhe reservou funções relevantíssimas na tutela de interesses sociais e individuais indisponíveis.

A natureza jurídica de tal atuação é nitidamente protetiva, o que leva à conclusão tranqüila de que tem o Ministério Público atribuição legítima para velar não só pelas fundações, mas também pelas demais entidades de natureza filantrópica, bastando para tal enfrentar o desafio, já superado quanto às primeiras, com a galhardia que lhe é inerente.

IV – *Organização do Terceiro Setor e sistema fundacional*

Considerando que as transformações sociais ocorrem de forma profunda e veloz, uma atuação eficaz do Terceiro Setor exige a integração de suas instituições, sem a qual o alcance de seu papel no aprimoramento da sociedade civil se daria de forma lenta e deficiente.

As redes regionais possibilitam um desempenho melhor das entidades filantrópicas no contexto internacional de hoje, que aponta unanimemente para o fortalecimento da sociedade civil.

A formação de uma base coesa de coordenação, comunicação e informação entre as instituições que compõem a rede, tanto no plano conceitual, como no plano instrumental, conduz a soluções mais rápidas dos problemas comuns.

A ação conjunta e a partilha de experiências evitam a repetição de erros, trazendo, sem dúvida, resultados positivos com maior facilidade.

Isto não significa que a construção de redes venha subtrair a autonomia indispensável para que as instituições cumpram suas finalidades de forma plena, em busca do aprimoramento da sociedade civil.

Sobretudo, é no campo da pesquisa e do desenvolvimento científico e tecnológico, na elaboração de projetos, convênios, estudos, realização de simpósios e congressos, que se fazem sentir de forma mais acentuada as vantagens da criação de sistemas de rede das entidades que compõem o Terceiro Setor.

As fundações, como entidades de grande expressão no âmbito do Terceiro Setor por tradição, já suplantaram a atuação individual, organizando-se de forma integrada, superando as fronteiras regionais, nacionais e internacionais.

Na esfera jurídica, aventa-se a possibilidade de harmonização das legislações, criando-se uma infra-estrutura capaz de assegurar o exercício pleno da cidadania em seus três aspectos, ou seja, garantindo-se os direitos individuais, políticos e sociais através da atividade fundacional.

No âmbito internacional, já se pode contar com organizações, como o Centro Europeu de Fundações, a Confederação Espanhola de Fundações, o Centro Português de Fundações, a Confederação Ibero-americana de Fundações, bem assim com a realização sistemática de eventos em nosso continente, como os Encontros Ibero-americanos do Terceiro Setor, os Encontros Internacionais de Fundações Privadas, Encontros de Fundações do Mercosul, dentre outros.

Em nosso país, como resultado desta ação conjunta, foi criado o CEBRAF – Centro Brasileiro de Fundações e vemos, com satisfação, proliferar a organização de entidades representativas em nível estadual através da criação das respectivas Federações e Associações.

A partir da década de 90, vemos concretizada a instituição de entidades representativas de fundações em nível estadual, sendo que dos nossos 27 estados federativos, muitos já se organizaram e em outros elas estão em processo de instituição. Hoje, contamos com FUNDAMIG – Federação das Fundações Privadas de Minas Gerais, com a ARGF – Associação Rio-Grandense de Fundações, com a FUNPERJ – Federação das Fundações Privadas do Estado do Rio de Janeiro, com o Centro Catarinense de Fundações, com a FUNPEGO – Federação das Fundações Privadas de Goiás, com a FUNDAE – Federação das Fundações de Direito Privado do Espírito Santo, com a ABAF – Associação Baiana de Fundações, com a FUNPAR – Federação Paranaense de Fundações Privadas, com a ASPAF – Associação Paraense de Fundações, o Mato Grosso do Sul pela AFNGS – Associação de Fundações Privadas do Mato Grosso do Sul e com a Associação das Fundações do Distrito Federal.

Em decorrência, viabilizou-se a realização sistemática de estudos, painéis, congressos e encontros, trazendo-se uma contribuição inestimável para o desenvolvimento da pesquisa e da produção científica.

Está lançada, portanto, a semente da implantação de um sistema fundacional.

V – *Conclusão*

Não obstante estarem as fundações de direito privado inseridas no âmbito da sociedade civil e não no do governo, apresentam características de formalismo em suas estruturas jurídica e financeira, fator que as coloca como entidades de maior potencial para responder de forma eficaz às tarefas do Terceiro Setor, garantindo a credibilidade das instituições e estreitando o relacionamento com o Estado.

Sem questionar a imprecisão dos dados estatísticos em nosso país, fala-se, hoje, na existência de cerca de cento e oitenta mil entidades filantrópicas, dentre associações, institutos e fundações. Esta realidade leva à inabalável conclusão da necessidade imperiosa de organização de um *sistema fundacional* eficiente, pronto a promover a efetivação dos direitos sociais.

Podemos observar que a criação de entidades associativas no mundo fundacional tem seguido, até então, critérios geopolíticos, e, conforme citamos, doze unidades da federação já se organizaram em federações, centros ou associações de fundações.

Entendemos que o sistema fundacional brasileiro, assim iniciado, deve expandir-se, seguindo, a par do critério mencionado, outros que levassem em conta a especificidade das instituições que viessem a congregar, viabilizando, de modo mais ágil, o mútuo conhecimento, a identificação de problemas, o pensar junto, o estabelecimento de rotinas uniformes válidas para todas as entidades agregadas pela rede, enfim, a busca de resultados de forma homogênea, segundo o campo de atuação.

É nítida a responsabilidade do Ministério Público perante a cidadania, e não podemos esquecer que foi na área de fundações que exerceu pioneiramente seu mister de defensor da sociedade *com feitio de instituição social*, seguido pela atuação em outros setores do direito social, como no campo do consumidor, do meio ambiente, do acidente de trabalho, da infância e da juventude, dos incapazes e tantos outros.

Tomando em consideração esta responsabilidade, ousamos trazer, como ponto de reflexão, a extensão da atuação do Ministério Público a todas as entidades filantrópicas, além das fundações, reforçando tese também defendida pelo Dr. Lincoln Antônio de Castro [7]. Sobre o que fazer e como fazer, o agir nesta direção faz parte da saudável transformação permanente, indispensável ao aprimoramento das instituições em geral, e do Ministério Público em particular, por constituir-se verdadeiro instrumento da democracia social.

---

[7] Trata-se de tese do Dr. Lincoln Antônio de Castro, Promotor de Justiça, membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, aprovada no 12º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em 1992, na cidade de Salvador - Bahia, também autor da obra *O Ministério Público e As Fundações de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1995.

Por derradeiro, lançamos nosso apelo aos colegas que atuam na área fundacional para que consignem sua adesão ao movimento, já iniciado, coordenado pelo Dr. Edson Luiz Peters [8], de criação de uma entidade associativa que congregue os Curadores de Fundação, em nível nacional, com comprometimento finalístico voltado para o fortalecimento da relação Ministério Público/Fundação, pois só assim estaremos contribuindo, de forma plena, para o cumprimento das atribuições contidas no art. 129 da Constituição Federal.

Referências Bibliográficas

— Anais do I Encontro das Fundações Privadas e o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 16 e 17 de maio de 1996.

— Anais do I Encontro das Fundações do Mercosul. Porto Alegre: 20 e 21 de março de 1997.

— Anais do II Encontro Internacional de Fundações Privadas e III Encontro Estadual de Fundações. Porto Alegre: 30 de setembro a 2 de outubro de 1997.

— Bobbio, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade para uma Teoria Geral da Política*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 4ª Edição, 1992.

— Castro, Lincoln Antônio de. *O Ministério Público e as Fundações de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1995.

— Marshall, T.H. Cidadania, *Classe social e Status*, Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1967.

— Rafael, Edson José. *Fundações e Direito - 3º Setor*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1997.

— *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Ministério Público, Centro de Estudos Jurídicos, V. I, Ano 1, nº 1, jan/jun/1995.

— *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Ministério Público, Centro de Estudos Jurídicos, V. I, Ano 1, nº 2, jul/dez/1995.

[8] O Dr. Edson Luiz Peters é membro do Ministério Público do Estado do Paraná e Coordenador do Centro de Apoio Operacional do Ministério Público do Estado do Paraná, criado pela Resolução nº 461/98, da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Paraná.

(*) Dolores Maria Ferreira é Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro e Curadora de Fundações do Interior.

Fundações Testamentárias de Direito e em Comum: a partilha como marco temporal fundamental de possibilidade de constituição

José Marinho Paulo Junior*
Waleska Nogueira Reis Schettini Pinto**

Sumário

1. Introdução. 2. Fundações Testamentárias e Partilha. 3. Fundações em comum no âmbito do inventário: possibilidade de aplicação analógica dos artigos 986 a 990 do Código Civil. 4. Conclusões.

Resumo

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, o termo a partir do qual a fundação instituída por testamento deve ser constituída. Com referencial na teoria da fundação enquanto universalidade de bens de Clovis Bevilácqua, o recorte de pesquisa não se dedica a estabelecer critérios de aptidão de estatuto fundacional projetado. Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender, especialmente em sede de inventário judicial, a aplicabilidade razoável das previsões normativas do Código Civil, com exigibilidade ou não de aprovação de estatuto e criação do ente fundacional no Direito brasileiro, a par de equacionar a responsabilidade por custos da atividade altruísta (coincidente com a da fundação projetada), iniciada ou não pelo instituidor ainda em vida. Conclui que a lógica sistemática impõe seja aguardada a partilha para, somente após, ser criada a fundação e iniciada sua atividade, hábil a partir dali a arcar com os custos operacionais, sem risco a herdeiros ou titulares de dívidas do espólio.

Abstract

This article aims to assess through bibliographic review the moment from which the foundation instituted by a will might be actually created. Clovis Bevilacqua´s foundation-as-a-group-of-rights theory as a scientific reference, the research does not try to establish any criteria to a statute of this kind of entity. The study is justified by the need of comprehension of the enforceability of the approval of the statute (specially in a judicial procedure) and the

* Doutorando em Direito (UNESA). Mestre em Direito Processual (UERJ). Especialista em Mediação e Negociação pelo *Justice Institute of British Columbia* (Canadá). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.
** Especialista em Defesa do Consumidor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 82 (3ª Fase), out./dez. 2021, p. 129-140.

creation of the foundation according to Brazilian Law, as well as assigning responsibility for the costs of the altruistic activity (identical to the one of the projected foundation), performed or not by the institutor in life. The article concludes that, on account of systematic logic, the creation of the foundation must wait the partition and that only afterwards the new entity starts its activities, paying for its costs without putting others (neither heirs nor creditors) at risk of insolvability.

Palavras-chave: Fundação de direito privado. Testamento. Constituição. Partilha. Marco temporal.

Keywords: *Foundations. Will. Constitution. Partition. Time frame.*

1. Introdução

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, o termo a partir do qual a fundação instituída por testamento deve ser constituída. Com referencial na teoria da fundação enquanto universalidade de bens de Clovis Bevilácqua, o recorte de pesquisa não se dedica a estabelecer critérios de aptidão de estatuto fundacional projetado. Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender, especialmente em sede de inventário judicial, a aplicabilidade razoável das previsões normativas do Código Civil, com exigibilidade ou não de aprovação de estatuto e criação do ente fundacional no Direito brasileiro, a par de equacionar a responsabilidade por custos da atividade altruísta (coincidente com a da fundação projetada), iniciada ou não pelo instituidor ainda em vida.

2. Fundações Testamentárias e Partilha

Prima facie, constata-se o tratamento sucinto (e algo precário) dado pelo Código Civil à matéria fundacional[1]. É, pois, singela e lacunosa a base normativa a partir da qual se tece a presente análise[2].

De toda sorte, tal diploma normativo, embora com enormes vazios legais, claramente divisa "*instituição*" de "*constituição*" da fundação, aquela precedente a esta. Tal diferenciação, em se tratando de fundação por ato de vontade *post mortem*, ganha significativa relevância, na medida em que, mesmo cumprido o testamento, não está ainda formada a fundação, faltando-lhe meios financeiros para perseguir seus fins sociais. A constituição da fundação ocorrerá apenas (ressalvada a excepcional hipótese de autorização judicial incidental, *ex vi* do parágrafo único do artigo 647 do Código de Processo Civil[3]) com a inscrição do estatuto junto ao Registro Civil de Pessoas

---

[1] Art. 62 Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins de: I – assistência social; II – cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III – educação; IV – saúde; V – segurança alimentar e nutricional; VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII – pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; VIII – promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; IX – atividades religiosas; e X – (VETADO). 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. 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. Art. 65 Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 62), o estatuto da fundação projetada, submetendo-o, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz. Parágrafo único. Se o estatuto não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, em cento e oitenta dias, a incumbência caberá ao Ministério Público. Art. 66 Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas. § 1 º Se funcionarem no Distrito Federal ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. § 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público. 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 no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, findo o qual ou no caso de o Ministério Público a denegar, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado. Art. 68 Quando a alteração não houver sido aprovada por votação unânime, os administradores da fundação, ao submeterem o estatuto ao órgão do Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, em dez dias. Art. 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.

[2] Disto não se extrai que não haja uma vasta e errática normatização do direito fundacional privado, Vide por todos *Vade Mecum de Direito Fundacional Privado* das Provedorias de Fundações da Capital do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (PAULO JUNIOR, José Marinho et al (org), 1ª edição, Rio de Janeiro: Câmara Brasileira do Livro, 2021, p. 1617, ISBN 978-65-00-28547-5, disponível em plataforma Kindle).

[3] Assim dispõe o Código de Processo Civil: "Art. 647 Cumprido o disposto no art. 642, § 3º, o juiz facultará às partes que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, formulem o pedido de quinhão e, em seguida, proferirá a decisão de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devam constituir quinhão de cada herdeiro e legatário. Parágrafo único. O juiz poderá, em decisão fundamentada, deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos de usar e de fruir de determinado bem, com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota desse herdeiro, cabendo a este, desde o deferimento, todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos".

Jurídicas[4]-[5]-[6] o que, por sua vez, dar-se-á quando da partilha[7]-[8], enfim aquinhoado o ente até ali tão apenas "projetado".

Relembre-se aqui a lição de Masagão (1945)[9] de que "a instituição da fundação [...] visa personalizar os próprios bens, isto é, transformar esses bens e, pessoa jurídica, atribuindo-lhes fim especial a que, como pessoa, ficarão jungidos", escorada nos ensinamentos de Clóvis Bevilácqua de que a fundação é uma universalidade de bens personalizada em atenção ao fim que lhe dá unidade.

Dallari (1995)[10], em igual sentido, anota que fundação é a vinculação de um patrimônio a determinado fim, dando-lhe personalidade jurídica, isto é, um patrimônio personalizado – o que significa que "o patrimônio adquire a condição de pessoa, passando a ser sujeito de direitos, ao mesmo tempo em que pode assumir obrigações jurídicas".

E uma pergunta angular: se não há bens, poderá haver fundação? Evidentemente que não. A fundação, enquanto universalidade de bens, tem nestes a sua essência e não pode nunca existir sem estes. Não por outra, Guasque (2008, p. 65) bem entrevê

---

[4] Assim estabelece o Código Civil: "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".

[5] Neste sentido, Grazzioli et al: "Resta evidente que o testamento não constitui a fundação; ele delibera, por um desejo do testador em ver constituída a entidade fundacional após a sua morte, destinando o patrimônio para tanto. A fundação é criada, em verdade, não obstante a disposição testamentária, no momento do registro da escritura pública no cartório de Registro de Pessoas Jurídicas. Nessa oportunidade, efetivamente, ela nasce para o mundo jurídico" (GRAZZIOLI, Airton et al. *Organizações da Sociedade Civil*: Associações e Fundações – Constituição, funcionamento e remuneração de dirigentes. São Paulo: EDUC, 2016, p. 76).

[6] Sem se pretender aqui adentrar na análise de sistemas de reconhecimento de pessoas jurídicas, tenha-se por todos Enneccerus, Kipp e Wolff (1943, p. 457), para quem há três destes: o primeiro, da livre constituição corporativa, no qual o mero ato de associação é o suficiente para a criação da pessoa jurídica; o segundo, de autorização absoluta estatal, onde só existiriam juridicamente as pessoas jurídicas com e a partir do ato de autorização do Estado; por fim, incorporado em nosso ordenamento pátrio, o sistema de previsões legai, no qual, preenchidos critérios legais, estaria constituída a pessoa jurídica, sendo o registro um elemento do sistema de reconhecimento, cuja orientação precípua é a tutela dos interesses de terceiros e aparência da sociedade, conferindo não só a eficácia externa e vinculabilidade autônoma da pessoa jurídica, mas também a publicidade e informação necessárias à identificação do plano interno. (ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*: parte general. Barcelona: Bosch casa editorial, 1943. v. 1.)

[7] Assim dispõe o Código Civil: "Art. 2.015 Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz. [...] Art. 2.023 Julgada a partilha, fica o direito de cada um dos herdeiros circunscritos aos bens do seu quinhão".

[8] O Diploma Adjetivo é claro ao fixar a partilha, judicial ou extrajudicial, como marco essencial para translação dos bens: "Art. 654 Pago o imposto de transmissão a título de morte e juntada aos autos certidão ou informação negativa de dívida para com a Fazenda Pública, o juiz julgará por sentença a partilha. Parágrafo único. A existência de dívida para com a Fazenda Pública não impedirá o julgamento da partilha, desde que o seu pagamento esteja devidamente garantido. Art. 655 Transitada em julgado a sentença mencionada no art. 654, receberá o herdeiro os bens que lhe tocarem e um formal de partilha, [...] Art. 657 A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz, observado o disposto no § 4º do art. 966".

[9] MASAGÃO, Mário (1945). Fundações criadas por testamento. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, 40, 70-76. Recuperado de https://www.revistas.usp.br/rfdusp /article/view/66040. Consulta em: 17 ago. 2021.

[10] DALLARI, Dalmo de Abreu Dallari. Fundações Públicas e Suas Limitações. *Revista Adusp*. São Paulo: jul. 1995, p. 16.

a fundação como "um fundo em ação"[11]. E daí porque uma fundação sem bens deve ser extinta, na forma do artigo 69 do Código Civil.[12]

Tal *vexata quaestio* leva a fundamental premissa de criação de fundações por testamento: esta, se possível, somente ocorrerá diante da efetiva partilha e não antes (ao menos, como vista acima, em regra, ressalvada autorização judicial incidental, *ex vi* do parágrafo único do artigo 647 do Código de Processo Civil[13]).

Nas palavras de Azevedo[14], para se criar uma fundação não bastam "direitos eventuais" – o que justamente é, afinal, a previsão de sua dotação até que seja ultimada: um direito em potencial e nada mais, a despeito da redação ditada pelo artigo 1.923 do Código Civil[15-16], que, em verdade, apenas se aplica a legatários, do que se distingue a fundação instituída – que não é legatária, nem herdeira, mas uma dotação (MASAGÃO, 1945)[17].

Fosse diferente, haveria o absurdo de instituidor insolvente pretender formar uma fundação sem lhe garantir bens, sendo suficiente o desejo quiçá egoísta e mesquinho de ter para si mesmo algum legado pessoal. Tampouco se admite que a viabilidade financeira fundacional dependa de ilícito avanço sobre os quinhões de herdeiros necessários[18], uma vez que, em interpretação sistêmica do Diploma Material e à luz do primado de vedação ao enriquecimento sem causa, não se pode tolerar isto.

---

[11] GUASQUE, Luiz Fabião. *Manual das ONGs e das Fundações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p. 141.

[12] 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.

[13] Já acima transcrito.

[14] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

[15] Art. 1.923 Desde a abertura da sucessão, pertence ao legatário a coisa certa, existente no acervo, salvo se o legado estiver sob condição suspensiva. § 1º Não se defere de imediato a posse da coisa, nem nela pode o legatário entrar por autoridade própria. § 2º O legado de coisa certa existente na herança transfere também ao legatário os frutos que produzir, desde a morte do testador, exceto se dependente de condição suspensiva, ou de termo inicial.

[16] Rodrigues (2003) expõe: "[...] faz-se preciso recorrer à distinção entre posse direta e indireta. O legatário, no momento da morte do testador, adquire o domínio da coisa certa legada, bem como a posse indireta dela (CC, art. 1.923). A posse direta, entretanto, só será por ele adquirida no momento em que o herdeiro lhe entregar o objeto do legado (CC, art. 1.923, § 1º). Até esse momento, cabe-lhe o direito de reclamar a entrega daquilo que se tornou seu por força do testamento, e cuja propriedade resultou da morte do testador (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v.7: Direito das Sucessões. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. RODRIGUES, 2003).

[17] Neste mesmo sentido, Sergio De Andréa Ferreira *in As Fundações De Direito Privado Instituídas Pelo Poder Público No Brasil* (Tese apresentada no concurso para a livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara (disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184 /1758650/Sergio_De_Andrea_Ferreira.pdf. Consultado em: 05 out. 2021), para quem "[é] uma liberalidade, mas constitui categoria jurídica específica, diversa que é da doação, a cujo regime e restrições não está sujeita. Fala-se, aliás, no particular, em dotação ou atribuição de bens e não, em doação (217). O ato de instituição é formal, podendo ser *inter vivos* ou mortis causa. Exige o art. 24 do Código Civil que êle se exteriorize por escritura pública ou testamenato. Pelo mesmo ato deve ser feita dotação especial de bens livres, especificando-se, obrigatoriamente, o fim a que se destina a fundação e, facultativamente, a maneira de administrá-la. Neste primeiro momento, temos o que SADY CARDOSO DE GUSMÃO (218) chama de fundação instituída ou imperfeita." (p. 112).

[18] Assim dispõe o Código Civil: "Art. 1.967 As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes. § 1º Em se verificando excederem as

Noutras palavras, parece razoável interpretar-se o Código Civil no sentido de que a fundação instituída por testamento – e a é tão logo este é cumprido – somente vem a se formar SE E QUANDO, da partilha, houver bens suficientes para concretizar aquela última vontade. Tal exegese clareia, aliás, o sentido do artigo 63 do diploma na medida em que não se exige ali seja antes extinta a fundação (o que, estivesse criada, o disposto no artigo 69 seria de observância obrigatória).

Nestes termos, em hipóteses de instituição de fundação via testamentária, com o escopo de dirimir as eventuais dúvidas sobre os bens destinados à dotação patrimonial, salutar adotar a partilha em vida, em sua modalidade partilha-testamento, nos moldes delineados pelo artigo 2018[19], preservados, por óbvio, a legítima dos herdeiros necessários[20], nos moldes determinados pelo Código Civil.

De igual forma, muito embora a aprovação pelo Ministério Público de estatuto da fundação projetada possa se dar a partir do cumprimento do testamento e mesmo lhe cumpra exigir judicialmente seja um lavrado (artigo 65), o dispositivo só ganha sentido diante de entidade a que se garanta patrimônio mínimo – o que se pontuará com a efetiva partilha, quando eventuais disposições testamentárias que excedam a legítima poderão ser expurgadas, conforme artigo 1.967[21].

São inócuos os esforços ministerial e judicial de se estabelecer estatuto antes de tal etapa, eis que a fundação sequer poderá vir a ser formada. Daí porque o prazo ditado pelo parágrafo único de tal artigo somente passa a fluir a partir de tal marco. Caso o instituidor assine prazo precedente a este termo, padecerá de ineficácia sua vontade, que dependeria de anuência de todos os herdeiros e credores, com a chancela judicial, para ver antecipada a própria formação do ente projetado.

Fosse também aqui diferente, impor-se-ia injusto ônus ao espólio e, pior, aos titulares de créditos insolvidos por este último, havendo de custear lavratura de escritura e registro de estatuto – o que seria inadmissível. Bem pior, quem arcaria com os custos de manutenção gerencial ordinária ou de atividade deficitária fundacional até o final do inventário (ou, ao menos, até a partilha)? Como dito acima, não admite

---

disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. § 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente. [...] Art. 2.018 É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários."

[19] Art. 2.018 É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

[20] Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. §1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

[21] Art. 1.967 As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes. § 1º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. § 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente.

o ordenamento jurídico pátrio que a viabilidade financeira fundacional dependa de ilícito avanço sobre os quinhões de herdeiros necessários.

Tampouco se diga que o estatuto de fundação ainda sem patrimônio seria uma salvaguarda da vontade do instituidor para a hipótese singular de existência, mas também de insuficiência de bens. Para tanto, o Legislador cunhou o artigo 63, desde logo garantindo que, se de outra forma não dispuser o instituidor, serão incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante. Não há necessidade alguma de estatuto fundacional para tal fim.

Sobre a atuação parquetiana, assinale-se que não há necessidade, portanto, de procedimento administrativo ministerial para acompanhar a formação e a dotação da fundação testamentária em paralelo ao feito judicial ou extrajudicial.

Em havendo inventário judicial em curso, já cumprido o testamento, intervindo naquele a Curadoria de Sucessões e/ou a Provedoria de Fundações, a efetiva formação da fundação projetada será ali acompanhada, sendo certo que, ao se lhe garantir patrimônio mínimo, novo procedimento administrativo ministerial poderá ser instaurado para a nova etapa (de aprovação de estatuto, de dotação efetiva e de inscrição junto ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas, com início de sua atividade). Lado outro, afora a duplicidade, é certo que a nova etapa alvitrada poderá levar DÉCADAS para ocorrer. Imagine-se, por exemplo, inventário suspenso por ação de investigação de paternidade *post mortem*. Não são incomuns feitos longevos. Aliás, em verdade, sequer poderá vir a ser formada a fundação instituída, caso não haja bens de que se lhe possa realmente dotar. Nada justifica dormite o presente em paralelo ao feito judicial em que já atua o *Parquet*, sem prejuízo, claro, de se acompanhar o feito por meio de pasta-espelho e de sua também inclusão em procedimento de acervo judicial.

Em se tratando de inventário extrajudicial, diante da brevidade da partilha, o procedimento administrativo a ser instaurado pela Provedoria será o de aprovação de estatuto, de dotação efetiva e de inscrição junto ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas, com início de sua atividade.

Observe-se que a pessoa que exerce a inventariança pode ser nominada como presidente da fundação projetada. Disto, todavia, não se extrai o nascimento prematuro da fundação ainda em formação. Tal ocorrência excepcional, aliás, pode colocar tais papéis em conflito de interesse, devendo o inventariante manter estraneidade necessária em relação à fundação para lhe cobrar desvios e conter gastos desnecessários.

Aliás, a fiscalização da licitude de atos de inventariança, ainda quando espelhados em vontade de autor da herança em instituir e constituir uma fundação, compete, em regra e a princípio, à Curadoria de Órfãos e Sucessões (ou quem lhe faça as vezes em Comarca que não conte com órgão de execução especializado em tal matéria). Há,

todavia, em cada unidade do Ministério Público, descer-se à resolução estadual ou distrital que disponha sobre a matéria para bem se definir a Promotoria com atribuição[22].

Da mesma forma, a projetada contrapartida em favor da presidente da fundação apenas e tão somente lhe será devida quando a fundação instituída vier a ser criada. A remuneração prevista em estatuto ou outro direito qualquer (como o de moradia em imóvel da fundação) somente será devida a esta a partir da constituição do ente fundacional. antes, jamais – o que, por óbvio, não impede que o espólio livremente convencione igual benesse em favor da inventariante para manutenção da atividade altruística até que tal ocorra. São, entretanto, situações jurídicas absolutamente distintas entre si.

3. Fundações em comum[23] no âmbito do inventário: possibilidade de aplicação analógica dos artigos 986 a 990 do Código Civil

Nos termos do artigo 114 da Lei de Registros Públicos[24] e assim como ocorre com as demais pessoas jurídicas de direito privado, é sabido que a existência legal da fundação se materializa com a inscrição de seus atos constitutivos no competente no Cartório do Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Entretanto, em circunstâncias eventuais, o inventariante poderá, às custas do espólio (ainda que posteriormente equacionadas[25], mas sempre sob seu risco), pretender desempenhar de plano a atividade fundacional – o que dependerá de anuência (mesmo tácita) de herdeiros e credores, a par da chancela judicial, porquanto

---

[22] De acordo com a Lei Complementar Estadual nº 106/2003, "Art. 19 - Compete ao Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça: I – aprovar: [...] c) proposta do Procurador-Geral de Justiça de criação ou extinção de órgãos de execução, bem como as de modificações da estruturação destes ou de suas atribuições; d) por maioria absoluta, proposta do Procurador-Geral de Justiça de exclusão, inclusão ou outra alteração nas atribuições das Promotorias de Justiça e Procuradorias de Justiça ou dos cargos que as integrem". Noutros termos, a resolução editada pelo Órgão Especial definirá (ou acrescerá) a atribuição de cada órgão de execução. Poderá o colegiado, neste sentido, confiar à Curadoria de Sucessões ou à Provedoria de Fundações o múnus de atuar em processos judiciais em que se trate de fundações testamentárias. Não há, por assim dizer, necessariamente, vinculação automática da matéria a uma ou outra promotoria de justiça.

[23] Sem pretender esgotar as discussões doutrinárias sobre a identidade dos conceitos de sociedades "em comum", "de fato" e "irregulares", basta aqui relembrar, em apertada síntese, que as sociedades em comum seriam aquelas que possuem contrato escrito e que estão realizando atos preparatórios para o seu registro em órgão competente, ao passo que a sociedade de fato é aquela sem contrato escrito, que já exerce normalmente suas atividades e que não apresenta indícios de diligências para obtenção de seu registro. Ao fim e ao cabo, tais diferenciações não acarretam maiores efeitos práticos nas disposições previstas no Código Civil.

[24] Art. 114 No Registro Civil de Pessoas Jurídicas serão inscritos: I – os contratos, os *atos constitutivos*, o estatuto ou compromissos das sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, bem como o das *fundações* e das associações de utilidade pública" (grifamos).

[25] Há fundas dúvidas sobre a responsabilidade de a fundação posteriormente criada arcar com tais gastos, feitos sob gestão de terceiros, ainda quando coincidentes as pessoas envolvidas e seus desideratos. Poder-se-ia aplicar extensivamente, nesta hipótese, o disposto pelo artigo 943 do Código Civil, que dispõe que o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança: a fundação regularmente constituída, ao perceber bens por testamento para sua constituição, responderia como se herdeiro fosse por dívidas (da fundação de fato) do espólio – mas na força da herança e não ilimitadamente. Por exemplo, se após constituída, obtivesse lucro formidável, mesmo assim não poderia ser responsabilizada por dívidas contraídas naquele tempo anterior para além da força dos bens a si destinados pelo testamento.

despesas haverão de ser arcadas e não (ao menos, por ora) pela fundação, que ainda não possui bem algum, nada garantindo que algum dia venha a ter ou que admita pagar por tais pretéritos custos.

Há situações (e não são incomuns) em que o inventariante continua a desempenhar a atividade caridosa que o instituidor em vida cumpria. Entretanto, não se trata, em verdade, de atividade fundacional, mas um simulacro de fundação pelo próprio espólio, que deve arcar com custos da empreitada. Bem pior, os herdeiros poderão ter seus patrimônios pessoais atingidos, na forma do artigo 990 do Código Civil[26-27], por interpretação analógica.

Nesses casos, advém uma questão digna de reflexão: a preterição da solenidade de registro da entidade fundacional afastaria seu dever de assumir responsabilidades pelos atos praticados em seu nome? Caso a resposta seja negativa, seria pertinente a aplicação analógica das disposições contidas nos artigos 986 a 990 do Código Civil, que dispõem acerca das sociedades não personificadas às fundações?

Não se pode olvidar que, há ali, *mutatis mutandis*, uma "fundação em comum"[28], para aqui se valer das lições já sólidas acerca de "sociedades em comum", com as correlatas consequências de defeitos e incompletudes. Sem estranheza, Sacco (1995, p. 62)[29] identifica a sociedade de fato como fruto do caos.

No ponto que aqui mais interessa e consoante Santos-Pinto (2018)[30], o problema da imputação do vínculo societário (e condição de sócio) a pessoas que não explicitamente participam da sociedade foi suprido pela delimitação própria do problema e a aplicação dos instrumentos da teoria da aparência e da simulação.

Adrede, desde a decisão mais antiga da Excelsa Corte sobre sociedades de fato em 1956[31], evoluiu a jurisprudência de seu estágio inicial, quando se negava a atribuição do vínculo societário a partes que não o expressamente desejassem, ao atual, em que se atribuem efeitos típicos das sociedades a sócios que não formalizaram sua união, como no Recurso Especial nº 43.070/1994 do Superior Tribunal de Justiça[32], que afirma capacidade processual de sócio para requerer em seu nome bem em poder de outro sócio, sem que a sociedade em questão tenha se personificado.

---

[26] Art. 990 Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

[27] Ressalve-se entendimento divergente da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgado em que se afirmou que, mesmo que os herdeiros houvessem dado continuidade aos negócios do falecido, eles não poderiam ser responsabilizados pelas dívidas do *de cujus*, considerando a ausência de bens herdados. (Processo n.º 1003629-05.2019.8.26.0032 – Relator Desembargador Correa Lima).

[28] A possibilidade de reconhecimento de existência de fundações em comum, nas hipóteses acima destacadas, preserva a vontade do testador e valoriza a sua autonomia privada.

[29] SACCO, Rodolfo. Sulla società di fatto. *Rivista di diritto civile*, Pádova, v. XLI, n. 1, p. 59-70, jan./fev., 1995.

[30] SANTOS-PINTO, Rafael dos. Sociedade de fato e os defeitos e incompletudes do contrato societário. De Facto Society And Incompleteness. *In*: Social Contracts. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2018, vol. 10, n. 18, jan.-jun. p. 233 - 254.

[31] BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL DE FEDERAL (STF) Recurso Extraordinário (RE) nº 31.402, 1956.

[32] BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Recurso Especial (REsp) nº 43.070, 1994.

Ainda neste diapasão e voltando-se os olhos ao artigo 987 do Código Civil (que permite a terceiros provarem de qualquer modo a sociedade em comum, mas aos sócios só pela forma escrita), pareceria bastante, para fins de caracterização de fundação testamentária de fato o próprio testamento, ainda que manifestações seguintes do inventariante, com prestações de contas, por exemplo, excedam tal requisito legal para reconhecer em desfavor dos herdeiros atos "fundacionais" (de fato), com ônus deles decorrentes.

Importante mencionar um princípio basilar em direito societário que poderia ser transposto, com os devidos ajustes, para o tema em estudo: o princípio da preservação da empresa[33]-[34], a intuitivamente inspirar o "princípio da preservação das fundações". Nestes termos, admitir a existência de fundações em comum, ainda que em caráter excepcional, privilegia a preservação das atividades fundacionais e a consecução de seus objetivos, em reconhecimento de sua relevância intrínseca para a sociedade.

E nas fundações despersonificadas, como nas sociedades despersonificadas, "todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais" (na letra do artigo 990 do Código Civil), sendo certo que os credores destas sociedades podem atacar diretamente o patrimônio do sócio que contratou em nome desta, respeitado o caráter subsidiário da responsabilidade dos demais sócios. Não é por acaso que Maria Helena Diniz (2003) afirma que:

> Há, na sociedade em comum, responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais [...] Isto é assim porque os credores da sociedade são credores dos sócios [...], podendo acionar qualquer deles pelo débito todo.[35]

Daí porque, quando se trata de "fundação em comum" em sede de inventário judicial, as indicações para "cargos fundacionais", se teoricamente irregulares, mas feitas prematuramente, somente encontrarão oposição da Provedoria em momento FUTURO, quando a fundação já constituída iniciar verdadeiramente sua atividade e estiver,

[33] COELHO, Fábio Ulhôa. *In: Curso de direito comercial*: direito de empresa, São Paulo, Saraiva: 2014, p. 79. Assim conceitua o princípio da preservação da empresa: "O princípio da preservação da empresa, o que se tem em mira é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos. Na locação identificadora do princípio, 'empresa' é o conceito de sentido técnico bem específico e preciso. Não se confunde nem com o seu titular ('empresário') nem com o lugar em que explorada ('estabelecimento empresarial'). O que se busca preservar, na aplicação do princípio da preservação da empresa, é, portanto, a atividade, o empreendimento. E complementa: "O princípio da preservação da empresa é legal, geral e implícito".

[34] Inclusive, o Enunciado 615 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ao dispor sobre a possibilidade das associações civis poderem sofrer transformação, fusão, incorporação ou cisão, representa a adoção do princípio da preservação da pessoa jurídica, conferindo a viabilidade de sua manutenção, ainda que com roupagem distinta. (Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf. Consultado em: 06 out. 2021).

[35] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

pois, submetida a vedações normativas. Se, por exemplo, parentes consanguíneos de até terceiro grau do inventariante integrarem "cargos" (irreais, fictícios) do ente ainda inexistente e que algum dia talvez se transforme em fundação, nada pode opor a Curadoria de Fundações.

Se não há dívida que não venha a ser honrada pelo espólio e se ninguém a isto se opõe (o que, enquanto herdeiro necessário, seria legítimo para defesa da integralidade de seu quinhão), é louvável. Em caso contrário, a remoção do inventariante é medida que se alvitra ou minimamente, para ressalva de responsabilização, seja impugnado o funcionamento da fundação em comum, na forma dos artigos 642 e 643 do Código de Processo Civil[36].

Relembre-se que, consoante ali disposto, antes da partilha, poderão os credores do espólio requerer ao juízo do inventário o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis, que, se não impugnadas pelas partes, implicarão a separação de bens suficientes para o pagamento. Se, todavia, não houver a concordância de todas as partes sobre o pedido de pagamento feito pelo credor, será o pedido remetido às vias ordinárias, com reserva, em poder do inventariante, de bens suficientes para pagar o credor, quando a dívida constar de documento que comprove suficientemente a obrigação e a impugnação não se fundar em quitação. É dizer: na hipótese de silêncio complacente dos herdeiros e demais legatários sobre dívidas contraídas pela fundação de fato, habilita-se crédito em desfavor daquele que contraiu a dívida e, subsidiariamente, em relação aos demais herdeiros[37].

Não por outra, assente na jurisprudência pátria que quedam responsáveis o espólio e os sucessores do executado pelas dívidas fiscais contraídas após o falecimento do autor da titular do negócio a que se deu continuidade[38]. E o mesmo haverá de

---

[36] Art. 642 Antes da partilha, poderão os credores do espólio requerer ao juízo do inventário o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis. § 1º A petição, acompanhada de prova literal da dívida, será distribuída por dependência e autuada em apenso aos autos do processo de inventário. § 2º Concordando as partes com o pedido, o juiz, ao declarar habilitado o credor, mandará que se faça a separação de dinheiro ou, em sua falta, de bens suficientes para o pagamento. § 3º Separados os bens, tantos quantos forem necessários para o pagamento dos credores habilitados, o juiz mandará aliená-los, observando-se as disposições deste Código relativas à expropriação. § 4º Se o credor requerer que, em vez de dinheiro, lhe sejam adjudicados, para o seu pagamento, os bens já reservados, o juiz deferir-lhe-á o pedido, concordando todas as partes. § 5º Os donatários serão chamados a pronunciar-se sobre a aprovação das dívidas, sempre que haja possibilidade de resultar delas a redução das liberalidades. Art. 643 Não havendo concordância de todas as partes sobre o pedido de pagamento feito pelo credor, será o pedido remetido às vias ordinárias. Parágrafo único. O juiz mandará, porém, reservar, em poder do inventariante, bens suficientes para pagar o credor quando a dívida constar de documento que comprove suficientemente a obrigação e a impugnação não se fundar em quitação.

[37] Emprego, por analogia, do artigo 990, já transcrito.

[38] Vide por todos o seguinte precedente: "AC 0025674-16.2014.404.9999 RS 0025674-16.2014.404.9999. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Julgamento 24 de Março de 2015 - D.E. 06/04/2015. Relator: CARLA EVELISE JUSTINO HENDGES. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA INDIVIDUAL. AJUIZAMENTO CONTRA DEVEDOR JÁ FALECIDO. CONTINUIDADE DOS NEGÓCIOS DA EMPRESA APÓS O FALECIMENTO DO TITULAR. EMPRESA DE FATO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INVENTÁRIO. AUSÊNCIA. INCLUSÃO NO POLO PASSIVO. ART. 1.797 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Se, a época do ajuizamento da ação, o executado já havia falecido, a ação de execução deve ser proposta contra o espólio ou, nas hipóteses de ausência de abertura de inventário ou de encerramento deste, diretamente contra os sucessores do executado. 2. Ainda que ausente notícia de abertura de inventário, deve ser incluído no

se dar em relação às dívidas de outras naturezas contraídas pelo espólio por sua fundação de fato.

4. Conclusões

Em apertada síntese, conclui-se, portanto, que:

• A fundação instituída por testamento não é criada imediatamente após o cumprimento do testamento, mas apenas quando da partilha, após a qual a viabilidade financeira poderá ser realmente analisada;

• Nos casos de fundação instituída por testamento, a adoção da partilha testamentária, com fulcro no artigo 2.018, CC, respalda a afetação de bens livres por meio de dotação patrimonial pelo testador, eis que pressupõe o respeito à legítima dos herdeiros necessários;

• A fundação testamentária projetada não é legatária nem herdeira e, portanto, não se lhe garante posse (indireta ou direta, respectivamente) de bens legados ou herdados, quando do falecimento do testador, mas somente depois de efetivamente criada;

• É possível ser judicialmente autorizada, na forma do parágrafo único do artigo 647 do Código de Processo Civil, a criação antecipada da fundação, cuja constituição dependerá ainda de ser levada a registro junto ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas seu estatuto, desde que previamente aprovado pelo MP;

Em não havendo expressa autorização judicial e mantida (ou iniciada precocemente) a atividade altruísta, em espelho ao da fundação projetada, cuidar-se-á de fundação em comum contra a qual deverão os herdeiros se opor expressamente, sob pena de seu patrimônio pessoal responder por dívidas contraídas para além da força da herança.

Em out. 2021

polo passivo, desde logo, o espólio do devedor, cuja representação recairá numa das pessoas elencadas no artigo 1.797 do Código Civil. 3. Os fatos geradores do crédito tributário são do período de 2009 a 2010, sendo que o falecimento do titular da firma individual ocorreu em 2008, portanto há fortes indícios que a empresa continuou em funcionamento. 4. Neste caso específico, com o falecimento do titular da firma individual e continuidade dos negócios da empresa, temos uma "empresa de fato", assim, também deve ser incluído no polo passivo do feito executivo quem de "fato" está gerindo os negócios, devendo responder pelos débitos oriundos após o falecimento do titular da empresa. 5. Sentença reformada para normal prosseguimento do feito executivo."

Dissolução, liquidação e extinção de Fundações de direito privado e a obrigatoriedade de (sempre) se indicar beneficiária de bens remanescentes de fundação extinta

José Marinho Paulo Junior*

Sumário

1. Introdução. 2. Fundações e bens: um binômio desde a gênese da entidade. 3. Extinção fundacional judicial em fases: da dissolução e da liquidação à efetiva extinção. 3.1. Das etapas prévias à efetiva extinção fundacional judicial. 3.1.1. Da dissolução. 3.1.2. Da liquidação: rito, nomeação de liquidante e destinação de bens. 3.1.3. Da extinção. 4. A plena utilidade da indicação de destinatária de bens remanescentes. 5. Conclusão.

Resumo

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, a obrigatoriedade ou não de se indicar beneficiária de bens remanescentes de fundação extinta, ainda quando, ao tempo de seu encerramento, nada houver. Com referencial na teoria da fundação enquanto universalidade de bens de Clovis Bevilácqua, o recorte de pesquisa não se dedica a estabelecer critérios de escolha da beneficiária. Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender, especialmente em sede de extinção judicial, a aplicabilidade razoável das previsões normativas do Código Civil, com exigibilidade ou não de indicação de receptora de direitos até então titularizados, ainda que potenciais, futuros ou litigados, pela entidade extinta. Conclui que, nesta hipótese, a lógica sistemática impõe seja indicada beneficiária, mesmo quando inexistentes ou desconhecidos bens fundacionais.

Abstract

This article aims to assess through bibliographic review if should be assigned a right recipient of the dissolved foundation even when the latter has no known possession. Under the light of Clovis Bevilacqua´s foundation-as-a-group-of-rights theory as a scientific reference, the research does not try to establish any criteria to define the former. The study is justified by the need of comprehension of the enforceability of the Brazilian Law, as well as defining if must be assigned the recipient potential or under litigation rights held by

* Promotor de Justiça Titular da 1ª Provedoria de Fundações da Capital/RJ. Pós-Doutorando (IVIG-COPPE/UFRJ). Doutor em Direito (UNESA). Mestre em Direito Processual (UERJ). Especialista em Mediação e Negociação pelo *Justice Institute of British Columbia* (Canadá).

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 86 (3ª Fase), out./dez. 2022 2022, p. 81-93.

the dissolved foundation. The article concludes that, on account of systematic logic, a recipient should always be assigned in this case.

Palavras-chave: Fundação de direito privado. Extinção. Destinatária de bens remanescentes.

Keywords: *Foundations. Dissolution. Recipient of possessions.*

1. Introdução

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, a obrigatoriedade ou não de se indicar beneficiária de bens remanescentes de fundação extinta, ainda quando, ao tempo de seu encerramento, nada houver. Com referencial na teoria da fundação enquanto universalidade de bens de Clovis Bevilácqua, o recorte de pesquisa não se dedica a estabelecer critérios de escolha da beneficiária. Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender, especialmente em sede de extinção judicial, a aplicabilidade razoável das previsões normativas do Código Civil, com exigibilidade ou não de indicação de receptora de direitos antes titularizados, ainda que potencialmente ou litigados, pela entidade extinta.

2. Fundações e bens: um binômio desde a gênese da entidade

Prima facie, constata-se o tratamento sucinto (e algo precário) dado pelo Código Civil à matéria fundacional.[1] É, pois, singela e lacunosa a base normativa a partir da

[1] Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins de: I - assistência social; II - cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - educação; IV - saúde; V - segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; VIII - promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; IX - atividades religiosas; e X - (VETADO). 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. 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. Art. 65. Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 62), o estatuto da fundação projetada, submetendo-o, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz. Parágrafo único. Se o estatuto não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, em cento e oitenta dias, a incumbência caberá ao Ministério Público. Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas. § 1º Se funcionarem no Distrito Federal ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. § 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público. 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 no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, findo o qual ou no caso de o Ministério Público a denegar, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado. Art. 68. Quando a alteração não houver sido aprovada por votação unânime, os administradores da fundação, ao submeterem o estatuto

qual se tece a presente análise.[2]

De toda sorte, relembre-se aqui a lição de Masagão (1945)[3] de que "a instituição da fundação [...] visa personalizar os próprios bens, isto é, transformar esses bens em pessoa jurídica, atribuindo-lhes fim especial a que, como pessoa, ficarão jungidos", escorada nos ensinamentos de Clóvis Bevilácqua de que a fundação é uma universalidade de bens personalizada em atenção ao fim que lhe dá unidade. Dallari (1995),[4] em igual sentido, anota que fundação é a vinculação de um patrimônio a determinado fim, dando-lhe personalidade jurídica, isto é, um patrimônio personalizado – o que significa que "o patrimônio adquire a condição de pessoa, passando a ser sujeito de direitos, ao mesmo tempo em que pode assumir obrigações jurídicas."

E uma pergunta angular: se não há bens, poderá haver fundação? Evidentemente que não. A fundação, enquanto universalidade de bens, tem nestes a sua essência e não pode nunca existir sem estes. Não por outra, Guasque (2008, p. 65) bem entrevê a fundação como "um fundo em ação."[5] E daí porque uma fundação sem bens deve ser extinta, na forma do artigo 69 do Código Civil.[6]

Tal *vexata quaestio* leva à fundamental premissa de criação de fundações por testamento: esta, se possível, somente ocorrerá diante da efetiva partilha e não antes (ao menos, como vista acima, em regra, ressalvada autorização judicial incidental, *ex vi* do parágrafo único do artigo 647 do Código de Processo Civil).[7]

Nas palavras de Azevedo,[8] para se criar uma fundação não bastam "direitos eventuais" – o que justamente é, afinal, a previsão de sua dotação até que seja ultimada: um direito em potencial e nada mais, a despeito da redação ditada pelo

---

ao órgão do Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, em dez dias. Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

[2] Disto não se extrai que não haja uma vasta e errática normatização do direito fundacional privado, *Vide por todos Vade Mecum de Direito Fundacional Privado das Provedorias de Fundações da Capital do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.* (PAULO JUNIOR, José Marinho et al. (Org.), 1ª edição, Rio de Janeiro: Câmara Brasileira do Livro, 2021, p. 1617, ISBN 978-65-00-28547-5, disponível em plataforma Kindle).

[3] MASAGÃO, Mário. Fundações criadas por testamento. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, p. 40, 70-76. Recuperado de: https://www.revistas.usp.br/rfdusp /article/view/66040. Consulta em: 17 ago. 2021.

[4] DALLARI, Dalmo de Abreu Dallari. Fundações Públicas e suas limitações. *Revista Adusp*. São Paulo, jul. 1995, p. 16.

[5] GUASQUE, Luiz Fabião. *Manual das ONGs e das Fundações*. Rio de Janeiro: Freiytas Bastos, 2008, p. 141.

[6] 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.

[7] Já acima transcrito.

[8] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

artigo 1923 do Código Civil[9-10], que, em verdade, apenas se aplica a legatários, do que se distingue a fundação instituída – que não é legatária, nem herdeira, mas uma dotação. (MASAGÃO, 1945)[11]

Fosse diferente, haveria o absurdo de instituidor insolvente pretender formar uma fundação sem lhe garantir bens, sendo suficiente o desejo quiçá egoísta e mesquinho de ter para si mesmo algum legado pessoal. Tampouco se admite que a viabilidade financeira fundacional dependa de ilícito avanço sobre os quinhões de herdeiros necessários,[12] uma vez que, em interpretação sistêmica do Diploma Material e à luz do primado de vedação ao enriquecimento sem causa, não se pode tolerar isto.

Noutras palavras, parece razoável interpretar-se o Código Civil no sentido de que a fundação instituída por testamento[13] – e a é tão logo este é cumprido – somente vem a se formar se e quando, da partilha, houver bens suficientes para concretizar aquela última vontade. Tal exegese clareia, aliás, o sentido do artigo 63 do diploma, na medida em que não se exige ali seja antes extinta a fundação (o que, estivesse criada, o disposto no artigo 69 seria de observância obrigatória).

Nestes termos, em hipóteses de instituição de fundação via testamentária, com o escopo de dirimir as eventuais dúvidas sobre os bens destinados à dotação patrimonial, salutar adotar a partilha em vida, em sua modalidade partilha-testamento,

---

[9] Art. 1.923. Desde a abertura da sucessão, pertence ao legatário a coisa certa, existente no acervo, salvo se o legado estiver sob condição suspensiva. § 1º Não se defere de imediato a posse da coisa, nem nela pode o legatário entrar por autoridade própria. § 2º O legado de coisa certa existente na herança transfere também ao legatário os frutos que produzir, desde a morte do testador, exceto se dependente de condição suspensiva, ou de termo inicial.

[10] Rodrigues (2003) expõe: "[...] faz-se preciso recorrer à distinção entre posse direta e indireta. O legatário, no momento da morte do testador, adquire o domínio da coisa certa legada, bem como a posse indireta dela (CC, art. 1.923). A posse direta, entretanto, só será por ele adquirida no momento em que o herdeiro lhe entregar o objeto do legado (CC, art. 1.923, § 1º). Até esse momento, cabe-lhe o direito de reclamar a entrega daquilo que se tornou seu por força do testamento, e cuja propriedade resultou da morte do testador. (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. V. 7: Direito das Sucessões. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003).

[11] Neste mesmo sentido, Sergio de Andréa Ferreira *in: As Fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público no Brasil* (Tese apresentada no concurso para a livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara.) (Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184 /1758650/Sergio_De_Andrea_Ferreira.pdf. Consultado em: 05 out. 2021), para quem "[é] uma liberalidade, mas constitui categoria jurídica específica, diversa que é da doação, a cujo regime e restrições não está sujeita. Fala-se, aliás, no particular, em dotação ou atribuição de bens e não, em doação (217). O ato de instituição é formal, podendo ser *inter vivos* ou *mortis causa*. Exige o art. 24 do Código Civil que êle se exteriorize por escritura pública ou testamento. Pelo mesmo ato deve ser feita dotação especial de bens livres, especificando-se, obrigatoriamente, o fim a que se destina a fundação e, facultativamente, a maneira de administrá-la. Neste primeiro momento, temos o que SADY CARDOSO DE GUSMÃO (218) chama de fundação instituída ou imperfeita." (p. 112).

[12] Assim dispõe o Código Civil: "Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes. § 1º Em se verificando, excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. § 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente. [...] Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários."

[13] Sobre tal, aliás, vide: Fundações Testamentárias de Direito e em Comum: a partilha como marco temporal fundamental de possibilidade de constituição (coautoria com Waleska Nogueira Reis Schettini Pinto – *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 82 – out./nov. 2021).

nos moldes delineados pelo artigo 2018,[14] preservados, por óbvio, a legítima dos herdeiros necessários,[15] nos moldes determinados pelo Código Civil.

3. Extinção fundacional judicial em fases: da dissolução e da liquidação à efetiva extinção

O artigo 69, do Código Civil, prevê que se a finalidade a que visa o ente fundacional tornar-se "ilícita, impossível ou inútil" ou se o prazo da existência dessa instituição estiver vencido, o órgão do Ministério Público promoverá a respectiva extinção. Reitera o artigo 1204 do Código de Processo Civil que o Ministério Público irá promover a extinção da fundação quando se tornar o seu objeto, for impossível a sua manutenção ou se vencer o prazo de sua existência.

Nesse sentido, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a Resolução GPGJ n.º 68/1979 disciplina a atuação da Promotoria de Justiça de Fundações, cabendo a esta a fiscalização e velamento das Fundações Privadas, requerendo as providências administrativas ou judiciais que entender pertinentes. Notadamente sobre a extinção fundacional, seu artigo 69 expressamente estabelece:

> Art. 69 - Sendo dever dos administradores de fundações empregar seu esforço, capacidade e diligência na gestão das mesmas, de modo a obter a consecução dos fins da entidade, a extinção dessa só poderá ter lugar nos casos expressamente previstos em lei, a saber: I - tornar-se ilícito ou impossível o objeto da instituição; II - for nociva ou impossível sua manutenção; III - vencer-se o prazo de sua existência ou haver o implemento de condição resolutiva.

Posteriormente, foi publicada a Resolução GPGJ n.º 1.887/2013, cujo artigo 6º, IX, impõe o ajuizamento de ação de extinção da fundação sempre que a entidade estiver inativa e não puder ser reabilitada ou quando não estiver cumprindo suas finalidades, bem como nas demais hipóteses previstas em lei.

A drástica medida judicial busca salvaguardar direitos de terceiros e, bem mais, o próprio espírito altruísta com que foi instituída (eis que bens remanescentes são destinados a fundações congêneres), impedindo, outrossim, que, em desvirtuamento de sua própria natureza, seja utilizada indevidamente no manejo de verba pública ou na promoção política de indivíduos desvinculados de suas finalidades estatutárias. Enfim, preserva-se, em visão panorâmica, a imagem de todas as Fundações enquanto meios de consecução do interesse social.

[14] Art. 2018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.
[15] Art. 1857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. §1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

3.1. Das etapas prévias à efetiva extinção fundacional judicial

Vencida a configuração da possibilidade de extinção, é preciso considerar que a morte jurídica da entidade não se dá por ato único, mas sim, por etapas, sobretudo porque se faz mister garantir a destinação adequada de eventual patrimônio remanescente. Nesse aspecto, é possível sintetizar o procedimento em três fases sucessivas, quais sejam: dissolução, liquidação e, por fim, efetiva extinção.

3.1.1. Da dissolução

O processo de conhecimento para extinção de fundações de direito privado culmina em sentença usualmente denominada como "extintiva" (não de mérito, mas do ente fundacional) – o que põe em erro muitos operadores, eis que tal decisão cognitiva final, em verdade, apenas dissolve o ente fundacional, mas *ainda não* o extingue. A fundação alvejada pela sentença passa a se denominar, justamente por ainda não estar extinta, como "fundação em extinção". Sua fatídica extinção somente ocorrerá após a liquidação, como adiante explicitado. Assim dispõe o Código Civil:

> Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua. § 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução. § 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado. § 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.

Pelo interesse social envolvido na matéria, aliado à existência de inúmeros credores ainda não identificados, é preciso garantir por outros meios a publicidade do feito – o que se faz com a publicação de edital para ciência de terceiros interessados, para que, posteriormente e na fase de liquidação, possam habilitar seus créditos. De igual forma, a fim de evitar lesão aos credores, é importante que seja registrado no Cartório de Registro Civil, Títulos e Documentos e das Pessoas Jurídicas a averbação da dissolução/encerramentos das atividades da Fundação, nos termos do art. 51, § 1º, do Código Civil.

3.1.2. Da liquidação: rito, nomeação de liquidante e destinação de bens

A extinção da fundação é imperativa da supressão da personalidade jurídica, que a tornará insuscetível de contrair novos direitos e obrigações. Entrementes, remanesce, em muitos casos, seu patrimônio, carecedor de liquidação.

No tocante ao procedimento a ser adotado quando da liquidação do patrimônio, por força do citado art. 51 do Código Civil, em específico seu § 2º, devem-se seguir,

em regra, as orientações legais dispostas no art. 1.102[16] e seguintes daquele texto legal, porquanto atinentes à liquidação da sociedade.

Ressalva-se, no entanto, a singular hipótese de condição de insolvência em que se encontrar o ente fundacional, quando mais apropriada a aplicação das normas atinentes à execução por quantia certa de devedor insolvente, do antigo Código de Processo Civil, previstas em seus arts. 748 e subsequentes, em sua forma combinada com o art. 1.052 do Novo Código de Processo Civil,[17] que, por sua vez, dispõe serem aplicáveis as normativas do antigo código às execuções em curso ou que venham a ser propostas até a edição de lei específica.

Preciso considerar também que o art. 51, § 2º, do Código Civil possibilitaria a aplicação da Lei n. 11.101/05 e, consequentemente, o procedimento de falência. Malgrado a autorização legislativa, quer parecer que o processo executivo e, mais ainda, o concurso de credores civil,[18] que se instaura a partir da declaração de insolvência, possuem um caráter mais adequado ao perfil desta *actio*, especialmente porque as fundações em nada se confundem com sociedades empresárias, mesmo sendo evidente que, conquanto não possam ser sujeitas à falência, certo é que poderão ser findadas por motivo de insolvência civil.

Não fosse isso o suficiente, haveria de se considerar que o regramento do Código de Processo Civil é de sobremodo mais simplificado e, por conseguinte, mais célere, condições que melhor atenderão ao delicado quadro da Fundação insolvente.

Contudo, há de se adotar uma cautela: caso no decorrer da liquidação entenda-se que há fato não abrangido pela lei civil ou por ela não bem contemplado, urgirá a aplicação subsidiária da Lei de Falências, a fim de minimizar prejuízos aos credores, mas, sobretudo, a fim de atender o interesse social incidente na causa. Coaduna-se com o entendimento a orientação de Grazzioli e Rafael (2013),[19] em casos tais, deverá ser formado quadro geral de credores:

> [...] Os credores devem habilitar seus créditos na liquidação, visando à elaboração, pelo liquidante, do quadro geral de credores, dentro das respectivas ordens de preferência para pagamento. Ao final, nos limites do montante do patrimônio, receberão seus créditos, na íntegra ou parcialmente, quando inexistentes bens suficientes para suportar todo o débito.

---

[16] Art. 1.102. Dissolvida a sociedade e nomeado o liquidante na forma do disposto neste Livro, procede-se à sua liquidação, de conformidade com os preceitos deste Capítulo, ressalvado o disposto no ato constitutivo ou no instrumento da dissolução.

[17] Art. 1.052. Até a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

[18] Art. 751. A declaração de insolvência do devedor produz: I - o vencimento antecipado das suas dívidas; II - a arrecadação de todos os seus bens suscetíveis de penhora, quer os atuais, quer os adquiridos no curso do processo; III - a execução por concurso universal dos seus credores.

[19] GRAZZIOLI, Airton; RAFAEL, Edson José. *Fundações Privadas*: doutrina e prática. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Importa notar que somente – e tão somente – se o liquidante nomeado a partir da dissolução verificar que a entidade é solvente, poder-se-á seguir apenas o rito dos arts. 1.102 e seguintes do Código Civil. Alternativa esta que, por cautela, somente deverá ser adotada mediante parecer favorável daquele profissional, após cumprimento de suas obrigações iniciais.

Adiante, nesta fase deve, em regra, ser nomeado liquidante, tanto sob a égide dos arts. 1.102 e seguintes do Código Civil, quanto do art. 763 do Código de Processo Civil de 1973. Exercerá suas atribuições com o respaldo do Juiz, deverá ser nomeado com observância à capacidade técnica de desempenhar as atividades de liquidação.

Nesse ponto, entende-se inaplicável a orientação do art. 761, inciso I, do antigo Código de Processo Civil.[20] A uma, porque, ao se determinar a dissolução, ainda não se terá ciência de todos os credores, verificação que caberá ao próprio liquidante. Depois, porque, por se tratar de entidade de interesse social, necessário que sua administração caiba à pessoa totalmente desvinculada de interesses pessoais que certamente incidiriam em caso de nomeação de um credor. Salutar seja nomeada pessoa que possua notório conhecimento jurídico e contábil, imprescindíveis no caso dos autos.

Por fim, é de se aduzir brevemente sobre a alienação dos bens.

Ao tratar da forma de instituição das fundações, dispõe o art. 62 do Código Civil que "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." A sistemática estabelecida por lei para a estruturação de entidades desse tipo é reflexo da própria essência da fundação, entendida como um acervo de bens ao qual a lei atribui a faculdade de agir no mundo jurídico, para realização das finalidades visadas pelo instituidor, de cunho social. Com efeito, "[...] não é possível instituir uma fundação sem que haja um patrimônio para tanto, ainda que a ideia da pessoa que a queira instituir seja magnífica, de cunho verdadeiramente altruísta." (GRAZIOLI; RAFAEL, 2013, p. 89)[21]

Há, portanto, na essência das fundações, a ideia de se atribuir ao aspecto patrimonial relevância significativa, com regramento que confere ao seu acervo de bens maior proteção e a seus atos de gestão maior controle por órgão público por meio, entre outros, da subordinação de eventuais vendas imobiliárias ao crivo do Ministério Público e do Judiciário e da obrigação de periodicamente prestar contas. Como velador constitucional das fundações, o *Parquet* tem o dever diuturno de garantir a proteção desses bens, que são, em regra, inalienáveis.

Evidentemente, a inalienabilidade dos bens não é absoluta, porque, como ressalvam os citados autores, no decurso do tempo, com a alteração da realidade fática, pode se fazer necessária a venda dos bens, com o objetivo de remanejar ativos.

[20] Art. 761. Na sentença, que declarar a insolvência, o juiz: I - nomeará, dentre os maiores credores, um administrador da massa; [...].

[21] GRAZZIOLI, Airton; RAFAEL, Edson José. *Fundações Privadas*: doutrina e prática. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

A liquidação para extinção da Fundação e a clara necessidade de quitação dos débitos, ainda que parcial, é impositiva da necessidade de alienação de seus bens. Em condições ideais, a venda seria feita a partir de deliberação interna do instituto fundacional, mediante autorização judicial, com intervenção necessária do Ministério Público. Tais acompanhamentos serão necessariamente feitos, porquanto judicializada a liquidação. Nesse aspecto, quando se chegar à fase de venda dos bens, quer seja em alienação pelo liquidante, quer seja em procedimento de insolvência civil, importa que o negócio jurídico seja feito sob o crivo do Judiciário e do Ministério Público, garantindo-se que seja dada prioridade para aquisição dos bens por entidade, empresa ou semelhante, que tenha finalidade compatível com o interesse social da Fundação extinta. É que se falhou a Fundação, tendo se tornado impossível sua manutenção, deve-se, ainda que minimamente, tentar resguardar ou mesmo reavivar o interesse social que motivou seus instituidores a fazê-lo.

3.1.3. Da extinção

Encerrada a liquidação, quedará, enfim, extinta a fundação – o que, portanto, deverá ser comunicado ao pertinente Registro Nacional de Pessoas Jurídicas, para baixa definitiva, na forma do § 3º do artigo 51 do Código Civil. Extinta a fundação, já antes destinados seus bens remanescentes a outrem, findo estará o processo.

4. A plena utilidade da indicação de destinatária de bens remanescentes

Sofismática – mas não incomum – a assertiva de que não há utilidade de se explicitar a beneficiária de bens, quando inexistentes ou em litígio.

O Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis Falimentares, de Liquidações Extrajudiciais, das Fundações e do Terceiro Setor do Ministério Público do Estado do Paraná, assim se manifestou no sentido de, em não havendo patrimônio remanescente, ser desnecessária a destinação de bens, relembrando consultas prévias na mesma direção:

> Logo, compulsando os autos, verifica-se que o patrimônio da entidade é inexpressivo e tampouco foi integralizado na ocasião da dotação inicial, conforme expressamente alegado às fls. 03/04 e 54. Nesse passo, em não havendo patrimônio remanescente, torna-se sem efeito o disposto no artigo 24, do Estatuto da *Fundação*, considerando-se desnecessária a destinação. [...] (HOFFMANN, Eliane Maria Penteado de Carvalho. *Procedimento Administrativo n. MPPR-0046.12.006355-0*). [Destacou-se.] [...]
>
> Igualmente, comprovou-se que o valor do empréstimo realizado em nome da *Fundação* referia-se a financiamento contraído junto à empresa SIEMENS e, por consequência, sua inadimplência ensejou a

> retomada do bem através de ação judicial (fls. 55/57). Logo, em não havendo patrimônio remanescente, torna-se sem efeito o disposto nos artigos 54, parágrafo único e 55, do Estatuto da *Fundação*, considerando-se desnecessária a destinação. [...] (HOFFMANN, Eliane Maria Penteado de Carvalho. *Procedimento Administrativo n. MPPR-0046.11.003799-4*). [Destacou-se.][22]

Tal entendimento, vale lembrar, encontra por vezes ressonância junto ao Poder Judiciário.[23] É, todavia, com todas as vênias, equivocado tal entendimento.

A uma, a simples indicação de beneficiária não translada evidentemente titularidade de qualquer bem – mas qualifica a indicada para que persiga, judicial ou extrajudicialmente, o direito que suponha ter. Tudo e apenas isto.

A duas, desconsidera que, afora os bens conhecidos, há hipóteses de bens desconhecidos. Não é incomum a descoberta de bens fundacionais após a extinção da entidade e a baixa definitiva do processo em que isto se deu. Não é inusitado o reconhecimento de indébitos fiscais em favor de contribuintes (fundações, inclusive) anos após o encerramento do processo de extinção. Ninguém se surpreende quando uma ação qualquer em curso acaba, tempos depois, em garantir créditos em prol da fundação extinta. Não é sequer novidade uma fundação vir a ser agraciada por doações das mais diversas ou testamentos (evidentemente, se não caducos)[24] – o que, tantas e tantas vezes, se dão décadas após o instrumento respectivo ser lavrado.

---

[22] Disponível em: https://silo.tips/download/centro-de-apoio-operacional-das-promotorias-de-justia-civeis-falimentares-de-liq-7. Consulta em: 06 dez. 2022.

[23] Consulte-se, *exempli gratia*, o processo n.º 0329068-21.2017.8.19.0001 em trâmite junto à 46ª Vara Cível da Comarca da Capital, quando a magistrada assim se manifestou: "Indica o Ministério Público a FUNDAÇÃO ORQUESTRA SINFÔNICA BRASILEIRA – FOSB, CNPJ n.º 33.659.327/0001-29, situada na Avenida Rio Branco, n.º 135, salas 915 a 920, Rio de Janeiro/RJ, para receber como seu o imóvel situado na Rua Pereira da Silva n.º 322, antigo 100, em Laranjeiras, Rio de Janeiro/RJ (matrícula n.º 198.476). Ocorre que o referido imóvel encontra-se registrado junto ao 9º Ofício de Registro de Imóveis (fls. 854/862) em nome do Liceu Literário Português, conforme alienação realizada no dia 17 de agosto de 2011, através de contrato de compra e venda, pelo preço de R$ 195.000,00. Alega o Ministério Público que, não só o preço pago foi vil, como a venda do bem imóvel da Fundação Portugal ao seu instituidor, realizada sem a prévia apreciação ministerial, violou o disposto no art. 34, XII, c, da Lei Complementar n.º 106/2003 e constitui, ao menos, flagrante vício de forma previsto no art. 166, IV e V, do Código Civil. Entende o Ministério Público ser perfeitamente viável o desfazimento do supracitado negócio jurídico, em razão dos diversos vícios apontados. Todavia, o registro do bem junto ao RGI faz certa a propriedade do imóvel. Destarte, o domínio do referido imóvel (Rua Pereira da Silva, 322, antigo 100, Laranjeiras, RJ) pertence ao Liceu Literário Português, enquanto não desfeito o negócio jurídico que lhe deu causa. De seu turno, o desfazimento do negócio jurídico que deu causa à aquisição de tal domínio deve ocorrer pela via jurisdicional própria, garantindo-se ao atual proprietário (Liceu Literário Português) a ampla defesa e o contraditório, não podendo ser analisada, nem julgada, em caráter incidental, na presente ação. Destarte, enquanto o referido bem permanecer na seara da propriedade de terceiros que não a Fundação Portugal, descabe ao Ministério Público indicar sua transferência a terceiros nestes autos. Providenciada, e porventura obtida, a anulação daquele negócio jurídico, fazendo retornar o bem à propriedade da Fundação Portugal, aí sim poderá o *Parquet* indicá-lo à instituição que julgar mais adequada a recebê-lo. Não havendo por ora bens da Fundação Portugal a indicar, dê-se baixa e arquive-se. Dê-se ciência a todos." (IE 972). Disponível em: http://tjrj.jus.br. Consulta em: 07 dez. 2022.

[24] Vide SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ESPECIAL. *Herdeiros, sucessores e a legitimidade para discutir ações relacionadas ao falecido*. (Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/

A três, a utilidade da destinação de bens remanescentes permite ao indicado litigar judicialmente na busca de direitos potencialmente titularizados. A legitimação ativa do beneficiário em perseguir judicialmente por si só já aconselharia garantir-se a indicação em testilha, retirando dos ombros do Estado o patrocínio de causas complexas, longevas e que, em última análise, reverteriam para cofres particulares (ainda que com fins sociais).

A quatro, em homenagem ao primado da eficiência, nada justifica se resista à indicação de beneficiária para, na hipótese de descoberta de bens, impor-se o desarquivamento dos autos para suprir a omissão. Mais eficiente, por evidente, de pronto indicar, descomplicando o rito em favor de todos os atores.

A cinco, a literalidade do artigo 69 do Código Civil, já acima transcrito, impõe ao juiz o dever de extinta a fundação, designar eventual beneficiária (se silente o estatuto), não facultando ao magistrado optar se e quando fazê-lo.

Por fim, recorde-se precedente da Provedoria de Fundações da capital fluminense, quando, em sede de extinção administrativa (extrajudicial, portanto), exigiu, ainda quando desconhecidos bens ou alegadamente inexistente patrimônio, fosse sempre indicada, na falta de previsão estatutária, a destinatária de eventuais bens fundacionais. Consulte-se procedimento administrativo MPRJ n.º 2018.00958458, referente à extinção da Fundação George Zinovetz)[25] – o que, em deferência judicial à atividade reguladora especializada performada pelo MP, merece ser encampado pelo Poder Judiciário.[26]

Adrede, deferência judicial não deve ser simplesmente uma cortesia interinstitucional, mas sim consequência natural de atuação especializada. Argueles e Leal (2011)[27] aduzem que as capacidades institucionais se referem às habilidades e limitações de cada instituição para o exercício de suas funções em um cenário específico. Nesse sentido, a interpretação da instituição que possui mais expertise sobre o tema é qualitativamente superior a outras e deve encontrar deferência por estas.[28]

Em Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC, a Suprema Corte americana cunhou histórica fórmula de autorrestrição judicial para os casos de controle de interpretações por autoridades administrativas. Em uma abordagem analítica, em um primeiro passo, deve ser a disposição legislativa clara sobre o assunto; no segundo passo, em caso de

---

Noticias/21112021-Herdeiros--sucessores-e-a-legitimidade-para-discutir-acoes-relacionadas-ao-falecido.aspx. Consulta em: 06 dez. 2022).

[25] Disponível para consulta no acervo físico das Provedorias de Fundações da capital do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

[26] Neste diapasão, tenha-se, aliás, tese de doutoramento em que se sustentou ser o Ministério Público também uma agência reguladora quando no velamento de fundações de direito privado e que, na esteira da doutrina *Skidmore*, deve receber deferência judicial. PAULO JUNIOR, José Marinho. *Do Ministério Público enquanto Meta (Agência) Reguladora Reflexiva Fundacional*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2021.

[27] ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 40, jan./jun. 2011.

[28] VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty*: An institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

ambiguidade ou lacuna, deve ser examinada a razoabilidade da linha interpretativa adotada pela Administração, enfatizada a natureza política de suas decisões. É mesmo aceitável mudança de entendimento administrativo, desde que fornecida explicação adequadamente fundamentada e não ocorra durante um litígio judicial. A Doutrina Chevron foi o teste binário posto à prova no caso *Mead* (*United States v. Mead Corporation*, 533 US 213,232 - 2001), quando não se esclareceu adequadamente como resolver a identificação da intenção legislativa, quando tal emento volitivo haveria de ser extraído de uma Casa composta por 535 membros. Em casos tais, cunhou-se a deferência *Skidmore*: observa-se o entendimento das autoridades administrativas com experiência no assunto.[29] Entendeu ainda a *Supreme Court* estadunidense que a deferência Chevron não teria aplicabilidade em casos de interpretação de leis criminais (Gutierrez-Brizuela v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149-58 – 10 Cir, 2016). Em suma, tal qual sustenta Juan Carlos Benalcázar Guerrón,[30] em consonância com os parâmetros das Doutrinas Chevron e Skidmore, observa-se o entendimento escudado na experiência institucional consolidada no assunto.

5. Conclusão

Em apertada síntese, conclui-se, portanto, que a lógica sistemática impõe seja sempre indicada beneficiária de fundação extinta, mesmo quando inexistentes ou desconhecidos bens fundacionais.

Em jan. 2023

[29] BINICHESCKI, Paulo Roberto. A Doutrina Chevron: o ocaso anunciado? *Revista CEJ*, Brasília, ano XXI, n. 73, p. 29-39, set./dez. 2017.

[30] GUERRÓN, Juan Carlos Benalcázar. El derecho de participación ciudadana en la administración pública. In *Derecho administrativo*. (Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo) / Diego Valadés, coordinador general; Daniel Márquez Gómez, coordinador. Primera edición. México: El Colegio Nacional: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

Transformação, incorporação, cisão ou fusão *de* ou *por* Fundações de Direito Privado

José Marinho Paulo Junior*

Sumário

1. Introdução. 2. Fundações e bens: um binômio desde a gênese da entidade. 3. Da transformação de pessoas jurídicas de outra natureza em fundações de direito privado. 4. Da transformação de fundações de direito privado em pessoas jurídicas de outra natureza. 5. Conclusão.

Resumo

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, a viabilidade jurídica da mutabilidade entre fundações de direito privado e pessoas jurídicas de outra natureza. Com referencial na teoria da fundação enquanto universalidade de bens de Clóvis Beviláqua, justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender a aplicabilidade razoável das previsões normativas do Código Civil, com preservação da vontade do instituidor. Conclui que, nesta hipótese, a lógica sistemática permite apenas a transformação, incorporação, cisão ou fusão de pessoas jurídicas de outra natureza por Fundações de Direito Privado, mas não destas por aquelas.

Abstract

This article aims to assess through bibliographic review if it is legally allowed to turn foundations into other forms of corporate organization. Under the light of Clovis Bevilacqua´s foundation-as-a-group-of-rights theory as a scientific reference, the research d is justified by the need of comprehension of the enforceability of the Brazilian Law, protecting the will of its founders. The article concludes that, on account of systematic logic, other forms of corporate organization might be converted into foundations, but not the way back.

Palavras-chave: Fundação de direito privado. Transformação. Incorporação. Cisão. Fusão.

Keywords: *Foundations. Transformation. Merger. Fusing. Split. Incorporation.*

* Pós-Doutorando (IVIG-COPPE/UFRJ). Doutor em Direito (UNESA). Mestre em Direito Processual (UERJ). Especialista em Mediação e Negociação pelo *Justice Institute of British Columbia* (Canadá). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 89 (3ª Fase), jul./set 2023, p. 147-157.

1. Introdução

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, a viabilidade jurídica da mutabilidade entre fundações de direito privado e pessoas jurídicas de outra natureza. Com referencial na teoria da fundação enquanto universalidade de bens de Clóvis Beviláqua, justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender, especialmente em sede de extinção judicial, a aplicabilidade razoável das previsões normativas do Código Civil, com preservação da vontade do instituidor.

2. Fundações e bens: um binômio desde a gênese da entidade

Prima facie, constata-se o tratamento sucinto (e algo precário) dado pelo Código Civil à matéria fundacional.[1] É, pois, singela e lacunosa a base normativa a partir da qual se tece a presente análise.[2]

De toda sorte, relembre-se aqui a lição de Masagão (1945)[3] de que "a instituição da fundação [...] visa personalizar os próprios bens, isto é, transformar esses bens em

[1] Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins de: I – assistência social; II – cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III – educação; IV – saúde; V – segurança alimentar e nutricional; VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII – pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; VIII – promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; IX – atividades religiosas e X – (VETADO). 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. 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. Art. 65. Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 62), o estatuto da fundação projetada, submetendo-o, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz. Parágrafo único. Se o estatuto não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, em cento e oitenta dias, a incumbência caberá ao Ministério Público. Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas. § 1 º Se funcionarem no Distrito Federal ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. § 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público. 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 no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, findo o qual ou no caso de o Ministério Público a denegar, poderá o juiz suprila, a requerimento do interessado. Art. 68. Quando a alteração não houver sido aprovada por votação unânime, os administradores da fundação, ao submeterem o estatuto ao órgão do Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, em dez dias. Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa à 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.

[2] Disto não se extrai que não haja uma vasta e errática normatização do direito fundacional privado, vide por todos *Vade Mecum de Direito Fundacional Privado* das Provedorias de Fundações da Capital do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. (PAULO JUNIOR, José Marinho *et al.* (Org.). 1ª edição, Rio de Janeiro: Câmara Brasileira do Livro, 2021, p. 1617, ISBN 978-65-00-28547-5, disponível em plataforma Kindle)

[3] MASAGÃO, Mário (1945). Fundações criadas por testamento. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, 40, 70-76. Recuperado de: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp /article/view/66040>. Consulta em: 17 ago. 2021.

pessoa jurídica, atribuindo-lhes fim especial a que, como pessoa, ficarão jungidos", escorada nos ensinamentos de Clóvis Beviláqua de que a fundação é uma universalidade de bens personalizada em atenção ao fim que lhe dá unidade. Dallari (1995),[4] em igual sentido, anota que fundação é a vinculação de um patrimônio a determinado fim, dando-lhe personalidade jurídica, isto é, um patrimônio personalizado – o que significa que "o patrimônio adquire a condição de pessoa, passando a ser sujeito de direitos, ao mesmo tempo em que pode assumir obrigações jurídicas".

E uma pergunta angular: se não há bens, poderá haver fundação? Evidentemente que não. A fundação, enquanto universalidade de bens, tem nestes a sua essência e não pode nunca existir sem estes. Não por outra, FABIÃO GUASQUE (2008, p. 65) bem entrevê a fundação como "um fundo em ação".[5] E daí porque uma fundação sem bens deve ser extinta, na forma do artigo 69 do Código Civil.[6]

Tal *vexata quaestio* leva à fundamental premissa de criação de fundações por testamento: esta, se possível, somente ocorrerá diante da efetiva partilha e não antes (ao menos, como vista acima, em regra, ressalvada autorização judicial incidental, *ex vi* do parágrafo único do artigo 647 do Código de Processo Civil).[7]

Nas palavras de Azevedo,[8] para se criar uma fundação não bastam "direitos eventuais" – o que justamente é, afinal, a previsão de sua dotação até que seja ultimada: um direito em potencial e nada mais, a despeito da redação ditada pelo artigo 1923 do Código Civil,[9-10] que, em verdade, apenas se aplica a legatários, do que se distingue a fundação instituída – que não é legatária, nem herdeira, mas uma dotação. (MASAGÃO, 1945)[11]

---

[4] DALLARI, Dalmo de Abreu Dallari. Fundações Públicas e Suas Limitações. *Revista Adusp*. São Paulo, jul. 1995, p. 16.

[5] FABIÃO GUASQUE, Luiz. *Manual das ONGs e das Fundações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p. 141.

[6] 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.

[7] Já acima transcrito.

[8] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

[9] Art. 1.923. Desde a abertura da sucessão, pertence ao legatário a coisa certa, existente no acervo, salvo se o legado estiver sob condição suspensiva. § 1º Não se defere de imediato a posse da coisa, nem nela pode o legatário entrar por autoridade própria. § 2º O legado de coisa certa existente na herança transfere também ao legatário os frutos que produzir, desde a morte do testador, exceto se dependente de condição suspensiva, ou de termo inicial.

[10] Rodrigues (2003) expõe: "[...] faz-se preciso recorrer à distinção entre posse direta e indireta. O legatário, no momento da morte do testador, adquire o domínio da coisa certa legada, bem como a posse indireta dela (CC, art. 1.923). A posse direta, entretanto, só será por ele adquirida no momento em que o herdeiro lhe entregar o objeto do legado (CC, art. 1.923, § 1º). Até esse momento, cabe-lhe o direito de reclamar a entrega daquilo que se tornou seu por força do testamento, e cuja propriedade resultou da morte do testador. (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 7: Direito das Sucessões. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.)

[11] Neste mesmo sentido, FERREIRA, Sergio de Andréa. *In As Fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público no Brasil*. Tese apresentada no concurso para a livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara (disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184 /1758650/Sergio_De_Andrea_Ferreira.pdf >. Consultado em: 05 out. 2021), para quem "[é] uma liberalidade, mas constitui categoria jurídica específica, diversa que é da doação, a cujo regime e restrições não está sujeita. Fala-se, aliás, no particular, em dotação ou atribuição de bens e não em doação

Fosse diferente, haveria o absurdo de instituidor insolvente pretender formar uma fundação sem lhe garantir bens, sendo suficiente o desejo quiçá egoísta e mesquinho de ter para si mesmo algum legado pessoal. Tampouco se admite que a viabilidade financeira fundacional dependa de ilícito avanço sobre os quinhões de herdeiros necessários,[12] uma vez que, em interpretação sistêmica do Diploma Material e à luz do primado de vedação ao enriquecimento sem causa, não se pode tolerar isto.

Noutras palavras, parece razoável interpretar-se o Código Civil no sentido de que a fundação instituída por testamento[13] – e a é tão logo este é cumprido – somente vem a se formar se e quando, da partilha, houver bens suficientes para concretizar aquela última vontade. Tal exegese clareia, aliás, o sentido do artigo 63 do diploma na medida em que não se exige ali seja antes extinta a fundação (o que, estivesse criada, o disposto no artigo 69 seria de observância obrigatória).

Nestes termos, em hipóteses de instituição de fundação via testamentária, com o escopo de dirimir as eventuais dúvidas sobre os bens destinados à dotação patrimonial, salutar adotar a partilha em vida, em sua modalidade partilha-testamento, nos moldes delineados pelo artigo 2018,[14] preservados, por óbvio, a legítima dos herdeiros necessários,[15] nos moldes determinados pelo Código Civil.

3. Da transformação de pessoas jurídicas de outra natureza em fundações de direito privado

À exceção, por demais evidente, das fundações de pesquisa e de doutrinação e educação política (por expressa e específica ressalva legal),[16] é polêmica a possibilidade de conversão de pessoas jurídicas de outra natureza em fundação de direito privado.

---

(217). O ato de instituição é formal, podendo ser *inter vivos* ou *mortis causa*. Exige o art. 24 do Código Civil que êle se exteriorize por escritura pública ou testamento. Pelo mesmo ato deve ser feita dotação especial de bens livres, especificando-se, obrigatoriamente, o fim a que se destina a fundação e, facultativamente, a maneira de administrá-la. Neste primeiro momento, temos o que SADY CARDOSO DE GUSMÃO (218) chama de fundação instituída ou imperfeita." (p. 112)

[12] Assim dispõe o Código Civil: "Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes. § 1º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. § 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente. [...] Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários."

[13] Sobre tal, aliás, vide Fundações Testamentárias de Direito e em Comum: a partilha como marco temporal fundamental de possibilidade de constituição (coautoria com Waleska Nogueira Reis Schettini Pinto – *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 82 – out./nov. 2021).

[14] Art. 2018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

[15] 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.

[16] Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Art. 53. A fundação ou instituto de direito privado, criado por partido político, destinado ao estudo e pesquisa, à doutrinação e à educação política, rege-se pelas normas da lei civil e tem autonomia para contratar com instituições públicas e privadas, prestar serviços e manter estabelecimentos de acordo com suas finalidades, podendo, ainda, manter intercâmbio com instituições não nacionais. § 1º O instituto poderá ser criado sob qualquer das formas admitidas pela lei

Há quem enxergue no artigo 62 do Código Civil[17] uma única via (de duas faixas) pela qual se possa criar um ente fundacional: por escritura pública ou testamento.[18] Tudo e apenas isto, em silêncio eloquente[19] contrário à transformação. Nesta direção, tenha-se o disposto no item 32 do Capítulo XVIII do Provimento nº 58/89 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo (Normas de Serviço – Cartórios Extrajudiciais – Tomo II),[20] que expressamente veda a transformação de associação ou fundação em sociedade. Em dúvida registral[21] sobre a possibilidade em sentido

civil. § 2º O patrimônio da fundação ou do instituto de direito privado a que se referem o inciso IV do art. 44 desta Lei e o *caput* deste artigo será vertido ao ente que vier a sucedê-lo nos casos de: I – extinção da fundação ou do instituto, quando extinto, fundido ou incorporado o partido político, assim como nas demais hipóteses previstas na legislação; II – conversão ou transformação da fundação em instituto, assim como deste em fundação.

[17] Art. 1857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. § 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

[18] SIQUEIRA, Graciano Pinheiro de. Transformação de associação em fundação: incompatibilidade. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1030, 27 abr. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8307>. Acesso em: 22 fev. 2023.

[19] "Há silêncio nas palavras, elas produzem silêncio. O próprio ato de falar exclui o que não foi dito, pois quando se diz algo – porque se elegeu para dizer – o que não foi dito vem em forma de silêncio, mas está em determinado lugar com seu significado." (ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio*: no movimento dos sentidos. 5ª ed. Campinas (SP): Unicamp, 2002. p. 14). Ou na letra de JOSÉ SARAMAGO: "Aquilo que a literatura preguiçosa chamou durante muito tempo silêncio eloquente não existe, os silêncios eloquentes são apenas palavras que ficaram atravessadas na garganta, palavras engasgadas que não puderam escapar ao aperto da glote" (em *O Homem Duplicado*, por seu protagonista Tertuliano Maximo Afonso. São Paulo, Companhia das Letras, 2002, 7ª edição, p. 65).

[20] 32. É vedada a averbação de transformação de associação ou fundação em sociedade, ressalvada a hipótese de instituição de ensino superior referidas no art. 13 da Lei nº 11.096/2005 e as associações que tenham seu patrimônio dividido em cotas ou frações ideais, nos termos do art. 56, parágrafo único, do Código Civil. 32.1. Aplicam-se às associações os institutos da fusão, incorporação e cisão. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=138285>. Consulta em: 23 fev. 2023.

[21] "Como acima mencionado, a associação está disciplinada no artigo 53 do CC e caracteriza pessoa jurídica de finalidades não econômicas, que se constitui pela união de pessoas, entre as quais se destaca o terceiro setor, que pode assumir o aspecto de associação ou fundação, enquanto que a sociedade simples tem por objetivo o lucro. A questão posta a desate já foi objeto de apreciação pela Egrégia Corregedoria Geral da Justiça (Processo nº 2011/80114; 2015/00155467). Transcrevo a ementa e trecho do Parecer do Processo CG 226/2007, da lavra do Juiz Drº Álvaro Luiz Valery Mirra, aprovado pelo Corregedor Geral da Justiça Des. Gilberto Passos de Freitas, que bem elucida o impasse: "Registro Civil de Pessoa Jurídica – Operação de incorporação de sociedade limitada por associação civil – Pessoas jurídicas de naturezas diversas e submetidas a regimes jurídicos igualmente diversos – Ausência de previsão legal que autorize a incorporação – Inviabilidade da prática de incorporação realizada por uma associação civil relativamente a uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, com extinção desta última e incorporação do patrimônio respectivo por aquela primeira. Contudo, tal não se apresenta possível, pesem embora os argumentos expendidos pela recorrente. Isso porque, como sabido, as associações civis se formam pela reunião de pessoas, físicas ou jurídicas, com objetivos não econômicos, inexistindo, entre os associados, obrigações recíprocas (art. 53 do Código Civil). Já as sociedades – sejam elas empresárias ou não – constituem-se de pessoas que somam esforços ou recursos para atingir objetivos de natureza econômica, partilhando entre si os resultados (art. 981 do Código Civil). Assim, enquanto nas sociedades se verificam o desempenho de atividade econômica e a distribuição de lucros entre os sócios, nas associações tal não ocorre, não se buscando fins lucrativos e nem havendo entre os associados partilha e distribuição de eventual superávit. Pertinente invocar, neste passo, a doutrina de Marcelo Fortes Barbosa Filho sobre o tema: (…) tanto a sociedade não empresária quanto uma sociedade empresária obtêm uma remuneração pelo implemento de sua atividade fim e buscam auferir lucros, a serem distribuídos, de conformidade com o disposto em seus atos constitutivos, entre os sócios. A distribuição de lucros constitui o elemento distintivo entre a sociedade e a associação, visto que, nesta última, mesmo obtida uma remuneração pelo exercício da atividade-fim e auferido superávit, este não será compartilhado e distribuído entre os associados, mas reinvestido. As associações empreendem atividades não destinadas a proporcionar interesse econômico aos associados, buscando atingir finalidades de ordem moral. (In: PELUSO, Cezar –

inverso, isto é, de transformação de sociedade em associação ou fundação, o órgão correcional concluiu tampouco ser possível.

Contrapõe-se tal disposição às demais constantes dos artigos 64[22] e 2033,[23] ambos do mesmo diploma: o primeiro, prevê seja constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos; o segundo, dispõe amplamente sobre as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44[24] (ali, pois, incluídas as fundações de direito privado). Sustenta-se que, em interpretação sistêmica, fundações poderiam ser criadas por negócio jurídico outro que não os daquelas vias estreitas do artigo 62 – o que justificaria mesmo a previsão legal contida no artigo 2033.[25]

Neste sentido, a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Alagoas, pelo Des. Fernando Tourinho de Omena Souza, no âmbito dos autos nº 0000542-64.2020.8.02.0073, no exercício de sua competência para decidir suscitações de dúvidas registrais, declarou a legalidade do procedimento de transformação da Sociedade Empresária em Fundação Privada,[26] entrevendo, apenas, que (1) haja consentimento

---

Coord. *Código Civil Comentado* – doutrina e jurisprudência. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 823, comentário ao art. 982) Como se pode perceber, está-se diante de pessoas jurídicas de natureza completamente diversa, uma, a sociedade voltada à atividade eminentemente econômica, com distribuição de lucros entre os sócios, e a outra, a associação, sem fins econômicos, de ordem eminentemente moral, que não partilha ou distribui eventual remuneração ou superávit entre os associados. A hipótese ora em discussão, portanto, não cuida de mutações realizada em pessoas jurídicas de mesma natureza, como uma sociedade incorporando outra sociedade, ou uma associação incorporando outra associação, o que se admite, à luz do disposto no art. 1116 do CC, relativamente às sociedades, e nos termos do art. 2033 do CC, segundo se pode deduzir, no tocante às associações". (Disponível em: <https://www.ggv.com.br/arquivos/5497>. Consulta em: 23 fev. 2023)

[22] 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.

[23] Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão regem-se desde logo por este Código.

[24] Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações; IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos; VI - (Revogado pela Lei nº 14.382, de 2022). § 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. § 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código. § 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica.

[25] Inclusive, o Enunciado 615 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ao dispor sobre a possibilidade das associações civis poderem sofrer transformação, fusão, incorporação ou cisão, implicitamente permitiria sua conversão em fundação. (Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Consultado em: 06 out. 2021)

[26] Leia-se o seguinte excerto: "08. Pois bem, em que pese exista controvérsia quanto à possibilidade de alteração da natureza jurídica de uma sociedade para uma fundação, o que demonstra a legitimidade na cautela apresentada pelo interino, tal como entendido pela Juíza Auxiliar desta CGJ/AL, penso que seja totalmente possível a aludida transformação na natureza das pessoas jurídicas, desde que, obviamente, não haja lesão a terceiros e sejam consideradas todas as cautelas de estilo, conforme demonstrarei adiante. 09. No tocante ao procedimento de transformação social, sabe-se que este é regido pelo Código Civil de 2002, que especificamente nos artigos 1.113 e 2.033 preveem que: 'Art. 1.113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se.' 'Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código'. 'Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

de todos os sócios, conforme prevê o art. 1.114 do Código Civil, (2) não modifique ou prejudique direitos dos credores, conforme o art. 1.115, do mesmo diploma e (3) possua como finalidade uma das listadas no art. 61 do Código Civil de 2002.

No Estado do Rio de Janeiro, é de se recordar que a vedação se dá em sentido inverso, isto é, o que não se permite é a conversão de fundação em pessoa jurídica diversa, na esteira do artigo 73 da Resolução GPGJ 68/1979,[27] admitida excepcionalmente a das fundações de pesquisa e de doutrinação e educação política (isto por força, como dito, de expressa e específica ressalva legal).[28] Adrede, em precedente favorável lavrado pela Provedoria de Fundações da Capital do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, no procedimento administrativo n.º 2023.00111235, admitiu-se a conversão do Instituto de Pesquisa em Educação e Desenvolvimento Social em fundação.

Recorde-se, também, do *leading case* referente à incorporação (ou fusão) da ONG *Save the Children* pela Fundação Abrinq pelos Direitos das Crianças e Adolescentes, tida como um avanço no relacionamento com organizações internacionais,[29] conquanto

---

I – as associações; II – as sociedades; III – as fundações; IV – as organizações religiosas; V – os partidos políticos; VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada.' 10. Constata-se, pois, que a celeuma em questão surge justamente pelo fato de que o mencionado art. 1.113 regulamenta apenas e tão somente a transformação das Sociedade Empresárias, nada dispondo acerca da viabilidade do procedimento em relação às demais pessoas jurídicas de direito privado. 11. Ocorre que, visando atender a complexidade inerente à dinâmica de funcionamento social, que exige do intérprete constante atualização na forma de observar e aplicar o direito, a jurisprudência nacional evoluiu no sentido de estender o instituto da transformação também às demais modalidades de organização, conforme se vê do Enunciado nº 615, do Conselho da Justiça Federal, firmado quando da VIII Jornada de Direito Civil, *litteris*. 'As associações civis podem sofrer transformação, fusão, incorporação ou cisão.' 12. Ora, estendido tal entendimento às associações, pessoa jurídica de direito privado de natureza diversa, nada impossibilita que o mesmo raciocínio também se aplique às demais pessoas jurídicas não empresárias, a exemplo das Fundações, demonstrando, a princípio e no plano teórico, a possibilidade da pretendida alteração objeto da suscitação de dúvida. [...] 16. Da mesma forma, devem-se obedecer as previsões e requisitos legais e normativos para adoção da nova modalidade que deseja cambiar. É que se tratando de fundação de direito privado, faz-se necessário atentar ao disposto no art. 61 e seguintes do CC/2002, que regulamenta a criação, finalidades possíveis e demais disposições relativas a essa espécie de pessoa jurídica." Disponível em: <https://www2.tjal.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do> (informe o processo 0000542-64.2020.8.02.0073 e código 465D03A). Consulta em: 23 fev. 2023.

[27] Art. 73 - É proibida a transformação de fundação em sociedade ou associação ou sua incorporação a entidade dessas espécies ou sua fusão com as mesmas.

[28] Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Art. 53. A fundação ou instituto de direito privado, criado por partido político, destinado ao estudo e pesquisa, à doutrinação e à educação política, rege-se pelas normas da lei civil e tem autonomia para contratar com instituições públicas e privadas, prestar serviços e manter estabelecimentos de acordo com suas finalidades, podendo, ainda, manter intercâmbio com instituições não nacionais. § 1º O instituto poderá ser criado sob qualquer das formas admitidas pela lei civil. § 2º O patrimônio da fundação ou do instituto de direito privado a que se refere o inciso IV do art. 44 desta Lei e o *caput* deste artigo será vertido ao ente que vier a sucedê-lo nos casos de: I - extinção da fundação ou do instituto, quando extinto, fundido ou incorporado o partido político, assim como nas demais hipóteses previstas na legislação; II - conversão ou transformação da fundação em instituto, assim como deste em fundação.

[29] SITAWI. *Fusões e outras Colaborações Estruturadas de Longo Prazo no Setor Social*. 2013. Disponível em: <https://www.sitawi.net/publicacoes/fusoes-e-outrascolaboracoes-estruturadas-de-longo-prazo-no-setor-social/>. Acesso: 23 fev. 2023.

não imune a críticas.[30] Tal tendência,[31] de toda sorte, é vista como um aprofundamento das relações sociais capitalistas e o incentivo dos países centrais à aproximação com o setor privado, criando uma nova característica ao terceiro setor, com fusões para propiciar a entrada facilitada de organizações internacionais no país, não mais para executar projetos pontuais, agora entram para disputar o fundo público por dentro das políticas sociais brasileiras.

Reconheça-se, de todo modo, que a transformação de uma entidade não fundacional em fundacional tende a publicizar o patrimônio envolvido, preservando, em última análise, os fins sociais a que se pretende dedicar seu patrimônio. Não há, assim, privatização de bens dedicados ao coletivo, mas o inverso – o que sensibiliza a seu favor tal metamorfose.[32]

4. Da transformação de fundações de direito privado em pessoas jurídicas de outra natureza

Ainda mais funda a polêmica acerca da possibilidade de conversão de fundação de direito privado em pessoas jurídicas de outra natureza, à exceção, repita-se uma vez mais, das fundações de pesquisa e de doutrinação e educação política (por expressa e específica ressalva legal).[33]

De fato, há quem, em leitura isolada do artigo 2033 do Código Civil,[34-35] conclua, precipitadamente, que a clareza do diploma seria cristalina em permitir que fundações, enquanto elencadas no artigo 44 do *Codex*, poderia sofrer tais mutações, livremente transformando-se, fundindo-se, cindindo-se ou se incorporando em pessoas jurídicas de outra natureza. Esta, aliás, parece ser a conclusão implícita da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Alagoas, no âmbito dos autos nº 0000542-64.2020.8.02.0073.[36]

---

[30] A fusão gerou desconfianças nas ONGs apoiadas pela *Save the Children* no Brasil; na Fundação Abrinq, no mesmo período, houve um desgaste entre membros da administração, considerando que a mesma se tornaria uma fábrica de distribuição de selos, fazendo referências ao Projeto Empresa Amiga da Criança. (ARAGÃO, Daniel Maurício de. O controle global da solidariedade: transnacionalização e privatização na adaptação estratégica de ONGs britânicas no Brasil. *Caderno CRH*. Salvador, v. 25, n. 65, p. 269-283, maio/ago. 2012.)

[31] SANTANA, Nathália Gregório de. *Fusão entre organizações não governamentais*: tendência das políticas sociais? Fonte: <https://www.sitawi.net//a-sitawi/>. Acesso em: 20/05/2018. Anais do 16º Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social. Consulta em: 23 fev. 2023.

[32] Esta, a feliz expressão de BORBA, José Edwaldo Tavares. (*In Direito Societário*. 8ª ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 479)

[33] Já acima transcrito.

[34] Já acima transcrito.

[35] Neste mesmo sentido, ainda sob a égide do Código Civil anterior, FERREIRA, Sergio de Andréa. *In As Fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público no Brasil*. Tese apresentada no concurso para a livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara (disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184 /1758650/Sergio_De_Andrea_Ferreira.pdf.>. Consultado em: 05 out. 2021), para quem "[é] possível, finalmente, a transformação da fundação, a novação de personalidade, compreendendo as hipóteses de mudança de fim, fusão, incorporação, conversão em associação, em autarquia. Pode ser transmudada, também, em órgão da Administração Direta, perdendo, destarte, sua personalidade. Para tais fatos, há necessidade de embasamento legal". (p. 131)

[36] Leia-se o seguinte excerto: "[...] 11. Ocorre que, visando atender a complexidade inerente à dinâmica de funcionamento social, que exige do intérprete constante atualização na forma de observar e aplicar o direito, a jurisprudência nacional evoluiu no sentido de estender o instituto da transformação também às

Entretanto, há quem vislumbre, no artigo 69 do Código Civil em sua forma combinada com o artigo 1204 do Código de Processo Civil, uma única via pela qual se possa dar fim ao ente fundacional: quando sua finalidade se tornar "ilícita, impossível ou inútil", ou se o prazo da existência dessa instituição estiver vencido, o órgão do Ministério Público promoverá a respectiva extinção. Tudo e apenas isto, em silêncio eloquente contrário à transformação – o que, por sua vez, de algum modo, contraria o disposto no artigo 1.113 (ao anunciar que "o ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se").

A correta interpretação intrassistêmica, sob tal prisma, é a de que se admitem transformações das pessoas jurídicas elencadas no artigo 44, mas não em todas as direções e em irrestrita extensão. Uma associação civil poderia, por exemplo, transformar-se em fundação, mas não o reverso. Uma fundação poderia fundir-se com outra, mas não com uma associação civil. Sob pena de contundente incongruência intralegal, portanto, a exegese do dispositivo legal não pode ferir de morte o microssistema fundacional.

Como dito, no Estado do Rio de Janeiro, consta vedação expressa de conversão de fundação em pessoa jurídica diversa (artigo 73 da Resolução GPGJ 68/1979),[37] jamais tendo sido tal dispositivo sequer desafiado judicialmente, a despeito de sua longevidade. Seu fundamento lógico-sistemático está na contraposição entre ontologias e regimes jurídicos incompatíveis entre si: se, na fundação, o patrimônio é posto em ação, sem que doravante pertença a ninguém, as associações e afins possuem sim seus titulares, com direito a quinhão dos bens associativos. Noutras palavras, se o patrimônio foi estimulado pelo Estado, por benefícios legais diversos, para atingir determinada finalidade de interesse social, deve tal patrimônio ser mantido com tal característica essencial.

Nesta direção, confrontando regimes incompatíveis para eventual transformação, tenha-se o artigo "A Operação de Transformação Societária de Associações em Sociedade Anônima: Uma Crítica Possível"[38] por Fernando Ferreira Castellani e Sávio Rui Brabo de Araújo, que assim concluem:

demais modalidades de organização, conforme se vê do Enunciado nº 615, do Conselho da Justiça Federal, firmado quando da VIII Jornada de Direito Civil, *litteris*. 'As associações civis podem sofrer transformação, fusão, incorporação ou cisão.' 12. Ora, estendido tal entendimento às associações, pessoa jurídica de direito privado de natureza diversa, nada impossibilita que o mesmo raciocínio também se aplique às demais pessoas jurídicas não empresárias, a exemplo das Fundações, demonstrando, a princípio e no plano teórico, a possibilidade da pretendida alteração objeto da suscitação de dúvida. [...] 16. Da mesma forma, devem-se obedecer as previsões e requisitos legais e normativos para adoção da nova modalidade que deseja cambiar. É que se tratando de fundação de direito privado, faz-se necessário atentar ao disposto no art. 61 e seguintes do CC/2002, que regulamenta a criação, finalidades possíveis e demais disposições relativas a essa espécie de pessoa jurídica." Disponível em: <https://www2.tjal.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do> (informe o processo 0000542-64.2020.8.02.0073 e código 465D03A). Consulta em: 23 fev. 2023.

[37] Já acima transcrito.

[38] No prelo.

> Essa condição faz com que o Estado ofereça tratamento diferenciado e privilegiado a tais associações, variando para maior ou menor expressão, a depender de seu caráter beneficente de interesse social, classista ou egoística. Em todas elas, contudo, o Estado promove seu desenvolvimento, sendo suportado tal benefício e incentivo por toda a sociedade.
>
> O reconhecimento disso, inclusive, é corroborado pela destinação legal do patrimônio em caso de extinção.
>
> Dessa forma, mostra-se incoerente, ilegal e ilógica a operação de transformação de tais associações. A constatação prática do caráter empresarial de algumas associações é a comprovação do desvirtuamento de suas finalidades, o que não pode ser motivação e justificação para permitir a apropriação desse patrimônio por pessoas privadas.
>
> O desvio anterior não justifica o equívoco posterior. As associações identificadas pelas características empresárias devem ser extintas, com a correta destinação de seu patrimônio a associações similares, sem finalidade lucrativa. Seus antigos associados, caso queiram, devem constituir sociedade, com finalidade lucrativa, iniciando a atividade econômica, sem apropriação indevida do patrimônio associativo.

É sofismática – mas não incomum – a assertiva de que a ausência de patrimônio ou o desequilíbrio de contas seria suficiente para se permitir tal conversão – com o que não se pode puerilmente concordar. Caso haja, de fato, algum ativo fundacional que interesse à outra pessoa jurídica (de igual ou de natureza diversa), nada impede seja o mesmo alienado, em valor de mercado e solvidos, na medida de sua força, os débitos existentes. Tenha-se, neste diapasão, o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União, por seu relator, Ministro Valmir Campelo, no âmbito do Acórdão de nº 2444/2012, considerando que a "transferência de capacidade técnica operacional entre pessoas jurídicas, objeto de reestruturação empresarial, já está devidamente consagrada na doutrina e na jurisprudência brasileiras".[39] Nada além disto.

Deve-se, portanto, desafiar a oferta aparentemente altruísta de uma fundação deficitária ser absorvida por uma associação civil ou outra entidade não fundacional qualquer, investigando-se o ativo almejado pela interessada – que pode ser a própria exploração da reputação da fundação, de seu patrimônio, material ou imaterial (ainda que comprometido por dívidas ou má gestão), ou mesmo de sua carteira de assistidos. Todos, aliás, podem vir a ser cedidos como ativos, mediante justa retribuição,

[39] Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DB4AFB3014 DBB359F273F7 D&inline=1>. Acesso: 23 fev. 2023.

preservando-se, no que for possível, o restante de seus bens e, em cenário ideal, sua própria existência reestruturada.

Importante mencionar um princípio basilar em direito societário que poderia ser transposto, com os devidos ajustes, para o tema em estudo: o princípio da preservação da empresa,[40-41] a intuitivamente inspirar o "princípio da preservação das fundações". Nestes termos, admitir a existência de fundações de fato, ainda que em caráter excepcional, privilegia a preservação das atividades fundacionais e a consecução de seus objetivos, em reconhecimento de sua relevância intrínseca para a sociedade. Neste sentido, a cessão de ativo – e não a transformação da fundação – seria solução mais desejável do ponto de vista sistemático.

5. Conclusão

Em apertada síntese, conclui-se, portanto, que a lógica sistemática impõe seja admitida a transformação de pessoas jurídicas de outra natureza em fundações de direito privado, mas não o inverso.

Em março, 2023.

[40] COELHO, Fábio Ulhôa. *In Curso de direito comercial: direito de empresa.* São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79. Assim conceitua o princípio da preservação da empresa: "O princípio da preservação da empresa, o que se tem em mira é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos. Na locação identificadora do princípio, 'empresa' é o conceito de sentido técnico bem específico e preciso. Não se confunde nem com o seu titular ('empresário') nem com o lugar em que explorada ('estabelecimento empresarial'). O que se busca preservar, na aplicação do princípio da preservação da empresa, é, portanto, a atividade, o empreendimento." E complementa: "O princípio da preservação da empresa é legal, geral e implícito".

[41] Sobre o princípio da preservação fundacional, vide uma vez mais Fundações Testamentárias de Direito e em Comum: a partilha como marco temporal fundamental de possibilidade de constituição. (coautoria com Waleska Nogueira Reis Schettini Pinto – *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 82 – out./nov. 2021)

Atos jurídicos – Atos ilícitos

ABUSO DO DIREITO, VELHO TEMA, SEMPRE ATUAL (*)

Paulo Dourado de Gusmão

O abuso do direito foi a solução encontrada pela doutrina e pela jurisprudência para impedir atos condenados pela consciência jurídica, pela justiça e pelo novo direito, permitidos pela letra de códigos individualistas, que vinham resistindo aos novos tempos, sem serem adaptados ao período de insegurança que se iniciou na primeira década do século atual, agravado com a desarticulação e desorganização da economia européia provocada pela I Guerra Mundial, que, quando parecia convalescer, foi, em 1929, atingida rudemente, provocando o colapso dessa economia e da americana. Desde então a Civilização Européia mudou, enterrada que estava definitivamente a Era Vitoriana.

Mas, apesar de tal mudança social e do deslocamento do polo da vida jurídica do indivíduo para a coletividade, o Código Civil francês *(Code Napoléon)* de 1804 e o Código Civil alemão (BGB) de 1900 continuavam de pé, desafiando a nova ordem social e econômica européia oriunda da crise de 29. Vigentes, apesar de em choque com tal realidade, a doutrina e a jurisprudência foram forçadas a construir nova forma de ilícito: abuso do direito. Talvez por isso — e só por isso — tenha razão ROTONDI (1) quando vê no abuso do direito exclusivamente um fenômeno social, decorrente das transformações da vida econômica e social, que fazem com que o ato

---

(*) O Presente trabalho será publicado nos **Estudios en honor del Dr. Luis Recasens Siches**, organizado pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas, da Faculdad de Derecho da Universidad Nacional Autónoma de México.

(1) ROTONDI, «L'abuso del diritto» **(Rivista di Diritto Civile**, 1923, págs. 105-128, 209-352 e 417-457).

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 20 (1ª Fase), jul./dez. 1974, p. 52-56.

permitido pela lei seja condenado pela consciência jurídica, sem ter, entretanto, "lugar no sistema dogmático do direito positivo". Antes de ROTONDI, em 1899, com outros fundamentos, PLANIOL (2), em seu *Traité*, insurgiu-se contra a doutrina do abuso do direito, considerando ser a fórmula "abuso do direito" uma "logomaquia". É, diz PLANIOL, "preciso não nos deixarmos enganar pelas palavras: o direito cessa onde o abuso começa, não podendo haver uso abusivo de um direito pela razão irrefutável de não poder ser, ao mesmo tempo, um mesmo ato conforme ao direito e contrário ao direito". Na mesma época, na Itália, FERRINI fez a mesma crítica à doutrina do abuso do direito. Em 1910, COVIELLO (3) a repete, considerando estar a anormalidade do uso do direito "sempre dentro dos limites do direito, tal como está reconhecido pela lei".

Compreensíveis as críticas de PLANIOL, FERRINI e COVIELLO se situadas na época em que foram formuladas, 1899-1910, no final da Era Vitoriana.

Causa, entretanto, espanto o combate feito a essa teoria por DUGUIT que defendeu a substituição da noção de direito subjetivo pela de direito-função. Repete a clássica crítica de PLANIOL, acabando por reconhecer ser difícil "determinar o ponto em que começa o abuso e em que acaba o direito" (4). Dificuldade que RIPERT (5) pensa só poder ser vencida com uma clara concepção do dever moral, porque, sem tal conscientização seria impossível ao juiz "julgar se há abuso do direito", por ser o abuso do direito, segundo RIPERT, o uso do direito permitido pela lei, mas condenado pela moral, isto é, modo de dar a "aparência de direito a ato que é um dever não realizar. Desde que "se tire da teoria do abuso do direito o seu fundamento moral cai-se nas mais perigosas fantasias da opressão social", conclui RIPERT.

Mas, a questão não é o fundamento moral da equiparação do abuso do direito ao ato ilícito, mas a base jurídica de tal equiparação. Questão não resolvida com a redução do abuso do direito ao

---

(2) PLANIOL, **Traité élémentaire de droit civil**, Paris, dixième ed., vol. II, 1926, n. 871, pág. 298.

(3) COVIELLO, **Manuale di diritto civile italiano**, Milano, 1915, 2.ª ed., § 153, pág. 492. Na pág. 493, na nota 1, escreve COVIELLO: «É bene però notare che **in iure condendo** sarebbe utile porre all'esercizio de diritti que limiti che sono reclamati dall'esigenze della convivenza sociale».

(4) Compreensível a posição de DUGUIT somente se levarmos em conta não ter lugar em seu sistema a noção de direito subjetivo.

(5) RIPERT, **La régle morale dans les obligations civiles**, Paris, 1925, n.os 92 e 103 bis.

ato emulativo, como fez NOTO SARDEGNA (6), ainda na Era Vitoriana e como fez, em plena crise mundial BONNECASE, no *Supplèment au Traité Théorique et Pratique de Droit Civil* de BAUDRY-LACANTINERIE. Tais autores estavam sob a influência do § 226 do BGB, que proíbe o exercício do direito "quando tiver por escopo único causar dano a outrem".

Coube a PORCHEROT (7), no começo do século, ainda na última década da Era Vitoriana, construir a doutrina do abuso do direito distinta do ato emulativo.

Para PORCHEROT, no abuso do direito o ato está dentro dos limites objetivos do direito, sendo, porém, abusivo por se destinar a um fim diverso daquele que teve em vista o legislador. Assim, no abuso do direito o titular desviar-se-ia, segundo PORCHEROT, da destinação normal para a qual fora instituído o direito: *on detourne, pour ainsi dire, son droit de la destination normale pour laquelle il a été crée.* O abuso do direito, prossegue PORCHEROT, "distingue-se do ato praticado sem direito por uma idéia de finalidade e de objetivo almejado". Faz-se depender, desde então, da finalidade, ou melhor, dos motivos e da intenção do titular a caracterização da normalidade ou da anormalidade do uso dos direitos, rompendo-se assim com uma tradição dominante na ciência do direito, que, desde 1713, com THOMASIUS, fortalecida por KANT, reduz o jurídico à consideração objetiva da ação, por se considerar a indagação da intenção e das motivações do sujeito da alçada da moral; tradição cômoda para um mundo dominado pela exterioridade, convencido da segurança de sua ordem econômica, que se abalou e desmoronou com o simples estouro da Bolsa de Valores de New York...

Deve-se, entretanto, a SALEILLES(8), na *segunda edição* do estudo que fez do primeiro projeto de Código Civil alemão, o estabelecimento, em uma simples *nota* de rodapé, das bases da teoria teleológica do abuso do direito. Coube a SALEILLES definir o abuso do direito como o exercício *anormal* do direito, "contrário à destinação econômica ou social do direito subjetivo, que, reprovado pela consciência pública, excede, por conseqüência, o conteúdo do direito; porquanto todo direito, do ponto de vista social, é relativo, não havendo direitos absolutos, nem mesmo a propriedade". CLÓVIS BE-

---

(6) NOTO SARDEGNA, **L'abuso del diritto**, Palermo, 1907.

(7) PORCHEROT, **L'abus de droit**, Dijon, 1901.

(8) SALEILLES, **Étude sur la théorie génerale de l'obligation d''apres le premier projet de code civil pour l'empire allemand**, Paris, 1914, 2.ª ed., nota 310.

VILACQUA(9) considera ter o Código Civil Brasileiro de 1917, em seu art. 160, I, abraçado a teoria de SALEILLES. Como autor do projeto, CLÓVIS poderia ter tido tal intenção, porém por prescrever o supracitado artigo não constituir ato ilícito o praticado "no exercício regular de um direito" não se pode concluir ter o legislador brasileiro abraçado a doutrina de SALEILLES, que, como vimos, define o abuso do direito como o exercício contrário a sua destinação econômica ou social. O *Anteprojeto de Código Civil* brasileiro(10), ao equiparar, em seu art. 186, ao ato ilícito o uso do direito que exceder "manifestamente os limites impostos pelo seu fim social", filiou-se à doutrina de SALEILLES, apesar de, ao considerar ato ilícito o uso do direito que exceder os limites impostos pela "boa fé ou pelos bons costumes", ter abraçado a solução acolhida, antes de 1939, pelo código suíço, pelo projeto franco-italiano, anterior a 1939, de código de obrigações e pelo projeto do Livro IV do Código Civil italiano, abandonado pelo legislador italiano no texto definitivo de 1942(11).

JOSSERAND(12) desenvolveu a semente lançada por SALEILLES. Formulou a doutrina mais completa da concepção teleológica do abuso do direito, considerando-o a violação do espírito do direito pelo titular, que, ao assim agir, se conduziria para a ilegalidade apesar de se manter dentro da letra da lei. Para caracterizá-lo deve, diz JOSSERAND, indagar o juiz o motivo perseguido pelo titular, por dever o egoísmo, que geralmente o comanda, estar a serviço da comunidade. Se o motivo for legítimo — legitimidade variável com as situações históricas — por estar ajustado ao espírito do direito e a sua missão, normal seria o uso do direito; mas, se dele estiver afastado, haveria abuso.

---

(9) «O brasileiro (código), art, 160, I, refere-se ao exercício irregular do direito. É a doutrina de SALEILLES», **in Código Civil Comentado**, Rio de Janeiro, 1944, 7.ª ed., vol. I, pág. 457.

(10) **Anteprojeto de Código Civil**, Ministério da Justiça, Imprensa Nacional, 1973, 2.ª ed. revisada.

(11) O Código Civil da URSS (1923) dispõe: «Os direitos civis são protegidos pela lei, salvo quando forem exercidos num sentido contrário ao seu fim econômico e social» (art. 1.º); o Código Civil Suíço (1907): «Toda pessoa está obrigada a exercer seus direitos e a cumprir suas obrigações, segundo as regras da boa fé»; Projeto franco-italiano: prescreve haver abuso do direito quando o titular causar dano a outrem no exercício do direito excedendo os limites fixados pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social e econômico do direito. A solução desse projeto foi adotada no Código Civil grego (1946), no art. 281, e no Código Civil português (art. 334) de 1966.

(12) JOSSERAND, **De l'esprit des droits et de leur relativité**, Paris, 1927.

Assim, quando excedidos o fim econômico ou social do direito, os limites fixados pela boa fé ou pelos bons costumes ou, ainda, o espírito do direito, haveria, segundo os tratadistas e os projetos de códigos e códigos civis posteriores a 1900, abuso de direito. SCIALOJA, presidente da *Commissione Reale per la Riforma dei Codici*, considerou perigosos tais critérios, combatendo o art. 7.º do projeto de Código Civil italiano, que prescrevia: "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesino gli è riconosciute", por "atribuire un soverchio arbitrio al giudice" (13). Mantido, apesar da oposição de V. SCIALOJA, por considerar a Comissão Revisora preferível o "princípio objetivo à indagação pelo juiz da boa fé do titular, tarefa difícil e perigosa"(14), foi suprimido do texto promulgado em 1942 por adotar a comissão parlamentar as considerações da comissão presidida por SCIALOJA, punindo o abuso do direito em cada caso, e não com norma geral(15).

Com razão, a nosso ver, estava SCIALOJA e a Comissão Parlamentar, porque a indagação da boa fé do titular ou do motivo que o move aumentam o arbítrio judicial. Além disso, a conceituação teleológica do abuso do direito não esgota as formas abusivas de exercê-lo criadas pela imaginação, pela malícia ou pelo egoísmo em um campo em que o interesse individual domina. Toda definição legal, além de se mostrar incompleta com o tempo, torna rígido o direito em matéria em que deveria ser flexível. Por isso, pensamos, desde que se queira estabelecer norma geral, dever prescrever a lei simplesmente *constituir ato ilícito o ato emulativo e o abuso do direito*, deixando à doutrina e à jurisprudência a tarefa de caracterizá-los segundo as necessidades histórico-sociais. Outras razões justificam essa nossa posição, primeiro, o risco que comporta a rigidez de certas definições legais, que podem entorpecer a atividade do titular; segundo, a instituição do que DABIN (16), em sua crítica a JOSSERAND, denomina de "direito dirigido". A outra, é o momento histórico que vivemos, com a crise mundial atingindo as economias dos países de diferentes maneiras, com pressão inflacionária sobre todas as economias, agravada com a escassez de produtos agrícolas e com a quadruplicação do preço do petróleo, que tornam atual o velho tema, abuso do direito, que deve ser tratado com cautela pelo legislador, sem defini-lo, deixando à prudência do jurista e a vivência dos tribunais fazê-lo.

---

(13) **Commissione reale par la riforma dei codici. Codice Civile, Primo libro, Roma, 1931.**

(14) **Ministero di Grazia e Giustizia. Codice Civile. Progetto definitivo e relazione del Guarda-sigilli on. Solmi, Roma, 1936.**

(15) **Atti della commissione parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul progetto del libro primo del codice civile, Delle persone, Roma, 1937.**

(16) **DABIN, El Derecho Subjetivo, Madrid, 1955, trad., pág. 361.**

APONTAMENTOS PARA UM ESTUDO SOBRE A REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO PELO CRIME E OS MEIOS DE PROMOVÊ-LA EM JUÍZO

José Carlos Barbosa Moreira

1. *Efeitos penais e extrapenais do Crime* — É trivial a observação de que um mesmo e único fato ou comportamento humano pode surtir efeitos vários no mundo do direito. Basta, para tanto, que mais de uma regra jurídica o preveja como suporte de sua incidência, ou como elemento desse suporte. Assim, por exemplo, a morte de determinada pessoa, que de um lado acarreta a abertura da sucessão, com a transmissão imediata do domínio e da posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários (Código Civil, art. 1.572), extingue, por outro, a punibilidade de qualquer delito por ela praticado (Código Penal, art. 108, n.º I), produz a suspensão do processo civil em que ela seja parte (Código de Processo Civil, art. 265, n.º I), ou até a respectiva extinção, caso — para usarmos a linguagem legal — seja a ação considerada intransmissível (Código de Processo Civil, art. 267, n.º IX), e assim por diante.

Em se tratando de fato capitulado na lei como delituoso, além da conseqüência mais gritante, que é a de sujeitar o agente à imposição de pena, desde que concorram todos os pressupostos legais, outras podem sobrevir, estranhas ao âmbito criminal. Aqui nos interessam as conseqüências suscetíveis de manifestar-se no plano *civil* — ou antes, uma delas, em particular, como se verá dentro em pouco. Na verdade, concebem-se diversas, já que a prática de crime é relevante para a incidência de mais de uma regra de direito civil: apenas em caráter exemplificativo, mencionem-se a que contempla o roubo e o furto como excludentes da responsabilidade do alienante, a título de evicção (Código Civil, art. 1.117, n.º I); as que fazem revogável a doação, quando o donatário atente contra a vida do doador ou cometa contra ele ofensa física, injúria grave ou calúnia (art. 1.183, n.ºs I, II, III); as que excluem da sucessão os herdeiros ou legatários que houverem praticado homicídio ou tentativa de homicídio contra o autor da herança, ou ainda incorrido em crime contra a sua honra (art. 1.595, n.ºs I e II).

2. *O efeito civil relacionado com o dano* — Não é, porém, de *quaisquer* efeitos civis do fato delituoso que se tratará no presente trabalho. O campo da nossa pesquisa já ficou, aliás, claramente delimitado pelo respectivo título.

A palavra "dano", bastante equívoca na linguagem jurídica, nenhuma relação tem aí, convém desde logo advertir, com a conhecida classificação das figuras delituosas em "crimes de dano" e "crimes de perigo". Não é este o lugar próprio para o exame, ainda que perfunctório, das numerosas e árduas questões que a doutrina penalística tem versado a respeito de tal distinção e do critério em que

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 10 (2ª Fase), jul./dez. 1979, p. 42-61.

ela se funda; nem caberia, sequer, enfrentar uma indagação relevante do ponto de vista penal, *mas só dele:* se em todo e qualquer delito, inclusive nos chamados "crimes de perigo", se deve ou não reconhecer a existência de um *dano,* em sentido lato.

Nada disso vem agora ao caso, pois não é com o dano *criminal,* e sim com o dano *civil,* que se relacionam as nossas cogitações no momento. Mais precisamente, elas concernem àquela particular conseqüência civil do fato delituoso, que consiste na obrigação de reparar o dano por ele causado. Ou, em termos ainda mais exatos: aos modos pelos quais o titular do direito à reparação pode fazê-lo valer, quando o próprio responsável não se disponha a compor voluntariamente o dano.

3. *Crime e dano civil* — Falando-se de "reparação do dano causado pelo crime", surge questão que desde logo cumpre enfrentar. Diz-se que "nem todo crime produz dano apreciável civilmente" (1). Tal afirmação, contudo, poderia ser entendida em dois sentidos distintos: primeiro, o de que certos delitos não produzem *dano algum,* do ponto de vista civil; segundo, o de que não produzem *dano capaz de fazer nascer a obrigação de reparar.* Trata-se de coisas inconfundíveis, e perfeitamente se concebe que uma exista sem a outra; que o ordenamento *exclua* a responsabilidade civil do causador em relação a determinadas espécies de dano (moral, por exemplo), ou ao dano produzido sob certas circunstâncias. Dizer, pois, que pode haver crime sem que a gente fique obrigado à reparação, não importa necessariamente dizer que pode haver crime sem que se configure dano do ponto de vista civil: o dano existiria sempre, ainda que inidôneo para gerar aquela conseqüência.

Deparam-se na doutrina ambas as opiniões: a que sustenta a possibilidade de crime *sem qualquer resultado danoso* (2) e a que, reputando indissociável do crime o dano civil, admite apenas que este possa vir desacompanhado da obrigação de reparar (3). Parece mais

---

(1) *Basileu Garcia, Instituições de Direito Penal,* 2ª ed., S. Paulo, 1952, vol. I, t. II, pág. 584.

(2) *Vide,* entre nós, *Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado,* t. 53, Rio de Janeiro, 1966, pág. 103: "O ato pode ser criminoso e incorrer em pena quem o pratique sem que daí resulte dever de indenizar *(falta ao suporte fáctico o elemento do dano)*" (sem grifo no original). Na moderna literatura peninsular, sublinha por exemplo *Grimaldi, L'azione civile nel processo penale,* Nápoles, 1965, págs. 11, 37, 111, o caráter puramente *eventual* de um dano civil conseqüente ao delito.

Veja-se, aliás, o texto do art. 185, 2ª alínea, do *Codice penale: "Ogni resto* che abbia cagionato un danno, *patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento...",* onde o trecho destacado manifestamente pressupõe a existência de crimes não produtores de dano (civil).

(3) Cite-se, por todos, *Carnelutti, Il danno e il reato,* Pádua, 1930, págs. 15/6, 25, 65/6.

aderente à realidade o entendimento que reconhece a existência de figuras delituosas a propósito das quais não há cogitar de dano *(tout court)* ao ângulo civil: assim, *v.g.*, o delito consistente em "trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar" (Lei n.º 6.368, de 21.10.1976, art. 16), ou em "acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem" (Código Penal, art. 341). *A fortiori*, em se tratando de delito meramente *tentado* (art. 12 n.º II): a tentativa de furto, por exemplo, só em casos raros produzirá dano civil (4). Não é unicamente a relação jurídica obrigacional, aí, que tem excluído, a título de exceção, o seu nascimento: o que se nega é o próprio efeito *civilmente danoso* do comportamento *penalmente punível*. Seria inexato dizer apenas que não há dano *suscetível de obrigar à reparação:* a verdade é que, pelo prisma civil, pura e simplesmente *não há dano.*

Tem-se afirmado que a existência ou inexistência de resultado danoso no plano civil depende da natureza privada ou pública do bem jurídico (ou, como preferem dizer alguns, do interesse) cuja proteção constitui a precípua razão de ser da norma incriminadora. No sentir de um clássico monografista da matéria (5) — que, aliás, não distinguia entre *dano* e *dano gerador da obrigação de reparar* —, a exclusão desta última ocorreria quando se violasse norma penal editada *"a tutela di interessi a caracttere rigorosamente pubblico"*; mas o autor cuidava de esclarecer que deixava de lado os interesses *também* individuais. A ressalva era indispensável: com efeito, em diversas hipóteses, conquanto a incriminação *primariamente* se ligue à tutela de bem ou interesse público, o fato repercute de modo prejudicial na esfera jurídica privada: é o que acontece, *v.g.*, na corrupão passiva (art. 317), na violência arbitrária (art. 322), no patrocínio infiel (art. 355) e em tantos outros crimes contra a administração pública. Por outro lado, pode suceder que não se configure danò civil

---

(4) Cf., na doutrina pátria, *Tourinho Filho, Processo Penal*, 1º vol., 3ª ed., Bauru, 1977, pág. 468. Exemplo interessante é o formulado por *Grimaldi, L'azione civ. ...*, pág. 102: se um ladrão, para furtar num pombal, provoca a fuga de todos os pombos sem conseguir capturar um único sequer, não se poderá falar de crime consumado, porque não chegou a ocorrer a subtração, mas o proprietário sofreu dano com a perda das aves. *Carnelutti*, para quem o crime (ainda tentado) *sempre* causaria dano, reconhecia que, às vezes, da tentativa não decorre dano *ressarcível*, e exemplificava: o ladrão é apanhado pelo policial no momento em que estendia a mão para as mercadorias expostas por um vendedor de frutas, sem que chegasse a tocá-las e sem que o proprietário sequer o percebesse *(Il danno e il reato*, pág. 24). Mas é difícil imaginar *que dano* — embora não ressarcível — sofre aí o dono das mercadorias.

(5) *Paoli, Il reato, il risarcimento, la riparazione*, Bolonha, s/d (1924), pág. 99.

apesar de privado o bem jurídico objeto da tutela penal: assim, de ordinário, no caso já lembrado da tentativa de furto (6).

4. *Ilícito penal e ilícito civil* — Por vezes se afirma que a ilicitude penal do fato — ao menos quando esteja em jogo interesse privado — envolve sempre a sua ilicitude civil; ou, em outras palavras, que todo crime é também, necessariamente, um ato ilícito do ponto de vista civil (7). Caso se considere que o dano é inseparável do delito, qualquer dúvida será descabida. Na perspectiva oposta, contudo, a questão se torna mais complexa.

É que, no âmbito mesmo do direito civil, não há unanimidade acerca da pertinência ou não do dano ao próprio conceito de ato ilícito. Segundo corrente doutrinária prestigiosa, em nosso país e alhures, inexistindo dano, não se configura ilícito civil (8); outra, não menos autorizada, vê no dano aspecto puramente acidental do ato ilícito, entendendo que este se caracteriza, na essência, pela simples relação de contradição entre o comportamento e o preceito contido na norma jurídica civil (9). A esta última concepção objeta-se que uma atividade contrária ao direito, mas da qual não resulte qualquer prejuízo, deve ser considerada irrelevante: seria *praticamente* inútil, e por isso desaconselhável, qualificar de ilícito um ato que não pro-

---

(6) "*Il danno civile manca (...) sempre che la incriminazione sia in funzione della tutela di un interesse di esclusiva valutazione penale.* Ma esso può mancare *anche nel caso di concorso di norme quando la norma penale concorra con una norma di diritto pubblico (diritto costituzionale o amministrativo)* o sia pure di diritto privato, *ma diversa da quelle dalle quali origina una delle tre fattispecie di danno (restituzione, risarcimento, riparazione)*" (*Foschini, Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, 2ª ed., Milão, 1965, pág. 159; destaques nossos). Um reparo: a oração final entremostra ainda uma vez a falta de distinção nítida entre *dano civil* e *dano civil gerador da obrigação de reparar (lato sensu)*.

(7) Assim, *v.g.*, *Leone, Trattato di diritto processuale penale*, Nápoles, 1961, vol. I, págs. 479/80; entre nós, *Hélio Tornaghi, Instituições de processo penal*, 2ª ed., 2º vol., S. Paulo, 1977, pág. 400: "o fato ilícito penal é, *a fortiori*, ilícito civil".

(8) Veja-se a definição de *Clóvis Beviláqua, Direito das Obrigações*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1921, pág. 211: "Ato ilícito é aquele que, praticado sem direito, *causa dano a outrem*, seja uma omissão ou uma comissão" (grifamos). Modernamente, no mesmo sentido, entre outros, *Silvio Rodrigues, Direito Civil*, vol. I, S. Paulo, 1962, pág. 324; *Arnoldo Wald, Curso de Direito Civil Brasileiro*, Parte geral, 2ª ed., S. Paulo, 1969, pág. 249. Na Itália, cf., exemplificativamente, *De Ruggiero — Maroi, Istituzioni di diritto privato*, 8ª ed., Milão — Messina, s/d, vol. II, pág. 480; *Trabucchi, Istituzioni di diritto civile*, 5ª ed., Pádua, 1950, pág. 184; *Cariota — Ferrara, Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Nápoles, s/d, págs. 28/9, 31; *Brastello, I limiti della responsabilità per danni nel nuovo sistema legislativo italiano*, Nápoles, 1942, págs. 304 e segs. *Aliter*, na literatura recente, *Carbone, Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Nápoles, 1969, 97 e segs., onde se discute extensamente a questão, com amplas referências bibliográficas em notas (*vide* também as notas 63 a 65, nas págs. 29/31).

(9) Assinale *Ponte de Miranda, Trata. de Dir. Priv.*, t. 53, pág. 196, que "o fato ilícito pode ser ilícito absoluto sem causar dano"; e dá o seguinte exemplo: "Entra B na casa de A, sem permissão, mas nenhum prejuízo patrimonial ou não patrimonial resultou de seu ato imprudente".

duza a conseqüência de obrigar o agente à reparação ([10]). Mesmo, porém, que se deixe de lado a conveniência de evitar confusão entre o conceito de *dano* e o *dano reparável* — isto é, entre o gênero e a espécie —, sempre se poderá responder que não se resume na aludida obrigação o rol das conseqüências previstas na lei civil para a infração do preceito: por exemplo, qualquer ato que importe "grave violação dos deveres do casamento", ainda quando não acarrete para o infrator a obrigação de reparar, pode servir de base ao pedido de separação judicial (Lei n.º 6.515, de 26.12.1977, art. 5.º, *caput)* ([11]).

Em tais condições, não bastará na verdade a inexistência de dano para que se exclua *ipso facto* a ocorrência de *ilícito civil,* a par do ilícito *penal.* Poderá haver, além do crime, ilícito civil *sem dano:* é suficiente que o comportamento contrarie preceito *comum* ao direito penal e ao direito civil. Várias são, portanto, as combinações em tese concebíveis: (*a*) crime sem ilícito civil (exemplo: reingresso de estrangeiro expulso — Código Penal, art. 338); (*b*)crime com ilícito civil sem dano (exemplo: violação de domicílio, se nenhum prejuízo ocorreu para o proprietário); (*c*) crime com ilícito civil e dano *não* produtor da obrigação de reparar (exemplo: injúria, caso o ordenamento não contemple a reparação do dano moral); (*d*) crime com ilícito civil e dano capaz de gerar tal obrigação (exemplos: homicídio, lesão corporal, furto, apropriação indébita, estelionato, etc.). Dos casos sob *d,* que são os mais freqüentes, cuida, à evidência, a presente investigação. Os restantes deixam de interessar neste contexto; as referências que a eles fizemos, nas precedentes considerações, visavam tão-só a demarcar com precisão a área em que se vai trabalhar.

5. *Espécies de composição do dano* — Temos usado até aqui (e continuaremos a usar, *commoditatis causa)* a palavra "reparação" em sentido lato, para designar qualquer tipo de prestação devida à pessoa a quem o fato delituoso haja causado dano. A doutrina, todavia, identifica mais de uma forma de composição do dano, a reserva para cada qual uma denominação específica ([18]). Assim é que se fala de restituição *(lato sensu)* para indicar a mais singela

---

(10) Nesse sentido, *v. g., Orlando Gomes, Obrigações,* Rio—S. Paulo, 1961, pág. 347, reconhecendo embora que "não é de boa lógica introduzir a função no conceito", e "talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da *responsabilidade,* e não do *ato ilícito*" (grifado no original). Era o que já sugeria *Paoli, Il reato, il risarc., la ripar.,* págs. 166/7, desvinculando do conceito de "ilícito" o de "dano", para relacioná-lo exclusivamente com a obrigação de reparar.

(11) Fala *Pontes de Miranda, Trat. de Dir. Priv.,* t. 2, 1954, págs. 216 e segs., em "atos ilícitos caducificantes", para designar "os atos ilícitos que não têm a eficácia de dever indenizativo e importam em perda de direitos, pretensões, ações e exceções". Tal perda (caducidade) é que constitui, aí, a sanção; serviria de exemplo a perda do pátrio poder (Código Civil, art. 395).

(12) *Vide* a respeito, na literatura pátria, a clara lição de *Hélio Tornaghi, Instit.,* 2º vol., págs. 380 e segs., cujas linhas gerais acompanham o nosso texto; entre os italianos, cf. por todos *Carnelutti, Il danno e il reato,* págs. 32 e segs., onde se chama *"esecuzione"* à restituição.

de todas as formas, consistente no restabelecimento do *status quo* da situação que existia antes do crime. No âmbito da restituição, cabe ainda distinguir uma subespécie, que tem lugar quando o prejuízo reside na privação de alguma coisa que pode ser devolvida a quem a sofreu: é a restituição *stricto sensu.* Mas também se alude à restituição, dando à palavra sentido mais largo, quando se trata de *fazer* algo, tendo a infração consistido precisamente em *omitir-se* aquele que estava obrigado a agir; ou, vice-versa, quando se trata de *desfazer* algo que se fez, faltando ao dever de abstenção.

Não raro, mostra-se inviável ou insuficiente a repristinação do estado anterior. Então, a título de compensação pelo detrimento que se causou ao *patrimônio* do prejudicado, reconhece-se a este o direito ao *ressarcimento* do dano. Em vez da restituição *in natura,* procede-se à restituição *por equivalente.*

Enfim, o termo *reparação* (em sentido estrito) designará a compensação devida a quem sofreu dano insuscetível de valoração monetária. É o caso típico do *dano moral* — abstraindo-se, é óbvio, da questão de saber se o direito positivo lhe atribui ou não conseqüência civil: a supor-se que sim, será esta de que agora se trata, e que não visa a restabelecer a integridade patrimonial do prejudicado, porque não foi o seu patrimônio que a infração lesou, nem a prestar-lhe um "equivalente" pecuniário, já que o dano, por hipótese, não se pode aí medir em dinheiro.

6. *As espécies de composição do dano e a pena* — Costuma-se falar de uma gradação e mesmo de uma *hierarquia,* entre as espécies de composição do dano civil, encaradas como formas de sanção, e a pena. Representaria esta o último expediente, ao ângulo da política legislativa, sobretudo como contra-estímulo à infração. O infrator em potencial sujeita-se a ter de proceder à restituição (*lato sensu*), ou pelo menos, conforme o caso, ao ressarcimento ou à reparação *(stricto sensu).* Mas, quando essas cominações possam revelar-se incapazes de surtir o efeito desejado, que se quer assegurar a todo custo, então se recorre à ameaça máxima, a da imposição de pena (13).

Há muito de verdadeiro em tal concepção, que não deve levar, porém, a conclusões apressadas, qual seria a de que a pena funciona exclusivamente como *sucedâneo* da sanção civil impraticável ou como *reforço* da sanção civil insuficiente. Quando o preceito é comum ao direito penal e ao direito civil, dando ensejo à violação respectiva a uma cumulação de sanções, é próprio concebê-las como hierarquicamente distribuídas. Mas as normas incriminadoras podem conter preceitos *exclusivos* do direito penal, que, nesse sentido, não é meramente *sancionatório* (14): basta pensar no delito de omissão

(13) Nesse sentido, extensamente, *Carnelutti, Il danno e il reato,* págs. 32 e segs.; para uma síntese exata, *vide Hélio Tornaghi, Instit.,* 2º vol., pág. 432.

(14) Vale a pena recordar, ao propósito, a brilhante e clássica exposição de *Rocco, L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, in Opere Giuridiche,* vol. I, Roma, 1932, págs. 60 e segs.

de socorro (Código Penal, art. 135), em que o preceito não é comum a qualquer outro ramo do direito, e por isso mesmo a pena é a *única* sanção cabível. Também pode suceder que seja de direito público — administrativo, por exemplo, como em tantos crimes que são ao mesmo tempo violações de deveres funcionais — o preceito comum ao direito penal; e a sanção extrapenal pode não ter natureza de reparação: consistirá, *v.g.*, na demissão do funcionário, punição administrativa que não se confunde, vale recordar, com a pena acessória de perda de função pública (Código Penal, art. 67, n.º I). Ainda quando o preceito seja comum ao direito penal e ao direito civil, nem sempre é *reparatória* a sanção civil: não tem essa índole, por exemplo, o direito à separação judicial, que nasce, para o outro cônjuge, da prática de adultério — crime e, simultaneamente, ato que importa grave violação de dever conjugal (Lei n.º 6.515, de 26.12.1977, art. 5.º, *caput*).

O que ficou dito não implica desconhecer as interferências de um sobre outro mecanismo sancionatório, na hipótese de fato ilícito ao duplo ângulo penal e extrapenal. Particularizando: é manifesto que, às vezes, a reparação ocupa lugar preeminente nas considerações de política legislativa que informam o ordenamento positivo; e a tal ponto, que se chega a preexcluir a imposição da pena, sob certas circunstâncias, uma vez reparado o dano: assim, no peculato culposo, antes de sentença condenatória irrecorrível (Código Penal, art. 312, § 3.º). A lei como que promete ao agente deixar de apená-lo se ele a tempo proceder à reparação, o que se traduz, naturalmente, em incentivá-lo a reparar. Aí a pena aparece na verdade como recurso derradeiro, de que se prefere *não* usar, salvo em caso extremo; desempenha, por assim dizer, função *subsidiária*. A reparação basta; só *na sua falta* é que sobrevém a sanção penal.

7. *Posições jurídicas subjetivas relacionadas com a obrigação de compor o dano resultante do crime* — Na relação jurídico penal, assim como o Estado, titular do *ius puniendi*, é sempre o sujeito ativo, sujeito passivo será sempre aquele a quem se imputa a prática do fato delituoso: somente ele, e mais ninguém, poderá sofrer a imposição de pena. Já a sanção civil pode recair sobre outrem: em várias e conhecidas hipóteses, a lei faz responsável pela reparação pessoa distinta daquela que cometeu o crime, ainda que tal responsabilidade *não exclua* a do infrator, mas seja com ela *solidária (vide* Código Civil, arts. 1.521 e 1.518, parágrafo único). Àquele que, não tendo praticado a infração, está contudo obrigado a reparar o prejuízo dela resultante costuma chamar-se *responsável civil:* sem embargo de possíveis objeções à sua propriedade técnica, vale registrar que a expressão é usada no art. 64, *caput*, do Código de Processo Penal.

Passemos ao pólo oposto. Abstraindo-se de vacilações terminológicas freqüentes na doutrina penalística, é conveniente distinguir: *a*) o titular do bem jurídico ou interesse *primariamente* tutelado pela norma incriminadora (sujeito passivo do crime); *b*) a pessoa direta-

mente atingida pela ação do infrator, e comumente designada como a "vítima" do delito; *c*) outra pessoa, ou eventualmente outras pessoas, de quem se pode considerar também lesado pela infração algum interesse digno de proteção jurídica. As posições de *a* e de *b* confundem-se muitas vezes na mesma pessoa: na lesão corporal (Código Penal, art. 129), titular do bem jurídico penalmente tutelado (a integridade física ou a saúde) e, pois, sujeito passivo do crime é o próprio ser humano que sofreu, de maneira direta, a agressão. Isso, porém, nem sempre acontece: no delito de violência arbitrária (Código Penal, art. 322), o bem jurídico primariamente tutelado pela norma incriminadora é a regularidade do exercício da atividade administrativa, cujo titular (sujeito passivo do crime) é o Estado; mas há outrem que sofre a violência praticada pelo agente.

O direito à reparação do dano pode nascer, e em regra nasce, para o sujeito passivo do crime; este ocupará, na relação jurídica de direito privado, a posição de sujeito ativo (credor). Também ocorre, entretanto, que se atribua tal posição à pessoa diretamente atingida pela ação delituosa, *em conjunto ou não com* o sujeito passivo do crime. E, em determinados casos, titular do direito à reparação será alguém totalmente estranho ao aspecto criminal do fato: alguém que nem é titular do bem jurídico penalmente tutelado, nem sofreu *em si* a ação do infrator. É o que se dá, *v.g.*, no homicídio, em que, à evidência, o crédito pela reparação não tem como sujeito ativo o morto.

Esta última situação apresenta certa afinidade com a do responsável civil. O preponente do homicida, por exemplo (Código Civil, art. 1.521, n.º III) e o parente próximo da vítima têm em comum a circunstância de não estarem de modo algum envolvidos no crime, como tal; mas ambos assumem posições jurídicas — passiva, o primeiro; ativa, o segundo — na relação de direito privado oriunda do fato visto como ilícito civil. Observe-se, enfim, que não há confundir a situação do parente próximo da vítima, na hipótese de homicídio, com a daquele que, em razão do parentesco, porventura *suceda, causa mortis,* no crédito surgido *v.g.*, para o sujeito passivo do delito de lesão corporal: aqui, há transmissão (hereditária) da relação jurídica civil, ao passo que lá ela se forma *desde o início* com o parente; não se deve entender que o primitivo credor fosse *a própria vítima,* pois o dano sofrido pelo parente só se configurou no momento da consumação do crime (isto é, da morte), e portanto, o correspndente crédito jamais pertenceu ao patrimônio do defunto ([15]).

(15) Opinião largamente predominante na doutrina: *vide*, entre outros, *De Marsico, Lezioni di diritto processuale penale*, 3ª ed., Nápoles, 1952, pág. 79; *Ranieri, Manuale di diritto processuale penale*, 2ª ed., Pádua, 1956, pág. 219; *Paoli, Il reato, il risarc., la ripar.*, págs. 83 e segs., espec. 88/9; *Grimaldi, L'azione civ. ...*, pág. 187; *Viada-Aragoneses, Curso de Derecho Procesal Penal*, 4ª ed., Madri, 1974, t. I, pág. 144; *Aragoneses, Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Madri, 1976, págs. 170/1. Contra, *Capalozza, Parte civile, in Noviss. Dig. Ital.*, vol. XII, pág. 476, para quem o direito surge *"nel momento stesso in cui la vittima viene colpita"*, bastando, para que ela o adquira, o espaço de tempo, mínimo que seja, entre esse momento e o da morte.

8. *Vias judiciais para a composição do dano* — Pressupondo-se que a prática do fato delituoso haja causado dano, e que este seja apto, segundo o direito material, a gerar para o agente (ou para outra pessoa) a obrigação de compô-lo, surge a questão de saber qual a via própria à efetivação judicial da responsabilidade, quando o devedor omite a prestação. Logo se vê que o conflito de interesse entre o titular do direito à reparação e o obrigado a reparar é perfeitamente distinto da causa penal, e comporta apreciação à luz de normas estranhas ao direito criminal. São matérias em si inconfundíveis, que a rigor só apresentam um traço de união: é que do mesmo fato se originam tanto a pretensão punitiva como a pretensão civil à reparação.

Ora, a generalidade dos ordenamentos contemporâneos estrema o exercício de jurisdição em matéria penal e o exercício da jurisdição em matéria civil, ainda quando, em não poucos casos, possa acontecer que a este ou àquele órgão se confiem atribuições jurisdicionais num campo e noutro. Nasce daí grave problema de política legislativa. Sendo necessário julgar, de um lado, se se deve aplicar pena a quem supostamente praticou certo fato, e de outro se há obrigação de reparar o dano porventura causado pelo agente, cumpre verificar se mais convém fazer proceder *em conjunto* a ambos os julgamentos — abrindo, pois, uma brecha no sistema —, ou reservar a cada um deles o seu lugar próprio, consoante a regra geral.

Muitos são os argumentos invocáveis, no plano de conveniência, quer a favor da primeira, quer da segunda solução. Em prol do julgamento conjunto diz-se, por exemplo, que ele atende à economia processual, porque de ordinário a atividade de instrução relevante para uma das causas também o é para a outra, e assim se evita a inútil repetição de diligências; que, portanto, favorece o interesse do lesado; que preexclui o risco de julgamentos logicamente contraditórios; que torna mais eficiente a repressão, graças à colaboração do ofendido com o órgão estatal incumbido de promovê-lo, pois, embora cada qual persiga objetivo específico, os esforços de um e de outro acabam praticamente por somar-se. A distinção que se costuma fazer entre o exercício da jurisdição em matéria penal e em matéria civil é, afinal, contingente, decorre de razões práticas, deixando intacta a *unidade substancial* dessa função do Estado, cuja natureza não varia de um para outro setor; nada impede, portanto, que o ordenamento a despreze, sempre que nisso houver vantagem.

Em sentido contrário, alega-se que é cada vez maior a necessidade de *especialização* dos órgãos judiciais; que são muito diferentes na função e na estrutura o processo penal e o processo civil; que misturar num só a discussão e a apreciação de causas diversas perturba o andamento do feito; que o processo criminal deve caracterizar-se por uma particular agilidade e rapidez, dificilmente conciliável com as complicações acarretadas pela junção; que esta

destrói o equilíbrio entre as partes, pondo o réu em situação de inferioridade, atacado que se vê por dois flancos e forçado a combater, ao mesmo tempo, pretensões heterogêneas.

Todos esses argumentos, ou quase todos, têm sua dose de verdade — o que significa que uma e outra solução apresenta vantagens e desvantagens. O Código de Processo Penal em vigor optou pela segunda; no momento oportuno se assinalará o modo bastante engenhoso pelo qual sem juntar as duas causas no mesmo processo, tem o direito pátrio ensejado o *aproveitamento,* para fins civis, do resultado obtido no juízo criminal. É um expediente interessante, capaz de facilitar, em boa medida, a efetivação da responsabilidade civil emergente do delito, atendendo assim, ao menos em parte, a um dos principais argumentos invocados pelos partidários do julgamento conjunto.

9. *Princípio de união e princípio da separação* — Conforme ressalta do exposto no item anterior, dois princípios opostos disputam a preferência das modernas legislações processuais. Podemos chamar a um deles *princípio de união;* ao outro, *princípio de separação.* De acordo com o primeiro, apreciam-se e decidem-se em conjunto a causa penal e a causa civil atinente à reparação do dano, consoante o segundo, cada qual é apreciada e decidida em sede própria e específica — sem que se preexclua, vale ressaltar, a possibilidade de recíprocas *interferências,* quer ao ângulo procedimental *(v.g.,* suspensão de um dos processos, em certas circunstâncias, até que o outro chegue ao término), quer mesmo sob a forma de uma *vinculação,* mais ou menos intensa, que se impõe ao julgamento civil, à vista do teor do precedente julgamento penal.

Os ordenamentos que se inspiram no princípio da união não o observam todos com igual rigor. Levado às últimas conseqüências, ele acarretaria a *obrigatoriedade* do julgamento conjunto das duas causas, ou, em outras palavras, a *impossibilidade* de exercer-se em separado a atividade jurisdicional que tem por objeto a solução do litígio civil. A composição judicial do dano causado pelo crime dependeria assim, *necessariamente,* de um pronunciamento em que se contivesse, também, a decisão da causa criminal. Pode-se (e costuma-se), todavia, recorrer aqui a um temperamento: a lei *permite,* sob determinadas condições, o julgamento da lide civil juntamente com o da penal, *sem* excluir, por outro lado, a eventualidade de pronunciamentos distintos, em processos separados.

Defronta-se neste ponto outra questão relevante. Admitida que seja a união — em caráter necessário ou, como na maioria dos casos, facultativo —, e não estando cumuladas nos mesmos órgãos atribuições relativas a ambas as causas, cabe indagar *a quais* dentre eles se deve confiar o julgamento conjunto: aos que exercem normalmente atividade jurisdicional em matéria civil, ou aos que nor-

malmente a exercem em matéria penal? Razões intuitivas justificam a preferência por estes últimos (16); e, com efeito, em todos os ordenamentos processuais de que temos notícia, uma vez acolhido o princípio da união, invariavelmente se atribui o julgamento conjunto ao juízo criminal.

Resta ver de que maneira se abre ensejo ao pronunciamento deste sobre ambas as causas. De ordinário, em obséquio ao princípio de iniciativa de parte (*ne procedat iudex ex officio*), o juízo penal só poderá apreciar a matéria relativa às conseqüências civis do dano se algum legitimado a tanto o provocar. Quando, pois, alguém pretenda obter, no feito criminal, a condenação do responsável à reparação do dano, terá de formular nele o seu pedido, assumindo a condição de *parte* (17) e introduzindo assim, no objetivo do processo, um novo *thema decidendum*.

Mais raramente, prevê a lei que o juízo original, *sem necessidade* de qualquer pedido desse teor, se pronuncie sobre a obrigação civil acaso decorrente do fato delituoso. Quer isso dizer que o órgão incumbido de julgar a causa penal julga também, de ofício, a matéria referente à reparação do dano. Tal regulamentação comporta ainda duas modalidades: ao juiz do crime pode atribuir-se quer o *dever*, quer a mera *faculdade* de impor ao responsável a sanção civil (18).

Mas, de uma forma ou de outra, sem dúvida se está diante de fenômeno excepcional: o exercício *oficioso* de atividade jurisdicional, em matéria civil — e habitualmente vista como sujeita ao princípio da *disponibilidade*, no sentido de que o prejudicado pode livremente dispor do seu crédito (e, *a fortiori*, simplesmente deixar de exigi-lo) —, entra decerto em choque com idéias que têm sólidas raízes na tradição jurídica ocidental.

---

(16) *Vide* a respeito *Hélio Tornaghi, Instit.*, 2º vol., pág. 393.

(17) *"Partie civile"* chama-lhe o direito francês *(Code de procédure pénale*, art. 85); *"parte civile"* o italiano *(Codice di procedura penale*, art. 23); *"parte civil"* ou *"actor civil"* o espanhol *(Ley de Enjuiciamiento Criminal*, arts. 37, 133, 320 e outros).

(18) Reza o art. 34, *caput*, do Código de Processo Penal português que "o juiz, no caso de condenação, *arbitrará* aos ofendidos uma quantia como reparação por perdas e danos, *ainda que lhe não tenha sido requerida*". Já no ordenamento russo, de acordo com o disposto no art. 29, 4ª parte, do estatuto processual penal (temos sob os olhos a tradução inglesa feita por *Harold J. Berman* e *James W. Spindler* e publicada pela *Harvard University Press*, no volume *Soviet Criminal Law and Procedure — The RSFSR Codes)*, se a ação civil não houver sido intentada perante o juízo criminal, *poderá* este, apesar disso, ao julgar a ação penal, decidir também sobre a reparação do dano material acaso resultante do delito. Na Argentina, o art. 29 do Código Penal (que derrogou o art. 1096 do Código Civil, onde se consagrava o princípio da separação) reza igualmente que "a sentença condenatória *poderá* ordenar" a reparação civil; mas predomina a tendência a interpretar esse dispositivo como só aplicável quando algum legitimado o requeira ao juiz do crime — excluída, pois, a condenação civil acessória *ex officio*.

10. *Sistema no direito comparado* — Deixando de lado antecedentes mais ou menos remotos, de escasso interesse do presente contexto (19), vale a pena verificar como se refletem os princípios da união e da separação nos mais importantes ordenamentos processuais dos tempos modernos. Em doutrina têm-se distinguido, ao propósito, quatro sistemas: o da *confusão,* em que uma única ação visa simultaneamente à aplicação da sanção penal e da sanção civil; o da *solidariedade,* em que as duas ações, a penal e a civil, se exercitam cumuladas perante o mesmo órgão; o da *livre escolha,* em que se deixa à opção do legitimado propor a ação civil no processo penal ou fora dele, no juízo próprio; e o da *separação,* em que se veda o exercício da ação civil no processo penal, devendo cada ação ser intentada perante um órgão distinto.

Desde logo se advirta, porém, que a classificação só leva em conta os traços *essenciais* das diversas regulamentações; estas, na verdade, diferem tanto uma das outras, em pontos mais ou menos secundários, e de tal forma temperam, com expedientes variáveis, o rigor dos princípios, que apenas de maneira *aproximativa*, fazendo-se abstração de divergências às vezes relevantes, será lícito agrupá-las em sistemas (20). A isso se acrescenta um dado perturbador, a que já se fez menção: a circunstância de que algumas leis contemplam o julgamento *ex officio,* facultativo ou até obrigatório, pelo juízo criminal, da matéria concernente à obrigação de reparar o dano. Ora, aí não se nos afigura muito adequado falar nem de *ação única* com duplo objeto, nem de *cumulação de ações;* o que ocorre é, antes, exercício de atividade jurisdicional *sem ação que o provoque* — no tocante, bem se entende, ao litígio *civil.*

Feitas essas indispensáveis ressalvas, diríamos, quanto ao sistema da confusão, que tem achado escassa receptividade nas legislações modernas. Vigora ele no direito federal mexicano, onde a reparação do dano civil, quando a cargo *do próprio delinqüente,* assume o caráter de sanção *penal,* equiparada à multa, e é exigível de ofício pelo Ministério Público (*Código Penal,* art. 34), sem que se torne parte no processo criminal a pessoa lesada, a quem apenas incumbe ministrar dados ao acusador público (*Código de Procedimientos Penales,* art. 141). Os outros exemplos que se costumam apresentar (Código italiano de 1913, art. 430; Código luso, art. 34) não correspondem com exatidão, em nosso entendimento, ao modelo conceptual. Não se tem propriamente, aí, uma só ação em que se pleiteia a imposição de pena e, ao mesmo tempo, a condenação

---

(19) *Vide* em *Grimaldi, L'azione civ.,* págs. 18 e segs., um resumo da evolução por que passaram, na história do direito europeu, da velha Roma aos dias de hoje, os institutos relacionados com o nosso tema.

(20) Cf. *Hélio Tornaghi, Instit.,* 2º vol., pág. 387, onde se põe em dúvida, com razão, que as classes apontadas cheguem a "constituir realmente sistemas (isto é, conjuntos harmônicos em que os atributos essenciais do todo convêm a cada uma das partes)".

do responsável a reparar (*lato sensu*) o dano. Seria esse o fenômeno, se o autor da ação penal pedisse também a aplicação da sanção civil, como ocorre no México; ou, pelo menos, se a lei considerasse "implícito" semelhante pedido no de imposição de pena (21). Não é tal, porém, o caso: simplesmente, o juízo criminal pronuncia-se *ex officio* sobre a matéria civil, sem que se faça mister, para tanto, que a condenação à reparação *(lato sensu)* do dano seja pleiteada pelo particular ou pelo órgão público de acusação. Preferível, destarte, enxergar em tais julgamentos verdadeiros casos de *jurisdição sem ação* (22).

Convém observar que o Código português não exclui a formulação, no processo-crime, de um "pedido de indenização por perdas e danos": antes o prevê, em termos expressos, no art. 29, permitindo por outro lado, no art. 30, que a ação civil, sob certas circunstâncias, seja proposta em separado, perante o órgão próprio. Poderia inferir-se daí a filiação do direito luso ao sistema de solidariedade, com algumas concessões ao da livre escolha (23). Disso se aproxima, também, o colombiano, onde a regra é a da competência privativa do juízo penal para a ação civil de reparação do dano causado pelo crime, e só por exceção pode esta ser exercida independentemente (*Código de Procedimento Penal,* arts, 24 e 25); mas — à semelhança do que ocorre em Portugal — o titular do direito à reparação a rigor *não precisa* intervir no processo criminal para postulá-lo: nos termos do art. 92 do Código Penal, a sentença condenatória por qualquer infração de que resulte dano civil condenará também os responsáveis, solidariamente, ao ressarcimento dos prejuízos causados. Em sua pureza, o sistema de solidariedade tampouco parece vigorar em qualquer dos ordenamentos contemporâneos.

O sistema da livre escolha é o mais difundido na Europa continental. Na França, já o seguia o velho *Code d'instruction criminelle* (24), e manteve-o o *Code de procédure pénale* de 1957 (arts. 3.º

---

(21) Algo assim se depara no direito espanhol: de acordo com o art. 112, 1ª parte, da *Ley de Enjuiciamento Criminal, "ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciasse o la reserva-se expressamente para ejercitaria después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar".* Mas a leitura do dispositivo inteiro, e de outros pertinentes, sobretudo o art. 111, revela que não é possível enquadrar o ordenamento hispânico no sistema *puro* da confusão: esta, com efeito, é nele *contingente,* não *necessária.*

(22) *Alíier, Hélio Tornaghi, Instit.,.* 2º vol., págs. 389/90, onde, entre outros, se mencionam justamente, como filiados ao sistema da confusão, o velho diploma peninsular e o português.

(23) Não é pacífico em doutrina, porém, que o art. 29 contemple uma verdadeira *ação civil* exercitável no juízo criminal. *Vide,* em contrário, a opinião de *Figueiredo Dias, Direito Processual Penal,* 1º vol., Coimbra, 1974, págs. 543 e segs. espec. 546.

(24) Sobre o antigo ordenamento francês, no particular, *vide* a clara e minuciosa exposição de *Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée,* 3ª ed., Paris, 1947, págs. 641 e segs.

e 4.º). Vigora igualmente na Itália (*Codice di procedura penale* de 1930, arts. 23 e 24), e — não obstante as severas críticas de que tem sido alvo ([25]) — foi prestigiado, *de iure condendo*, pela Lei n.º 108, de 3-4-1974, que delegou ao Governo poderes para editar novo Código ([26]). A ele se filiam, ademais, o direito sueco (Código processual, Cap. 22, Secção 1) e suiço *Loi fédérale sur la procédure pénale*, art. 210). Enfim, na Alemanha, que durante muito tempo adotou o sistema da separação, uma reforma levada a cabo em meados deste século ([27]) introduziu o da livre escolha, embora com acentuadas restrições (*Strafprozessordnung*, §§ 403 e segs.). Entre os ordenamentos da América Latina, serve de exemplo o venezuelano (*Código de Enjuiciamiento Criminal*, art. 3.º).

As legislações enquadráveis no sistema da livre escolha, ainda que em mais de um ponto difiram bastante entre si, apresentam uma característica fundamental comum: *a faculdade* que conferem ao

---

(25) Tenazmente o combateu, *v. g.*, *Carnelutti*, não só em trabalhos doutrinários (*Principi del processo penale*, Nápoles, 1960, págs. 53/4; *Crisi della giustizia penale*, *in* "Riv. di dir. proc." vol. XIII, 1958, págs. 337 e segs.; *Primi problemi della riforma del processo penale*, *in* "Rev. di dir. proc.", vol. XVI, 1961, págs. 525/6), mas também como redator de um esboço de projeto de novo Código Penal, que elaborou em 1962, na qualidade de presidente de uma comissão de juristas nomeada pelo governo italiano (*vide* a respeito *Pisapia*, *Relazione introduttiva* ao 6º *Convegno di Studio Enrico de Nicola*, no vol. *Azione civile e processo penale*, Milão, 1971, pág. 3).

(26) O ponto 17 do art. 2º da lei de delegação refere-se à "*ammissibilità dell'esercizio, nel processo penale, dell'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del dano cagionato dal reato*"; o texto acha-se publicado em apêndice ao livro de *valiante*, *Il nuovo processo penale*, Milão, 1975, págs. 382 e e segs. (*vide* o aludido, ponto 17 na pág. 409). Na verdade, as censuras dirigidas pelos autores italianos ao sistema adotado em seu país antes parecem endereçar-se, na maioria dos casos, à *maneira* por que a lei disciplina a participação do ofendido no feito penal, do que propriamente ao *princípio* que informa o sistema. *Pisapia*, *v.g.*, na já citada *Relazione introduttiva* (*Azione civ. e proc. pen.*, pág. 14), confessa a sua preferência pelo regime da união, embora sublinhe a necessidade, *de lege ferenda*, de "*inserire effettivamente ed efficacemente la parte civile nel processo penale*", retirando-a do lugar de "*cenerentola, ospite appena tollerata*". Para a exposição, em resumo, das tendências manifestadas ao propósito no 6º *Convegno di Studio Enrico de Nicola*, *vide* a *Relazione di sintesi del dibattito congressuale*, *de Conso*, no vol. cit., págs. 241 e segs.

(27) No texto em vigor, os dispositivos concernentes à reparação (*lato sensu*) do dano causado ao ofendido ("*Entschadigung des Verletzten*", segundo a rubrica) compõem a Secção Terceira do Quinto Livro da STPO. A mudança de orientação remonta a 29 de maio de 1943, data da Ordenação que tornou possível a cumulação da ação civil com a penal (*Adhasionsprozess*): *vide Henkel*, *Strafverfahrensrecht*, 2ª ed., Stuttgart — Berlim X Colônia — Mainz, 1968, pág. 413, nota 1; *Kern-Roxin*, *Strafverfahrensrecht*, 13ª ed., Munique, 1975, pág. 349; *Nikisch Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Tübingen, 1952, pág. 44; *Schönke*, *Studien zum Adhäsionsprozess*, *in Studi in onore di Enrico Redenti*, Milão, 1951, vol. I, pág. 356. Assinalam os autores que a inovação teve fraca repercussão, prática: *Henkel*, *Strafverfahrensrecht*, pág. e nota cit.; *Kern-Roxin*, *Strafverfahrensrecht*, pág. 323; *Baumann*, *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts*, 2ª ed., Stuttgart — Berlim — Colônia — Mainz, 1972, pág. 15; *Jauernig*, *Zivilprozessrecht*, 18ª ed., Munique 1977, págs. 10/11; *Geigel-Geigel*, *Der Haftpflichtprozess*, 7ª ed., Munique — Berlim, 1954, 449.

interessado, com maior ou menor amplitude, de pedir *no processo penal* a reparação do dano resultante do crime; isso, porém, sem prejuízo da possibilidade de exercitar autonomamente a pretensão civil, perante o órgão próprio. A regra básica é, pois, a da *opção* aberta ao titular do direito: fica à sua discrição intervir no processo-crime, como "parte civil", ou propor em separado, no juízo competente, a ação tendente a fazer reparar (*lato sensu*) o dano (28). Por uma ou por outra via, conforme prefira, ser-lhe-á possível obter a condenação do responsável pelo prejuízo. Desse ponto de vista, mesmo o ordenamento russo encontra lugar no sistema: abstraindo-se da autorização, dada ao juízo penal, de decidir *ex officio* a questão relativa ao dano material causado pelo delito (Código de Processo Penal, art. 29, 4.ª parte), ali também se outorga ao prejudicado a escolha entre intentar a ação civil no processo-crime ou fora dele (art. 29, 1.ª e 6.ª partes).

Observe-se, ainda uma vez, que a permissão de postular no juízo criminal a reparação do dano vem temperada em geral por uma série de ressalvas e limitações. No direito francês, por exemplo, quem já houver intentado ação perante o órgão civil não mais poderá propô-lo no juízo penal, a não ser que, antes de julgado o mérito pelo primeiro, o Ministério Público instaure processo-crime (*Code de procédure pénale*, art. 5.º). No ordenamento tedesco, pode o órgão criminal, em várias hipóteses, abster-se de apreciar o pedido de reparação do dano, *v.g.* quando o entender incompatível com o procedimento penal — especialmente quando a atividade probatória indispensável à solução do litígio civil for capaz de retardar a marcha do feito (StPO, §§ 405, 2.ª alínea). Por outro lado, mais de uma lei filiada ao sistema da livre escolha torna obrigatória a suspensão do processo civil, uma vez proposta a ação penal, até o julgamento definitivo desta: assim é na França (*Code de procédure pénale*, art. 4.º, 2.ª alínea) e na Itália *Codice di procedura penale*, art. 24, 2.ª alínea).

Ao sistema da separação pertencem as legislações anglo-saxônias (29) e, como abaixo se verá, a brasileira. Nele, não se confere ao lesado a possibilidade de pleitear a reparação do dano perante outro juízo que não seja o civil. É desconhecido o instituto da "parte civil" no processo criminal, onde apenas se discutirá e decidirá a matéria relacionada com as conseqüências *penais* do fato. Ressalve-

---

(28) Em observação ainda hoje válida, embora feita sob o velho *Code d'instruction criminelle*, escrevia *Donnedieu de Vabres, Traité*, pág. 641: "*La règle fondamentale, quant à l'action civile*, est le droit d'option *donné à la personne lésée entre la voie civile et la voie pénale. La victime peut, conformement au droit commun, porter l'action en réparation devant le Tribunal civil; elle peut aussi, si elle le préfère, s'adresser au tribunal répressif*" (destaques do original).

(29) Consultem-se, quanto ao direito inglês, *Jackson, The machinery of Justice in England*, Cambridge, 1970, págs. 25/6; no tocante ao norte-americano, *Mayers, L'ordinamento processuale negli Stati Uniti d'America*, trad. ital., Milão, 1967, pág. 16.

se o caso de *restituição* de coisas, que em certas circunstâncias pode ser pleiteada, segundo o direito pátrio, no próximo juízo penal (art. 120 do vigente Código); a separação não é, pois, *absoluta.*

11. *Direito brasileiro* — O Código Criminal do Império, de 1938, após estatuir, no art. 31, *caput, que a* "satisfação" do dano causado pelo delito não ocorreria "antes da condenação do delinqüente por sentença do Juízo criminal, passada em julgado", abria, nos parágrafos 1.º e 3.º, certas exceções, entre as quais a correspondente ao caso de o ofendido preferir "usar da ação civil contra o delinqüente". O advento do Código do Processo Criminal, de 1832, marcou o triunfo do princípio da *união.* Salvo se estivesse o infrator ausente do território nacional, ou em lugar não sabido — hipótese em que, tratando-se de crime afiançável, era inadmissível a ação penal, podendo então ser proposta a civil (arts. 233 e 234) —, no próprio processo-crime é que se apreciava a matéria referente às conseqüências civis do fato delituoso. Assim, cumpria ao juíz de direito submeter aos jurados, além dos concernentes à responsabilidade penal do réu, quesitos relativos à obrigação de reparar o dano (art. 269, § 5.º). Rezava ainda o art. 338: "A mesma sentença que condenar o réu na pena o condenará na reparação da injúria e prejuízos, que se liquidarão no Foro comum, se tal liquidação for necessária".

Durou pouco, todavia, esse regime: a Lei n.º 261, de 3-12-1941, que reformou o processo criminal, viria consagrar o princípio da *separação.* Revogando expressamente o art. 31 do Código Criminal e o § 5.º do art. 269 do Código de Processo Criminal, estabeleceu que a "indenização" teria de ser pedida, em qualquer caso, por ação civil (art. 68).

No período republicano, ao tempo da dualidade de legislações (federal e local) sobre processo, algumas unidades da Federação, como o Estado do Rio de Janeiro (Código Judiciário, art. 697, § 1.º), continuam a adotar o princípio da *separação,* ao passo que noutras, como o Distrito Federal (Código de Processo Penal, arts. 3.º e 61), se instalou o sistema da *livre escolha,* facultando-se a quem pretendesse obter a reparação do dano intervir no processo penal, como "parte civil". No texto carioca, era visível a influência do velho diploma italiano de 1913, que serviu de modelo, em mais de um dispositivo, ao nosso estatuto.

O Código de Processo Penal de 1941, como é notório, deixou-se guiar também pelo princípio da *separação.* Argumentou-se na Exposição de Motivos: "A invocada conveniência prática da economia de juízo não compensa o desfavor que acarretaria ao interesse da repressão a interferência de questões de caráter patrimonial no curso do processo penal." Nos termos do art. 64, a "ação para ressarcimento do dano" é intentável, só e sempre, "no juízo cível",

permitindo-se a este, consoante o parágrafo único, suspender o curso do processo, até o julgamento definitivo da ação penal acaso promovida.

É mérito do Código de 1941 fazer da sentença condenatória proferida no juízo penal *título executivo civil,* permitindo seja ela executada, em sede civil, após o trânsito em julgado, "para o efeito da reparação do dano", pelo "ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros" (art. 63). Tal disposição, que repercutiu no texto do Código de Processo Civil de 1973 (cujo art. 594, n.º II, arrola expressamente a "sentença penal condenatória transitada em julgado" entre os "títulos executivos judiciais"), não representa, a rigor, uma concessão ao princípio da união: de modo nenhum atribui ao órgão penal competência para condenar *civilmente* (30). Abre, porém, a possibilidade de *aproveitar-se,* para a efetivação de responsabilidade civil, o resultado obtido no processo criminal, com evidente benefício prático para o lesado, que encontra aí um meio de fazer valer o seu direito à reparação sem precisar sofrer os incômodos e despesas inerentes ao processo civil de conhecimento, nem os que teria de suportar se lhe fosse necessário, para conseguir o título executivo, intervir no processo penal como "parte civil". Em outras palavras: asseguram-se as vantagens do julgamento conjunto evitando-se, ao mesmo tempo, os inconvenientes que se costumam lamentar no regime de acumulação das duas ações. O louvável intuito de facilitar a satisfação do dano levou ainda o legislador de 1941 a estatuir que a execução civil da sentença condenatória penal — como a própria ação civil —, quando pobre o "titular do direito à reparação do dano", seja promovida, "a seu requerimento, pelo Ministério Público" (art. 67).

Não obstante, é forçoso reconhecer que, na prática judiciária, não se tem trilhado com freqüência a via acima descrita. Pequeno é o número de execuções promovidas no juízo civil com base em sentenças condenatórias penais. O interessado na reparação (*lato sensu*) do dano em regra prefere intentar desde logo, em separado, a ação própria, sem aguardar o pronunciamento da justiça criminal.

12. *Considerações finais* — Reconhecem todos a necessidade de tornar mais segura e mais pronta a reparação (*lato sensu*) do dano causado pelo crime. Não é de hoje, evidentemente, que estudiosos e legisladores se preocupam com o problema. Bem se conhecem as tentativas, brotadas do seio da Escola Positiva, no sentido de equiparar à própria pena, imprimindo-lhes o caráter de medidas *repressivas,* as providências tendentes à satisfação da vítima, em particular o ressarcimento do prejuízo suportado. O próprio Estado deveria, segundo alguns, tomar a iniciativa de promovê-las,

(30) Para uma refutação das opiniões em contrário, *vide Barbosa Moreira, A sentença penal como título executório civil, in* "Rev. de Dir. Penal", vol. 4, págs. 43 e segs.

inclusive *adiantando* ao ofendido — para recobrá-la do infrator, mediante a aplicação de penas pecuniárias ou com o produto do trabalho carcerário — a importância a que aquele fizesse jus em conseqüência da lesão (31).

Continua viva, em nossos dias, e até se pode dizer que cresce de intensidade a preocupação com o assunto. O incremento vertiginoso de certos tipos de atividade delituosa — basta pensar nos "crimes de trânsito" ou "delitos de circulação" — tem contribuído para alimentá-la. A cada hora que passa, firma-se a consciência de que, "na luta contra o crime, é preciso reservar maior consideração ao dano sofrido pela vítima" (32). Sem que se haja necessariamente de aderir a certos exageros positivísticos, indesculpável será ignorar ou minimizar a dimensão *social* do problema. A idéia mesma da reparação a cargo do Estado ressurge e ganha terreno, sob nova forma, na medida em que se preconiza a criação de fundos públicos alimentados por um sistema de seguro social, para compensar os prejudicados por fatos delituosos (33).

A análise de tais propostas excede obviamente os lindes do presente trabalho, quando não a competência do processualista. Aliás, seja qual for o juízo que sobre elas se haja de formular, sem dúvida se afigura bem escassa a probabilidade de, em futuro próximo, vir a realizar-se, no Brasil, uma experiência desse gênero. Nos recentes trabalhos — ao que parece, frustrados — de reforma do nosso processo penal, nenhuma inovação de substância se aventou na matéria de que estamos cuidando.

Tanto o Anteprojeto elaborado por *José Frederico Marques* quanto o Projeto definitivo de novo Código guardavam fidelidade ao princípio da separação entre a ação penal e a ação civil, presti-

---

(31) Como se sabe, em tais idéias inspirou-se o malogrado Projeto *Ferri* de Código Penal para a Itália (1921). No direito mexicano, o Código Penal federal (art. 29) atribui o caráter de "pena pública" à imposição de reparar o dano, quando haja de suportá-la o próprio criminoso. Nem todos os adeptos do positivismo abraçaram as teses expostas: rejeitou-as, por exemplo, *Florian* (cf., deste escritor, *Dei reati e delle pene in generale, no Trattato di diritto penale*, 2ª ed., Milão, s/d, vol. I, parte II, págs. 12/4, 291/2). Na doutrina mais recente, *vide* em *Amodio, Le cautele patrimoniali nel processo penale*, Milão, 1971, págs. 269 e segs., cumprida análise e crítica dos princípios positivísticos na matéria, bem como das marcas que, segundo o autor, teriam imprimido no sistema penal e processual penal ainda em vigor na península.

(32) *Aníbal Bruno, Direito Penal*, I, t. III, Rio-S. Paulo, 1962, pág. 242.

(33) No volume *Vittime del delitto e solidarietà sociale*, Milão, 1975, encontrará o leitor dados sobre antecedentes legislativos em diversos países (sobretudo nos de *common law*), estudos de vários autores italianos sobre o problema, texto de projeto de lei por eles redigido sob o patrocínio do *Centro Nazionale di Prevenzione e Diffesa Sociale*, bem como de leis e projetos estrangeiros — além, é claro, de copiosa bibliografia pertinente à matéria, nas notas de rodapé. A indenização através de fundos públicos foi recomendada pelo XI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Budapeste, em setembro de 1974 *(vide* a transcrição das conclusões *in* "Rev. de Dir. Penal", vols. 15/16, pág. 87).

giando uma tradição decerto já longa entre nós, mas em contraste com a diretriz de política legislativa preponderante no direito dos povos ocidentais (34).

É realmente difícil, reconheça-se, prever se, na prática judiciária brasileira, as possíveis vantagens de uma recepção, conquanto atenuada, do princípio da união — mediante a adoção do sistema da livre escolha, com restrições — superariam ou não os inconvenientes. A fonte principal das ações civis de reparação (*lato sensu*) do dano são os homicídios e lesões corporais "de trânsito"; ora, à persecução desses crimes, quando culposos — e é o caso de imensa maioria —, determinou a Lei n.º 4.611, de 2-4-1965, que se aplicasse o rito sumário, até então próprio das contravenções. Evidente a preocupação, aliás justificável, de imprimir aí maior celeridade ao processo penal — objetivo para o qual decerto não concorreria a admissão de uma "parte civil", com a conseqüente ampliação da atividade instrutória e decisória à apuração do *quantum* porventura devido a título de ressarcimento.

Quanto ao expediente de atribuir-se efeito executivo *civil* à sentença penal condenatória, nem o Anteprojeto, nem o Projeto cogitaram, naturalmente, de desprezá-lo; e, mantido o sistema da separação, seria pouco razoável que o fizessem. O Anteprojeto procurou até, de início, facilitar a reparação (*lato sensu)* do dano por essa via, com regras como a que permitia fosse promovida a execução civil nos próprios autos da ação penal, quando competente para ambas o mesmo órgão, e a que sujeitava àquela execução a pessoa apenas civilmente dita responsável. Dessas inovações veio a recuar-se no curso dos trabalhos preparatórios da reforma (35). Ao menos contra a primeira, entretanto, nenhuma objeção séria se pode levantar; já que a elaboração de novo Código de Processo Penal parece haver sido relegada *ad calendas graecas,* a idéia é suscetível de aproveitamento por meio de singelo acréscimo ao texto do Código de Processo Civil, sob a forma de parágrafo ao art. 375, cujo inciso IV trata justamente da competência para a execução civil de sentença penal condenatória.

A exeqüibilidade da sentença penal condenatória em face do "responsável civil", para o fim de reparação (*lato sensu*) do dano,

---

(34) *Vide* as observações críticas feitas ao Projeto por *Pisani,* em conferência pronunciada em S. Paulo e publicada, sob o título *A reparação às vítimas de crime no projeto brasileiro e nas tendências jurídicas contemporâneas, in* "Justitia", vol. 86, págs. 35 e segs. Também o XI Congresso Internacional de Direito Penal, de 1974, manifestou-se favoravelmente à cumulabilidade das duas ações perante o juízo penal, sob a forma do sistema da livre escolha *(in* "Rev. de Dir. Penal", vol. 15/6, pág. 88).

(35) Os dispositivos, que constavam do Anteprojeto, segundo o texto revisto e publicado no *Diário Oficial* da União, Seção I, Parte I, Suplemento ao nº 118, de .... 29-6-1970 (arts. 803, § 1º, e 804, nºs I e II, respectivamente), já não figuravam na versão estampada no mesmo órgão, Suplemento ao nº 88, de 10-5-1974, nem foram restabelecidos no Projeto definitivo (Projeto de lei nº 633, de 1975, *In* "Diário do Congresso Nacional", Seção I, Suplemento A ao nº 061 de 13-6-1975).

já suscita problemas de maior delicadeza. A pessoa a quem se atribui tal responsabilidade tem dois interesses dignos de consideração: um é o de tentar evitar que seja condenado o réu no processo-crime, com o que ficará naturalmente preexcluída qualquer execução; outro é o de, ainda na hipótese de condenação penal do réu, negar a própria responsabilidade no plano civil — matéria não apreciada, é óbvio, pelo juízo criminal. Ao primeiro deles atender-se-ia de maneira cabal se se abrisse ao interessado a possibilidade de participar do processo penal, para coadjuvar a defesa, suprindo-lhe omissões ou deficiências, na qualidade de assistente do réu (36), em simetria com a faculdade que se confere ao lesado, na ação penal pública, de intervir como assistente da acusação (Código de Processo Penal de 1941, art. 268; Anteprojeto *José Frederico Marques*, art. 116, n.º II; Projeto definitivo, art. 115, n.º II); é certo, porém, que algum preço se teria de pagar em termos de simplicidade e rapidez do procedimento. No que tange ao segundo interesse, o modo de preservá-lo consistiria em permitir àquele a quem se irroga a responsabilidade civil contestá-la na execução mesma, ou no procedimento prévio de liquidação da sentença (37). Em contrário poderia objetar-se que tal franquia desnatura o processo executivo — onde, em princípio, já não se exerce atividade puramente cognitiva, como a tendente a apurar a existência ou inexistência de responsabilidade —, e quando nada faz extravasar do âmbito próprio a cognição inerente ao procedimento de liquidação, em regra limitada à fixação do *quantum debeatur*. Mas os escrúpulos de dogmática ortodoxa teriam provavelmente de ceder aqui o passo a uma incontornável imposição de justiça.

Outro ponto de que se poderia copitar é a possibilidade de instaurar-se, a título provisório, o processo executivo civil, ou pelo menos de promover-se a liquidação no juízo civil, desde que a condenação criminal, embora não transitada em julgado, já não esteja sujeita a recurso de efeito suspensivo. Se o recurso extraordinário, *v.g.*, não obsta à execução provisória da sentença civil, porque deverá obstar à execução civil, também provisória, da sentença penal?

São questões, todas essas, que devem merecer do legislador mais atenta consideração, quando se retomarem — o que, cedo ou tarde, será inevitável — os trabalhos de reforma do processo penal brasileiro.

---

(36) Já o observáramos no trab. cit. em a nota 30, pág. 50.

(37) Assim dispunha o Anteprojeto *José Frederico Marques*, art. 804, nº II, com o aplauso de *Moniz de Aragão, Da reparação do dano causado pelo crime, in* "Rev. da da Fac. de Dir. da Univ. Fed. do Paraná", nº 13, pág. 94.

O aborto como ilícito civil

CARLOS DAVID S. AARÃO REIS (*)

"Admitido o direito à vida do embrião e por decorrência a ilicitude civil do aborto, não há qualquer dificuldade em conceber-se a ação de responsabilidade civil daí derivada contra os agentes, cúmplices ou partícipes do fato. O pai — se não participou do ato criminoso — a mãe — se nele não consentiu, na hipótese do art. 125 do Código Penal — ou mesmo o curador do nascituro têm legitimidade para obter indenização por dano moral contra os autores do aborto".

No âmbito do Direito, o aborto tem sido discutido quase exclusivamente do ponto de vista penal. No entanto, pode e deve ser debatido no Direito Privado, indagando-se a respeito de sua licitude civil. A solução correta deste problema só pode ser uma: **o aborto é um ilícito civil** e vários argumentos fundamentam esta conclusão. Em primeiro lugar, logo após a concepção já existe vida humana. Certamente, trata-se de vida diferente, intra-uterina, dependente do organismo materno, mas nem por isso deixa de ser vida (a respeito, SÉRGIO FERRAZ, *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre, Fabris, 1991, p. 47). Também o recém-nascido, mesmo depois de passados muitos meses do nascimento, tem uma vida dependente dos pais — sobretudo da mãe — e ainda assim se trata de vida humana. Como escreve LIMONGI FRANÇA, "o embrião está para a criança como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios de desenvolvimento de um mesmo e único ser: o Homem, a Pessoa" (*Manual de Direito Civil*, 4. ed., São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1980, v. 1, p. 144). Em outras palavras, o grau de desenvolvimento da vida humana de modo algum é levado em consideração, quando se a protege (HOERSTER, NORBERT. *En Defensa del Positivismo Jurídico*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona, Gedisa, 1992, p. 226).

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 09 (3ª Fase), jan./jun. 1999, p. 53-55.

Fosse este grau relevante, como observa o jurista alemão, o feto só teria um direito à vida de segunda classe — e tal distinção não existe no Direito Positivo.

Ora, quer da perspectiva constitucional (Constituição, art. 5º *caput*) quer da do Direito Civil, todos têm direito à vida, um dos direitos da personalidade. Como todos os outros direitos desta natureza, absoluto, não-patrimonial, intransmissível, indisponível e irrenunciável (v., sobre estas características, ADRIANO DE CUPIS, *I Diritti della Personalità*. Milano, Giuffrè, 1950, p. 40 e seg.). Se o próprio titular do direito não pode determinar o seu destino, se é impossível dele despojar-se unilateralmente, com maior razão nenhum terceiro (mesmo o pai ou a mãe) pode dispor da vida do embrião, feto ou nascituro ou a ela renunciar. Ao contrário, dado o caráter absoluto do direito à vida, ou seja, prevalecendo contra quaisquer terceiros simultaneamente, estes estão juridicamente vinculados a respeitá-la.

Em segundo lugar, o aborto é um crime, previsto nos arts. 124 a 127 do Código Penal. Delito contra a vida, contra a "vida germinada" (MEZGER, EDMUND. *Strafrecht* (*Besonderer Teil*), 3. Afl. München, Beck, 1952. p. 28), reveste-se de extraordinária gravidade, impedindo qualquer defesa da vítima inocente. Enquanto que, nos outros tipos penais, sempre há alguma possibilidade, mesmo remota, de defesa, isto não ocorre no aborto. Ora, se a conduta é criminosa, também é ilícita no Direito Civil.

Em terceiro lugar, porque a lei protege os direitos do nascituro desde o momento da concepção, conforme dispõe a segunda parte do art. 4º do Código Civil. Com o aborto, tais direitos seriam violados. Lembre-se, a propósito, que atualmente se reconhece a personalidade (ou capacidade) jurídica do nascituro: o nascimento apenas a consolida (LIMONGI FRANÇA, *op. cit.*, p. 143, ANDRÉ FRANCO MONTORO e ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA. *Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1953, p. 70 e seguintes, mais recentemente, JAIRO VASCONCELOS DO CARMO, em artigo publicado na imprensa, em 4 de junho de 1993, sob o título "*Direitos de pessoa-embrião: personalidade e legitimidade*"). Em conseqüência, o aborto frustraria a existência desta personalidade, privando o nascituro de seus direitos.

Em quarto lugar, porque o argumento, muitas vezes usado para justificar o aborto, segundo o qual o embrião, feto e nascituro seriam partes integrantes do organismo materno, é duplamente falso: biológica e juridicamente. Aliás, sequer goza do prestígio duvidoso da novidade: tal afirmação errônea encontra-se no Direito Romano (*mulieris portio est vel viscerum*). Mas, de um lado, como já se viu, o embrião, o feto e o nascituro têm uma vida diversa da materna. A circunstância de depender da mãe não os torna parte dos órgãos desta. Por outro lado, não existe um "direito ao próprio corpo", como às vezes se afirma, mas um direito à integridade física. E este direito subjetivo,

como os demais direitos da personalidade, também é indisponível e irrenunciável. Mesmo que o nascituro fizesse parte do corpo materno, ainda assim ela não poderia dispor dele como bem entendesse, nem privar-se dele voluntariamente (neste sentido, v. MAURACH, REINHART. *Deutsches Strafrecht — Besonderer Teil*. 4. Afl. Karlsruhe, Müller, 1964, p. 56).

Admitido o direito à vida do embrião e por decorrência a ilicitude civil do aborto, não há qualquer dificuldade em conceber-se ação de responsabilidade civil daí derivada contra os agentes, cúmplices ou partícipes do fato. O pai — se não participou do ato criminoso —, a mãe — se nele não consentiu, na hipótese do art. 125 do Código Penal — ou mesmo o curador do nascituro (art. 462, Código Civil) têm legitimidade para obter indenização por dano moral contra os autores do aborto.

Supondo-se, entretanto, fosse o Código Penal alterado, abolindo-se os tipos penais relativos ao aborto, isso em nada modificaria a situação no Direito Civil. Um dos argumentos acima expostos não mais poderia ser utilizado, mas persistiriam os outros.

E, se alguma norma jurídica admitisse o aborto, seria inconstitucional. "O direito à vida", escrevem MANGOLDT-KLEIN (*Das Bonner Grundgesetz*. 2. Afl. Berlin, Franz Vahlen, 1957, v. 1, p. 186), "compreende também a vida germinada, ainda não nascida, desde o momento da concepção".

Portanto, tanto em uma como em outra hipótese, o aborto continuaria a ser ilícito civil.

(*) CARLOS DAVID SANTOS AARÃO REIS é Juiz Federal no Rio de Janeiro.

DIREITO
ROMANO

JUSTIÇA, ABUSO DO DIREITO E MINISTÉRIO PÚBLICO

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA *

SUMÁRIO: 1. O excesso e a intuição do injusto. 2. A injustiça e o abuso do direito. 3. Desenvolvimento e expansão da teoria do abuso do direito. 4. A caracterização do abuso do direito e as respectivas sanções. 5. O Ministério Público, a Justiça e o abuso do direito; 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. O EXCESSO E A INTUIÇÃO DO INJUSTO

A natureza humana, moldada pela razão, repudia atitudes excessivas, descomedimentos, exageros, abusos. É intuitivo, por exemplo, que sons emitidos em decibéis incompatíveis com o ouvido humano, ainda ao sintonizarem a mais bela das melodias, parecerão desagradáveis e nocivos. As sensações térmicas de calor, ou mesmo de sua ausência, em se tornando exageradas, ter-se-ão por incômodas. O mais delicioso vinho, se degustado imoderadamente, tornar-se-á prejudicial à saúde[1]. Mesmo a água, bem por demais precioso, se advinda de excesso impiedoso de chuvas, causará estragos de monta. Tais noções sobre limitações, portanto, chegam a ser intuitivas, tendo sido percebidas pelo homem desde a mais remota antigüidade[2]. Mas também no campo

---

* Alexander Araujo de Souza é Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. Semelhante exemplo é trazido à colação por Chaïm Perelman: "Um exemplo singelo se refere ao uso ou abuso da alimentação: é bom alimentar-se, mas o uso da alimentação, ou o de medicamentos, a partir de quando prejudique a saúde, é qualificado de desarrazoado, portanto, de abusivo" (*Ética e direito*, São Paulo, 2002, p. 682).
2. No extremo oriente, mais precisamente na China, por volta do século XII a.C., já se podia ler no *I Ching*, o Livro das Mutações: "Limitações são penosas, mas eficazes. Vivendo de modo econômico em épocas normais, o homem está preparado par os períodos de carência. Sendo comedido ele evita humilhações. Limitações são também indispensáveis para a ordenação das circunstâncias do mundo. A natureza tem limites fixos para o verão e para o inverno, para o dia e a noite, e são esses limites que dão sentido ao ano. Do mesmo modo a economia, ao fixar limites precisos para as despesas, garante a preservação dos bens, evitando que as pessoas sofram prejuízos. Mas as limitações devem ser aplicadas de forma equilibrada. Se um homem tenta impor restrições muito amargas à sua própria natureza, isso lhe será prejudicial. Se ele exagera ao impor limites aos outros, eles se rebelarão. Portanto, é necessário fixar limites até mesmo às limitações" (Richard Wilhelm, *I Ching* – O Livro das Mutações, São Paulo, 2000, p. 182).

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 29 (3ª Fase), jul./set. 2008, p. 29-55.

das relações intersubjetivas, principalmente no que toca às noções de direito e de justiça, tal se pode verificar.

Na antigüidade grega, em meados do século VIII a.C., o poeta Hesíodo já afirmava que o descomedimento e a violência se mostravam contrários à concepção que se tinha sobre justiça[3]. Ainda entre os helênicos, Aristóteles (384-322 a.C.) sustentava que a *justiça* implicava idéia de proporção, sendo o injusto desproporcional[4]. Na Roma dos Césares, tornou-se célebre o provérbio utilizado pelo jurisconsulto Cícero: *summum ius summa iniuria*[5]. Durante a Idade Média, São Tomás de Aquino, seguidor das diretivas aristotélicas[6], referia-se ao direito como o *justo meio-termo*, o qual "se encontrava 'nas coisas', no real externo (*medium in re*, dizia São Tomás)"[7].

A justiça é uma das noções mais prestigiosas do universo espiritual. Seja-se conservador ou revolucionário, religioso ou incrédulo, todos invocam a justiça, seja para proteger a ordem estabelecida, ou mesmo para justificar as reviravoltas políticas. Neste sentido, o *ideal*, o *sentimento* de justiça, sem dúvida, é um valor universal[8]. Modernamente, contudo, quando se passa ao plano das *definições*, inúmeras vozes têm asseverado que as concepções sobre a justiça são mutáveis no tempo e diante das variadas formas de organização social[9]. Não obstante, quem se debruce sobre a *fixação do conceito* de justiça, –

3. Em *Os Trabalhos e os dias*, o poeta Hesíodo deixou consignado: "(...) *O Perse, tali cose nel cuore riponi e ascolta giustizia, e violenza dimentica. Tale è la legge che agli uomini impose il figlio di Crono: ai pesci e alle fiere e agli uccelli alati di mangiarsi fra loro, perché fra loro giustizia non c'è; ma agli uomini diede giustizia che è molto migliore; se infatti qualcuno è disposto a dare giuste sentenze cosciente, a lui dà benessere Zeus onniveggente; ma chi sai testimone e, deliberatamente, commette spergiuro e mènte e Giustizia offendendo pecca senza rimedio, oscura dopo lui la sua stirpe sarà; migliore invece sarà la stirpe dell'uomo che il giuramento rispetta*" (*Opere e giorni*, tradução do grego para o italiano disponível no site *http://www.biblio-net.com/lett_cla/traduzioni/esiodo_opere.htm*, consultado em 23/07/2004).
4. "Tudo isto nos possibilita a concluir que o justo – no sentido que aqui o entendemos – é o proporcional, e que o injusto, ao contrário, é o que nega a proporção. Na injustiça, um dos termos torna-se, então, muito grande e o outro, muito pequeno" (Aristóteles, *Obras jurídicas*, São Paulo, 1997, p. 21).
5. Eis o excerto de onde provém o célebre brocardo: "*Ex quo illud 'summum ius summa iniuria' factum est iam tritum sermone proverbium*" (Marcus Tullius Cicero, *De officiis*, Liber Primus, X, 33. Disponível no site: *http://www.biblio-net.com/lett_cla/testi/de_officiis.htm*, consultado em 15/07/2004).
6. Como afirma Olinto A. Pegoraro: "Na realidade, S. Tomás prefere a definição de Aristóteles: 'a justiça é uma disposição que torna os homens aptos a realizar ações justas e que os faz agir justamente e querer coisas justas'. De fato, aqui transparece a dupla exigência da justiça: *a*) uma inclinação da alma que se traduz objetivamente; *b*) no respeito ao direito dos outros" (*Ética é justiça*, Petrópolis, 2002, p. 48).
7. Michel Villey. *Filosofia do direito*, São Paulo, 2003, pp. 71/72.
8. No sentido do texto, Chaïm Perelman, *Ética e direito*, São Paulo, 2002, p. 146.
9. Assim, Mauro Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, pág. 08, Il Mulino, Bologna, 1994: "*È mio convincimento che come la 'libertà' non è la stessa per i moderni e per gli antichi, così anche la 'giustizia' non possa trovare una definizione valida per tutti i tempi e per tutte le società*". No mesmo sentido, Chaïm Perelman, *op. cit.*, pág. 59. Já afirmava Michel Eyquem Montaigne, citando Cícero, que "a justiça em si, em seu estado natural, é universal e tem regras diferentes e mais elevadas do que essa justiça especial, nacional e condicionada às necessidades dos governos: 'Não temos modo sólido e positivo do verdadeiro direito e da justiça perfeita; temos apenas uma imagem dela, uma sombra'" (*Ensaios*, Livro III, Brasília, 1987, p. 146).

seja sob o aspecto distributivo, seja sobre o prisma comutativo, como já antevia ARISTÓTELES –, repudiará o desarrazoado, o excesso, a desigualdade, o arbítrio, a iniqüidade: seja recorrendo à idéia de uma "*lei universal*", imposta pela razão prática, consoante IMMANUEL KANT[10]; seja postulando uma separação radical entre o conceito de direito positivo e o de justiça, relegando esta à religião ou à metafísica social, como desejado pelo positivista HANS KELSEN[11]; seja jungindo à justiça a noção de igualdade, como o fez NORBERTO BOBBIO[12]; seja com o aporte do elemento eqüidade ou correção (*fairness*)", a partir de uma "posição original", de acordo com a teoria do liberal-igualitário JOHN RAWLS[13]; seja formulando uma "técnica do equilíbrio", segundo RONALD DWORKIN[14]; ou estabelecendo uma conexão conceitual entre a justiça, a verdade e o bem comum, como PETER HÄBERLE[15]; ou, ainda, buscando o conteúdo de uma moral universalista, a partir da pressuposição da argumentação, como quer JÜRGEN HABERMAS[16].

Com efeito, aos seres humanos, é inata uma intelecção, uma compreensão instintiva sobre as exigências de justiça[17], especialmente quando se está diante de uma situação na qual brada a arbitrariedade, a desproporção, a tirania. As crianças, por exemplo, não têm necessidade de envelhecer para apelarem às noções de imparcialidade ou de injustiça, principalmente quando uma daquelas recebe um pedaço de maçã de tamanho diverso do que recebera outra criança[18]. O desrespeito à prioridade de quem se estabeleça com antecedência em uma fila, provavelmente será tachado como iníquo[19]. Ainda neste contexto, pode-se afirmar intuitivo, nos tempos atuais, ser a escravidão injusta[20]. Ocorre, porém, que o sentimento de justiça leva em conta, simultanea-

---

10. A respeito, consulte-se Ricardo Terra, *Kant & o direito*, especialmente pp. 11/22, Rio de Janeiro, 2004.
11. Hans Kelsen, *O que é justiça?*, 2001, p. 299.
12. Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, págs. 06/08, Einaudi contemporanea, Torino, 1997; *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, p. 257/265.
13. John Rawls, *Justiça como eqüidade*, especialmente pp. 55/108, 113/187, 198/204, São Paulo, 2003. A este respeito, pode ser ainda consultada a didática obra de Nythamar de Oliveira intitulada *Rawls*, Rio de Janeiro, 2003.
14. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, 2002, pp. 246/257.
15. Peter Häberle, *Diritto e verità*, Einaudi contemporanea, Torino, 2000, p. 110
16. Jürgen Habermas, *De l'éthique de la discussion*, especialmente p. 69, Champs Flammarion, Paris, 1992, pp. 67/72.
17. Assim, Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 246; John Rawls, *op. cit.*, pp. 40/41; Alf Ross, *Diritto e giustizia*, p. 254, Piccola Biblioteca Einaudi – Scienze sociali, Torino, 2001. Em sentido aproximado, Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 292/293.
18. O exemplo mencionado é extraído de Alf Ross, *op. cit.*, p. 254.
19. Não obstante se possa constatar, como assinala espirituosamente Luís Fernando Veríssimo, que "romano não acredita em fila. Para comprar entradas num cinema, por exemplo, forma-se uma aglomeração na frente do guichê e pouco a pouco, com paciência e discretos empurrões, cada um vai conseguindo a sua vez. É que se poderia chamar de técnica do bolo solidário. Não há o menor sentido de prioridade ou justiça – chega primeiro ao guichê não quem chegou primeiro ao bolo, mas quem abriu seu caminho com mais decisão – mas também não há briga" (*Traçando Roma*, 4ª edição, Porto Alegre, 1998, p. 45).
20. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 246.

mente, várias categorias essenciais independentes, nem sempre concordantes[21], e por vezes mutuamente irreconciliáveis[22]. E como os homens diferem muito quanto a seus sentimentos, variadas serão as concepções sobre justiça[23]. Vale dizer, a percepção do sentimento de justiça é conatural ao instinto humano; traçar os exatos contornos soa penosamente intrincado, diante das inegáveis concepções particulares que pode aquela vir a assumir. Situação similar se verifica, por exemplo, quando se tenta passar à definição do que seja belo: extremamente plausível senti-lo; dificultoso, porém, delimitá-lo com precisão[24].

Vê-se, portanto, o quão delicado é definir com precisão o que seja *justiça*. Muito mais confortável, nesta empreitada, recorrer-se a um *procedimento negativo*, no qual se parte do delineamento do *injusto*. PLATÃO, em sua célebre obra *A República*, ao buscar uma definição de justiça, examinava o que a esta repudiava, tirando proveito das conclusões negativas[25]. Tal postura ainda se reputa bastante utilizável, sendo adotada modernamente por vários jusfilósofos[26], mas mesmo a escolha do qualificativo *injusto* supõe que se apele

---

21. Chaïm Perelman, *op. cit.*, p. 34. O mesmo autor adverte: "A sede de justiça que incita os homens a realizarem o ideal da sociedade de seus sonhos, a se revoltarem contra a injustiça de certos atos, de certas situações, fornece uma motivação suficiente tanto para os mais sublimes sacrifícios como para os piores delitos. O mesmo ímpeto entusiasta que os lança na perseguição de um mundo melhor pode varrer sem piedade tudo quanto lhe faz obstáculo: *pereat mundus, fiat justitia*" (*op. cit.*, p. 146).
22. Assim, Hans Kelsen, *op. cit.*, pág. 222. Neste passo, John Rawls chega a afirmar, ao cuidar do chamado "equilíbrio reflexivo", que "nossos juízos refletidos não só podem diferir dos das outras pessoas, mas às vezes nossos próprios juízos contradizem-se entre si" (*op. cit.*, p. 41).
23. Neste particular, como bem assinala Chaïm Perelman "cada qual defenderá uma concepção de justiça que lhe dá razão e deixa o adversário em má posição" (*op. cit.*, p. 8).
24. Já questionava Denis Diderot, em seu *Tratado sobre o belo*: "Como acontece então que quase todos os homens estejam de acordo que há um *belo*; que existam tantos entre eles que o sintam vivamente onde ele está e que tão poucos saibam o que ele é?" (*in Obras II* – Estética, poética, contos, São Paulo, 2000, p. 232).
25. Jayme Paviani, *Platão & A República*, Rio de Janeiro, 2003, p. 24. Nos *Diálogos*, de Platão, pode-se vislumbrar a dialética travada entre Sócrates e Critão: "(...) Sóc. – Logo, jamais se deve proceder contra a justiça. Cr. – Jamais, por certo. Sóc. – Nem mesmo retribuir a injustiça com a injustiça, como pensa a multidão, pois o procedimento injusto é sempre inadmissível. Cr. – Parece que não. Sóc. – E daí? Devemos praticar maldades ou não, Critão? Cr. – Não devemos, sem dúvida, Sócrates. Sóc. – Adiante. Retribuir o mal que nos fazem é justo, como diz a multidão, ou injusto? Cr. – Absolutamente injusto. Sóc. – Sim, porque entre fazer mal a uma pessoa e cometer uma injustiça não há diferença nenhuma. Cr. – Dizes a verdade" (*Diálogos*, Critão, ou O dever, São Paulo, 2002, p. 127).
26. Utilizando-se de tal procedimento, vide, por exemplo, Karl Larenz: "Da maior importância prática é, na minha opinião, precisamente esta 'função negativa', uma vez que, segundo a experiência, é muito mais fácil reconhecer que uma determinada resolução seria injusta do que qual seria a única justa" (*Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, 1997, p. 257). Tal proceder também pode ser observado, em certa medida, na obra de Chaïm Perelman: "O ato justo é correção, rejeição de desigualdade. A regra justa é razão, rejeição de arbitrariedade. O homem justo é consciência, rejeição da desumanidade. O ideal de justiça, tal como vive na tradição ocidental, combina todos esses pontos de vista, concedendo a prioridade a um ou a outro, conforme as visões do mundo e as disciplinas que o elaboram" (*op. cit.*, p. 82).

a um critério estabelecido, a um padrão comum, às vezes até comunitário, e que não é meramente a expressão de uma opinião preconcebida[27]. Daí teóricos outros tentarem fixar *princípios* na busca da construção de uma teoria da justiça[28]. De qualquer sorte, subjacente a quaisquer tentativas de apreciação do conceito de justiça se encontrará a supressão ao desarrazoado, à tirania, ao excesso, à iniqüidade, ao descomedimento, enfim, ao abuso, os quais intuitivamente ter-se-ão por *injustos*.

2. A INJUSTIÇA E O ABUSO DO DIREITO

Cuidando-se de noções complexas, como as dos qualificativos *justo* e *injusto*, não existe procedimento unanimemente admitido referente ao seu manejo. Porém, sempre haverá um limite que não se deve transgredir: o que beira ao *desarrazoado*[29]. Ainda que nem sempre se esteja de acordo sobre a maneira de agir em determinada situação, pois várias soluções podem ser igualmente razoáveis, existe normalmente, numa comunidade humana, em dado momento, um acordo sobre o que se tem como *não razoável* e, conseqüentemente, como intolerável[30]. Vê-se, portanto, que imbricada à noção de *injusto* tem-se a do *abuso*, a qual se interpenetra com a idéia de *uso desarrazoado*. Esta assume relevante papel no âmbito dos sistemas jurídicos, notadamente no que toca ao denominado *abuso do direito*[31]. O recurso à etimologia já revela a afinidade deste instituto com a iniqüidade, com a ausência de razoabilidade: o vocábulo abuso deriva do latim *abusus*, significando *ab*: contra, afastamento, e *usus*: uso[32]; vale dizer, abusar de um direito significa afastar-se de seu uso normal, utilizá-lo inadequadamente[33].

---

27. Chaïm Perelman, *op. cit.*, p. 206.
28. Assim, por exemplo, John Rawls, o qual estabelece dois princípios de justiça: "(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdade para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença)" (*Justiça como eqüidade*, pág. 60, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003). Em sentido aproximado, porém com substancioso desenvolvimento, *vide* Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 234/275.
29. Em conformidade com o texto, Chaïm Perelman, *op. cit.*, p. 682.
30. Quase textualmente é o que escreve Chaïm Perelman, *op. cit.*, p. 682.
31. Assinala, com propriedade, Chaïm Perelman: "É em direito (*law*) que a distinção entre o uso e o abuso, entre o uso razoável e desarrazoado de um direito (*right*), foi posto em evidência pela doutrina e pela jurisprudência. Foi por ocasião do abuso do direito de propriedade que a teoria do abuso de direito foi desenvolvida. Há abuso quando o exercício desse direito visa essencialmente a prejudicar outrem: o direito de propriedade, que antes era considerado absoluto, deixa, nesse caso, de ser protegido pelas cortes e tribunais" (*op. cit.*, p. 682).
32. Segundo importante léxico, o vocábulo abuso tem a acepção de "mau uso ou uso errado, excessivo ou injusto" (Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, vocábulo *abuso*, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1986, p. 17).
33. Em idêntico sentido, recorrendo à etimologia, *vide* Levanti Sandra, *Abuso del diritto*. Texto disponível no site: *http://www.diritto.it/articoli/civile/levanti.html*, consultado em 05/03/2004.

Tal conexão entre o abuso do direito e a intelecção do que seja injusto ou desarrazoado remete à necessária vinculação entre o direito e o comportamento moral. Ao contrário do que faziam os chamados positivistas, os quais postulavam uma precisa e nítida separação entre o direito e a moral[34], os teóricos aos quais se denominaram pós-positivistas, descontentes com tal concepção formalista do direito, "insistem na importância do elemento moral no funcionamento do direito, no papel que nele desempenham a boa-fé e a má-fé, a intenção maldosa, os bons costumes, a eqüidade, e tantas outras noções cujo aspecto ético não pode ser desprezado"[35]. Predomina, portanto, entre estes a idéia de que entre direito e moral existem conexões necessárias, seja sob o plano conceitual, seja sob o normativo[36].

O aporte do elemento moral, bem como do substrato ético, sem dúvida, foi decisivo na tentativa de moldar ou delimitar a concepção do abuso do direito[37]. Vários jurisconsultos recorreram à noção de moral em seu intento de defender a tese de ser possível o exercício abusivo dos direitos[38]. Assim, por exemplo, GEORGES RIPERT chegou a afirmar não se cuidar de simples problema de responsabilidade civil, mas "de uma questão geral de moralidade no exercício dos direitos"[39]. Houve até quem chegasse a sustentar que o art. 2º do Código Civil suíço, ao recusar proteção legal ao abuso manifesto de um direito, "proclamou mesmo implicitamente a vitória da moral sobre o direito estrito"[40]. As tentativas de fixação dos contornos do abuso do direito, realizadas pelos legisladores ou pela doutrina, sempre se reportam a expressões como

---

34. Assim, por exemplo, Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 230/231.
35. Chaïm Perelman, *op. cit.*, p. 299. Aproximada, neste sentido, a passagem de Albert Calsamiglia sobre Ronald Dworkin: "*En resumen, la crítica la separación absoluta entre el derecho y la moral, le conduce a la construcción de una teoría del derecho en la cual la moral y la política ocupan un lugar relevante. Dworkin se ha preocupado de analisar las relaciones entre el derecho y la moral. No ha desgajado ambas parcelas como lo habían hecho los metodólogos de la pureza*" (*Ensayo sobre Dworkin*, in Los derechos en serio, p. 12, Barcelona, 2002).
36. Robert Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Biblioteca Einaudi, Torino, 1997, p. 20. Concepção similar, sob outra ótica, pode ser vista ainda em Adolfo Sánchez Vásquez, *Ética*, Rio de Janeiro, 1982.
37. Neste particular, soa oportuno trazer à coleção o ensinamento de Rodolfo L. Vigo: "*¿El abuso es lo 'inmoral'?: Guillermo Borda, en sintonía con abundante doctrina, subraya: 'el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de este problema (el del abuso de derecho)'. Esta afirmación tomada literalmente puede ser interpretada en términos 'moralistas' en tanto no distingue Derecho de moral, con las consecuencias potenciales y actuales que ello encierra*" (*Consideraciones iusfilosóficas sobre el "abuso de derecho", in Abuso del derecho, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires, 1998, p. 315).
38. A afirmação também é de Leonardo Mattietto, *Do abuso de direito: perfil histórico da teoria*. Texto disponível no site: *http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/do_abuso_de_direito.html*, consultado em 23/07/2004.
39. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4.ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949, p. 159.
40. Claude Du Pasquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 4.ed. Neuchâtel: Delachaux & Niestlé, 1967, p. 316.

boa-fé, finalidade econômica ou social ou *bons costumes*, as quais têm suas acepções vinculadas necessariamente a uma essência de moralidade ou de eticidade[41].

3. DESENVOLVIMENTO E EXPANSÃO DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO

A germinação da noção do exercício abusivo de um direito remonta, no mínimo, à velha Roma[42]. Não há, porém, opinião unânime quanto à existência de uma teoria sobre aquele instituto no direito romano. Parcela considerável de juristas sustenta que neste período já se experimentava a proscrição ao abuso do direito. Outras vozes, por sua vez, asseveram não ser possível constatar sua teorização na Roma Antiga[43]. Tal controvérsia se prende à diversidade de adágios que se contradiziam no direito romano. Com efeito, GAIO proclamava: *Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*, o que não destoava do brocardo concebido por PAULO: *Nemo damnum fecit, nisi qui id fecit quod facere ius non habet*, tampouco da formulação de ULPIANO: *Neminem lædit, nemo damnum facit, qui suo iure utitur*, todos de feição individualista. Mas, por outro lado, como bem assinalam os irmãos MAZEUD, na realidade, tais fórmulas não devem ser isoladas do contexto em que formuladas[44]. Até porque do mesmo GAIO provinha a parêmia *Male enim nostro jure uti non debemus*; de CELSO já se tinha que *Ius est ars boni et æqui*; valendo remarcar, em sentido similar, a célebre máxima de CICERO: *summum ius, summa iniuria*, nas quais se pode antever a marcha triunfal da teoria do abuso[45]. Deve-se assentar, neste particular, não ser comum no direito romano a revogação das leis, tal qual se pratica atualmente. Promulgavam-se leis novas, mas as anteriores subsistiam, não obstante as contradições[46]. Assim, preceitos porventura contraditórios acabavam por se acomodar às exigências impostas pela evolução social.

---

41. Vale a citação, neste particular, da lição de Clóvis Bevilaqua: "A evolução do direito se tem operado no sentido do maior desenvolvimento e accentuação de seus intuitos ethicos, e correspondente reducção dos seus elementos egoisticos. A sociologia, comprehendendo-o como força moral destinada a manter o equilibrio das energias sociaes em acção, contribuiu fortemente para a solução do problema do abuso do direito" (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Volume I, Rio de Janeiro, 1940, p. 430).
42. Assinala, com precisão, José Carlos Barbosa Moreira: "Não é nova, em absoluto, a noção de que um direito pode ser exercido de maneira irregular: rastrear-lhe o histórico levaria o pesquisador, quando menos, à velha Roma" (*Abuso de direito*, in Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 13, Rio de Janeiro, janeiro a março de 2003, p. 97).
43. Assim, Giuseppe Grosso, *Abuso del diritto (diritto romano)*, *in Enciclopedia del Diritto*, v. I, p. 161. Milano: Giuffrè, 1958; Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, p. 131, Rio de Janeiro, 1999; Heloísa Carpena, *Abuso do direito nos contratos de consumo*, Rio de Janeiro, 2001, p. 39.
44. Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, Tome deuxieme. Paris, 1956, p. 391.
45. Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*. Paris, 1927, pp. 3/4.
46. Fustel de Coulanges, *A cidade antiga*, p. 246, Rio de Janeiro, 2003. Como assevera o mesmo autor, "O Código de Drácon não foi abolido pelo de Sólon, nem as Leis Reais pelas Doze Tábuas. A

Não restam dúvidas, porém, que a *idéia* do exercício abusivo dos direitos já se fazia presente no direito romano[47]. Inclusive na órbita processual, dentre outros institutos, já se podia vislumbrar tentativa de repúdio ao abuso e à temeridade das partes com a *legis actio sacramento*, bem como à resistência maliciosa do demandado no instituto da *infitatio*; ou punições à conduta não correta do autor com a *pluris petitio*; a similar objetivo visava o instituto do *iusiurandum calumniae*, no qual o autor assumia formal empenho de *non vexandi adversarii gratia actionem instituere*, e o demandado de *non calumniae causa infitias ire*[48]. Enfim, o que não se tinha, àquela época, era tão-somente uma *teoria perfeitamente delineada* sobre o abuso do direito, nos moldes em que formulada modernamente[49].

Com o advento da Idade Média, desenvolveu-se a teoria dos atos emulativos, cujas origens já se encontravam no direito romano (*aemulatio*), e que se pode considerar como um imediato antecedente da teoria do abuso do direito[50]. Para a caracterização do ato emulativo se fazia necessário: "*a*) o exercício de um direito; *b*) que desse exercício resultasse um dano a terceiro; *c*) que o ato realizado fosse inútil para o agente; *d*) que a realização fosse determinada exclusivamente pela intenção de causar dano a outrem"[51]. O titular

---

pedra onde a lei estava gravada era inviolável; quando muito, os menos escrupulosos se atreviam a interpretá-la a seu modo. Este princípio foi a causa maior da grande confusão observada no direito antigo. Leis opostas e de diferentes épocas estavam reunidas e todas deviam ser igualmente respeitadas" (*op. cit.*, pp. 246/247).

---

47. Assim, Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, pp. 03/04. Paris: Dalloz, 1927; Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 391; Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp & Martin Wolff. *Derecho civil (parte general)*. Primer Tomo, II. Tradução de Blás Perez González e José Alguer. Barcelona, 1935, p. 531; Pedro Baptista Martins, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª edição, Rio de Janeiro, 2002, p. 17; Alexandre Augusto de Castro Corrêa, *Abuso de direito (direito romano)*, *in Enciclopédia Saraiva de Direito*, V. 2, São Paulo, 1977, p. 48; Rodolfo L. Vigo, *op. cit.*, p. 310.
48. Francesco Cordopatri, *L'abuso del processo, I, Pressuposti storici*, Padova, 2000, p. 95. Sobre os institutos mencionados, *vide* ainda, Osvaldo Alfredo Gozaíni. *Temeridad y malicia en el proceso*, pp. 31/33, Buenos Aires, 2002 e *La conducta en el proceso*, pp. 19/20. La Plata, 1988; Walter Zeiss, *El dolo procesal – Aporte a la precisación teórica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico*, pp. 14/20. Buenos Aires, 1979. Para uma completa análise, inclusive de outros vários institutos, com ampla referência bibliográfica, *vide* Francesco Cordopatri, *op. cit.*, pp. 51/314.
49. Assim, Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, Volume I, Rio de Janeiro, 1996, p. 534. Vale citar, neste passo, a lição de Francisco dos Santos Amaral Neto, "vários textos do direito clássico parecem demonstrar a existência desta teoria (D. 24.1.63; D. 30.1.43.1; Gaio 1.53; Cl, 8.51.2). Não obstante estes textos, opinião predominante assevera não existir em Roma essa teoria. As leis, a eqüidade e a jurisdição imperial e pretoriana eram suficientes para corrigir o abuso do direito, não se sentindo a necessidade de construir uma teoria a esse respeito" (Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro. Permanência ou superação de paradigmas romanos?, *in Revista de Direito Civil*, v. 19, nº 71, São Paulo,jan./mar. 1995).
50. Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, Buenos Aires, 1992, p. 99.
51. Pedro Baptista Martins, *op. cit.*, p. 18.

do direito agiria com *animus nocendi* ou *vexandi*[52], vale dizer, com fito exclusivo de prejudicar.

Contudo, somente no final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, se veio a assistir a uma intensa fermentação de idéias, sobretudo na França, que conduziriam à teoria do abuso do direito. O liberalismo individualista anterior àquele período teve de ceder passo, não sem grandes resistências, à emergente doutrina sobre a *relatividade dos direitos subjetivos*[53]. A oposição a esta teoria, porém, não foi de pouca monta. Escritores houve, como Marcel Planiol, que chegaram a encarar o instituto do abuso do direito como verdadeira contradição resultante de sua própria denominação, afirmando que um ato não pode, ao mesmo tempo, ser conforme ao direito e contrário ao direito [54].

Todavia, os direitos até então tidos como absolutos (como por exemplo o direito de propriedade)[55] não se coadunavam com a realidade vigente, tendo de se curvar à tese da relatividade, pois, como bem observou o notável Pontes de Miranda, "se pudessem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita, com indiferença, se não desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas, a despeito das intransigências deles, fruto da crença a que se aludiu, a vida sempre obrigou a que os direitos se adaptassem entre si, no plano do exercício"[56]. Passou-se a entender, portanto, de maneira predominante, que o direito, em verdade, não é um conceito absoluto, havendo limites ao seu exercício[57].

Contribuiu enormemente para a construção da teoria do abuso do direito, precedendo inclusive à doutrina, a jurisprudência dos Tribunais, sobretudo na França. A literatura jurídica registra uma decisão do Tribunal de Colmar, proferida em 1855, na qual foi condenado um proprietário que construíra sobre sua casa uma falsa, volumosa e inútil chaminé, em frente à janela de um

---

52. Carlos Fernández Sessarego, *op. cit.*, p. 99.
53. Com precisão, José Carlos Barbosa Moreira consigna que "na época do individualismo burguês triunfante, bem estreito era o terreno propício ao florescimento de uma doutrina assente sobre a hipótese, então pouco prestigiosa, da *relatividade* dos direitos subjetivos" (*op. cit.*, p. 97).
54. Deixou consignado Marcel Planiol: "le droit cesse où l'abus commence, *et il ne peut pas y avoir usage abusive d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois* conforme au droit *et* contraire au droit. *Ce qui est vrai, c'est que les droits ne sont presque jamais absolut; la plupart sont* limités dans leur étendue *et soumis pour leur exercice à des* conditions diverses. *Quand on sort des ces limites ou qu'on n'observe pas ces conditions, on agit en réalité sans droit. Il peut donc y avoir des* abus *dans la conduite des hommes, mais ce n'est pas quand ils* exercent *leurs droits, c'est quand ils les* dépassent; *l'homme abuse des* choses, *il n'abuse pas des* droits" (*Traité élémentaire de droit civil*, Tome Deuxième, Paris, 1949, p. 337).
55. Dispõe o art. 544 do Código Civil napoleônico de 1804: "*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlaments*".
56. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo I, Rio de Janeiro, 1996, p. 354.
57. Mariano D'Amelio. *Abuso del diritto, in Nuovo Digesto italiano*. Torino, 1937, p. 49.

vizinho, com o único objetivo de tapar a este a entrada de luz. A Corte determinou a demolição da chaminé construída, deixando a salvo, ainda, o direito do vizinho ao ressarcimento[58]. Já em 1856, o Tribunal de Lyon decidiu uma lide em que certo proprietário havia adaptado à sua fonte de água mineral uma bomba cujo jarro contínuo determinava uma diminuição de aproximadamente dois terços no rendimento de uma outra fonte existente em terreno contíguo. A intenção maliciosa do proprietário se revelava pelo fato de nenhuma utilização ter sido extraída do aumento da quantidade de água que jorrava de sua fonte, que, aliás, se perdia em um córrego vizinho, sem nenhum proveito para aquele. Condenando-o, o Tribunal deixou consignado que o direito do proprietário encontra limites na obrigação de permitir que o vizinho goze de seu direito, bem como não ser juridicamente tolerável um ato inspirado exclusivamente na intenção de prejudicar[59]. Célebre ainda foi o *affaire* CLÉMENT BAYARD: um proprietário da região de *Pierrefond*, foi condenado pela Corte de Amiens, em 1912, pelo fato de ter erguido em seu terreno, próximo de um hangar de balões dirigíveis, altas torres de madeira, nos vértices das quais instalou lanças de ferro capazes de danificar os balões que se alçavam ou aterrissavam. Considerou a Corte que era manifesto o propósito de prejudicar, faltando ao proprietário do terreno qualquer interesse ou utilidade em erigir as torres[60].

À teorização do abuso do direto não ficaram alheios os legisladores dos mais diversos países. Contudo, apesar de o desenvolvimento da teoria ter-se devido à sensibilidade da jurisprudência e doutrina francesas, não encontrou amparo no Código Civil napoleônico de 1804, ainda excessivamente impregnado de concepções individualistas[61]. A primazia parece haver cabido ao Código Civil alemão de 1900, o qual em seu § 226 dispôs: "*Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*"[62]. Por sua vez, e com conotação um pouco distinta da alemã, o Código Civil suíço, de 1907, em seu art. 2º, estatuiu: "*Art. 2 – 1. Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi; 2. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi*".

Em Portugal, o Código Civil de 1966 dispôs, em seu art. 334, que "é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico

58. O caso é citado por Carlos Fernández Sessarego, *op. cit.*, pp. 109/110.
59. O exemplo é mencionado por Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1927, pp. 28/29.
60. Também este caso foi trazido à colação por Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1927, pp. 27/28.
61. Deixou consignado, a este respeito, Pontes de Miranda: "Quando, no começo do presente século, Marcel Planiol, L. Barde, A. Esmein e outros se opõem em atitude hostil à teoria do abuso do direito, ou do abuso do exercício do direito, *ainda* representavam a mentalidade que presidiu à feitura do Code Napoléon" (*op. cit.*, p. 355).
62. "É inadmissível o exercício de um direito, quando só possa ter o fim de causar dano a outrem" (tradução livre do autor).

desse direito". O Código Civil espanhol de 1889, inicialmente não fez previsão quanto ao abuso de direito, todavia, seu Título Preliminar foi reformado em 1974, passando o art. 7.2 a contar com a seguinte redação: "*La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*".

Passando a terrenos latino-americanos, no México, o *Código Civil para el Distrito Federal en materia comun y para toda la República en materia federal*, de 1928, dispôs em seu *artículo* 1912: "*Cuando al ejercitar un derecho se cause dano a outro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho solo se ejercitó a fin de causar el dano, sin utilidad para el titular del derecho*".

Na Argentina, por força da Lei nº 17.711, de 1968, o art. 1.071 de seu Código Civil passou a abrigar a teoria do abuso do direito nos termos seguintes: "*El ejercicio regular de un derecho proprio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercício abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*"[63].

Ainda na América do Sul, a Bolívia, no art. 107 do Código Civil de 1976, adotou expressamente a teoria do abuso do direito, proibindo ainda os atos emulativos: "*El proprietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros y, en general, no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se le ha conferido el derecho*". Ao Código Civil da Venezuela, de 1982, também não escapou a tratativa no abuso do direito, dispondo em seu *artículo 1.185*: "*El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a outro, esta obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a outro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho*". Já o Paraguai, no art. 372 do Código Civil de 1985, estatuiu: "*Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propria, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente*".

---

63. Sobre o abuso do direito na Argentina, *vide*, em especial, Aída Kemelmajer de Carlucci, *Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina*, *in Revista de Derecho Privado y Comunitario* 16, Buenos Aires, 1998, pp. 209/286, e Luis Moisset de Espanés, *El abuso del derecho*, Disponível no site: *http://www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf*, consultado em 23/07/2004.

Desenvolvimento peculiar do abuso do direito pode observar-se no ordenamento jurídico peruano. De início, o Código Civil de 1936, no *artículo* II de seu Título Preliminar, estabeleceu *"La ley no ampara el abuso del derecho"*; em 1984, outro Código Civil substituiu àquele, dispondo, também no mesmo *artículo* II de seu Título Preliminar, que *"la ley no ampara el ejercício abusivo del derecho. Al demandar, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropriadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso"*. Contudo, tal norma foi modificada em 1992, por intermédio do *decreto-ley 25.490*, ganhando ainda maior amplitude: *"La ley no ampara el ejercício ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u outra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso"*. A evolução do abuso do direito no Peru terminou por chegar ao patamar de norma constitucional: a Constituição peruana de 1993, na quarta alínea de seu art. 103 estabeleceu: *"La Constitución no ampara el abuso del derecho"*[64].

Mesmo em terrenos distantes do Ocidente, como por exemplo em Macau, pode-se atestar a proscrição ao abuso do direito. Este país, no art. 326° de seu Código Civil de 1999, adotou regra idêntica àquela que prescrevera o antigo colonizador português em 1966: "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito". Na República Popular da China, embora sem referência expressa à vedação ao abuso do direito, consagrou o artigo 7 dos Princípios Gerais do Direito Civil, adotados em 1986: *"Civil activities shall have respect for social ethics and shall not harm the public interest, undermine state economic plans or disrupt social economic order"*.

No Brasil, o Código Civil de 1916 não se referiu de maneira explícita à figura do abuso de direito. O art. 160, I, daquele diploma estatuía não constituírem atos ilícitos os praticados *"no exercício regular de um direito reconhecido"*. Por força da expressão *"exercício regular"*, a doutrina civilística passou a afirmar que, utilizando-se de interpretação *a contrario sensu*, pode-se constatar que o Código consagrou, ainda indiretamente e de modo genérico, a tese do abuso do direito[65]. Também se enxergou no art. 554 do mesmo Diploma[66], ao

64. Especificamente sobre o Peru, *vide* Marcial Rubio Correa, *El abuso del derecho en el Perú*, *in* Abuso del derecho, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16, Buenos Aires, 1998, pp. 193/207.

65. Neste sentido, Clóvis Bevilaqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Volume I, Rio de Janeiro, 1940, p. 429; J. M. de Carvalho Santos. *Código Civil brasileiro interpretado*. Parte Geral. Volume III, Rio de Janeiro, 1950, p. 338; Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, Volume I, Rio de Janeiro, 1996, p. 536; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, 1° Volume, São Paulo, 1991, p. 282; Sílvio Rodrigues, *Direito Civil – Parte geral*, Volume I, 18ª edição, São Paulo, 1988, p. 337; José Carlos Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 100.

66. Dispunha o art. 554 do Código Civil brasileiro de 1916: "O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o *mau uso* da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam".

reprimir o uso nocivo da propriedade, uma aplicação da referida teoria[67]. Mas o Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 3º, fez alusão expressa ao instituto: "Responderá por perdas e danos a parte que intentar a demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro". E o parágrafo único do referido dispositivo aduzia: "O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo". O recente Código Civil de 2002 cuida do abuso do direito em seu art. 187, o qual estatui: "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". Ressalte-se, por oportuno, que a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, XXIII, já havia determinado que "a propriedade atenderá a sua função social", estabelecendo regras sobre a função social da propriedade urbana (art. 182, § 2º) e rural (art. 186)[68].

Atualmente, os reclamos ao abuso do direito podem ser verificados nos mais variados setores do universo jurídico[69]. Decerto, a teoria fincou raízes e se desenvolveu no direito privado, com os principais dispositivos a regulamentar a matéria sendo encontrados, de início, em Códigos e leis civis. Não obstante, a tese encontrou guarida legislativa nos mais diversos ramos do direito, podendo ser generalizada a ponto de se erigir em *verdadeiro princípio geral*[70].

No próprio direito civil, o abuso se pode verificar, *e.g.*, no direito de propriedade, nas relações contratuais[71], no exercício do pátrio poder (hoje melhor

---

67. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituição de direito civil*, Volume I, Rio de Janeiro, 1994, p. 431.
68. Dispõe o art. 182, § 2º, da Constituição da República de 1988: "A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor". Já o art. 186 da mesma Carta estatui: "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".
69. Neste sentido, dentre inúmeros, cite-se, na doutrina italiana, Anna Canova, *Atti emulativi e abusi del diritto proprio*, artigo disponível em *http://www.giuridicamente.com/atti.html*, consultado em 02/08/2004. *Vide*, ainda, com amplo apanhado de hipóteses concretas, Aída Kemelmajer de Carlucci, *Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina*, *op. cit.*, pp. 209/286.
70. Assim, Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp & Martin Wolff. *Derecho civil (parte general)*. Primer Tomo II, Barcelona, 1935, pp. 531/532. Bem ressalta Chäim Perelman: "Mas essa teoria do abuso de direito pode ser generalizada. Todo uso desarrazoado de um poder discricionário será censurado como abusivo, e isto em todos os ramos do direito" (*op. cit.*, p. 682).
71. A respeito deste tema, em especial, *vide* Rosalice Fidalgo Pinheiro, *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro, 2002.

denominado *poder familiar* pelo art. 1.603 do Código Civil de 2002)[72] e mesmo nas relações conjugais[73]. No campo empresarial, é comum a invocação do abuso no direito, por maiorias ou minorias societárias[74] e também nos requerimentos abusivos de falência (art. 20 do Decreto-lei nº 7.661/45)[75]. Nas relações de consumo, também no âmbito contratual[76], ou em questões relativas à desconsideração da personalidade jurídica[77], a figura do abuso também pode fazer-se presente. Ainda se pode vislumbrar referido instituto no direito do trabalho (*v.g.*, no exercício abusivo do direito de greve). No direito administrativo, a faceta do abuso do direito se desenvolveu por intermédio da teoria do abuso de poder, do qual constituem espécies o abuso e o excesso de poder[78]. Relativamente ao direito penal, o abuso de autoridade foi erigido à categoria de ilícito penal, nos termos da Lei nº 4.898/65. No direito eleitoral, o abuso pode surgir no procedimento eletivo[79]. O abuso também pode verificar-se no

---

72. Precisa, no tocante à nomenclatura, a advertência de José Carlos Barbosa Moreira: "Certos exemplos afiguram-se impertinentes, porque não se referem a *direitos* propriamente ditos, senão a *poderes-deveres* que o ordenamento outorga a determinadas pessoas no interesse de outra (ou de outras). É o que se dá com o 'poder paternal' (entre nós se diria 'poder familiar': art. 1.603 do novo Código Civil), a que só em acepção pouco técnica se pode chamar 'direito'. Decerto pode ocorrer abuso no exercício desses poderes-deveres" (Abuso de direito, *in Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 13, Rio de Janeiro, janeiro a março de 2003, pp. 106/107).
73. Sobre o abuso nas relações conjugais, consulte-se, na doutrina argentina, Eduardo A. Zannoni, *El abuso de derecho y las relaciones conyugales*, *in Abuso del derecho, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires, 1998, pp. 127/137.
74. Especificamente na doutrina argentina, *vide* Héctor Alegría, *El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas*, *in Abuso del derecho, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires, 1998, pp. 319/392.
75. Dispõe o art. 20 da Decreto-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências): "Quem por dolo requerer a falência de outrem, será condenado, na sentença que denegar a falência, em primeira ou segunda instância, a indenizar ao devedor, liquidando-se na execução da sentença as perdas e danos. Sendo a falência requerida por mais de uma pessoa, serão solidariamente responsáveis os requerentes. Parágrafo único. Por ação própria, pode o prejudicado reclamar a indenização, no caso de culpa ou ***abuso*** do requerente da falência denegada".
76. *Vide*, por exemplo, os arts. 51 a 53 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), os quais se inserem na Seção II, do Capítulo VI do referido Diploma, a qual se denomina ***Das cláusulas abusivas***. Quanto a esta particularidade, *vide* a primorosa obra de Heloísa Carpena, *Abuso do direito nos contratos de consumo*, Rio de Janeiro, 2001.
77. Regulamentando a desconsideração da personalidade jurídica, dispôs o art. 28 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor): "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" (grifos nossos).
78. Assim, Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*. 2ª ed. São Paulo, 1966, pp. 78/79.
79. Discorrendo com propriedade sobre o assunto, Emerson Garcia deixou consignado: "Especificamente no âmbito do procedimento eletivo, identificar-se-á o ato abusivo sempre que alguém, ao exercer o seu direito, prejudicar o direito de igualdade de todos no pleito, afetando sua normalidade e legitimidade" (*O abuso de poder no procedimento eletivo*, *in Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 11, jan./jul.2000, p. 95).

direito processual civil[80], por exemplo, com o instituto da litigância de má-fé (art. 17 do Código de Processo Civil)[81] e na hipótese de interposição do recurso de embargos de declaração com caráter manifestamente protelatório (art. 538 do Código de Processo Civil). Igualmente no processo penal, *v.g.*, na inadmissão da fungibilidade recursal quando o recorrente tenha procedido de má-fé (art. 579 do Código de Processo Penal). Ajunte-se que neste ramo do direito processual, em vários outros institutos e matérias, a figura do abuso do direito vem ganhando especial tratativa, de acordo com o que vem estatuindo as mais recentes codificações latino-americanas, como na Venezuela[82], no Paraguai[83], na Colômbia[84] e no Equador[85]. Frise-se que até mesmo no ramo do

---

80. Com maior desenvolvimento, pode-se consultar, na doutrina argentina, a obra coletiva dirigida por Jorge W. Peyrano e coordenada por Juan Alberto Rambaldo, *Abuso procesal*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2001. Ainda na doutrina argentina, *vide* Alberto Luis Maurino. *Abuso del derecho en el proceso*. Buenos Aires, 2001. Na doutrina brasileira, *vide* a obra coletiva, coordenada por José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000; e, ainda, Rui Stoco. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo, 2002, e Brunela Vieira de Vincenzi, *A boa-fé no processo civil*. São Paulo, 2003.
81. Estatui o art. 17 do Código de Processo Civil: "Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidentes manifestamente infundados; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório". Para maiores detalhes, em doutrina, *vide* Ana Lúcia Iucker Meirelles de Oliveira. *Litigância de má-fé*. São Paulo, 2000.
82. Assim, por exemplo, o *Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela*, de 1998, que em seu *artículo* 102, dispôs: "*Artículo 102. Buena Fe. Las partes deben litigar con buena fe, evitando los planteamientos dilatorios, meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este Código les concede. Se evitará, en forma especial, solicitar la privación preventiva de libertad del imputado cuando ella no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del proceso*".
83. O *Codigo Procesal Penal* do *Paraguay*, também do ano de 1998, dispôs em *seu artículo* 112: "*Artículo 112. Buena Fe. Las partes deberán litigar con buena fe, evitando los planteos dilatorios y cualquier abuso de las facultades que este código les concede. No se peticionará la prisión preventiva del procesado cuando élla no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del procedimiento* (...).
84. No ano de 2000, o *Código de Procedimiento Penal* da Colômbia, estabeleceu em seu *artículo* 17: "*Artículo 17. Lealtad. Quienes intervienen en la actuación procesal están en el deber de hacerlo con absoluta lealtad y buena fe. Deben obrar sin temeridad en el ejercicio de los derechos y deberes procesales*". Em seu artículo 146, o mesmo Código cuidou das condutas temerárias e da má-fé processual: "*Artículo 146. Temeridad o mala fe. Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal en la denuncia, recurso, incidente o cualquier otra petición formulada dentro de la actuación procesal; 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; 3. Cuando se utilice cualquier actuación procesal para fines claramente ilegales, dolosos o fraudulentos; 4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas u otra diligencia; 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal de la actuación procesal*".
85. No mesmo ano de 2000, o *Código de Procedimiento Penal do Equador*, permitiu em seu art. 249 a responsabilização do acusador particular quando tiver atuado de maneira temerária ou maliciosa: "*Art. 249. Acciones por denuncia o acusación temerarias o maliciosas.- Si la denuncia o la acusación particular han sido calificadas en el auto de sobreseimiento definitivo como maliciosas o temerarias el que obtuvo a su favor el sobreseimiento podrá ejercer contra el denunciante o el acusador, las acciones respectivas conforme a lo establecido en este Código*".

direito internacional público podem os Estados soberanos exercer abusivamente direitos que lhes são conferidos[86].

4. A CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO E AS RESPECTIVAS SANÇÕES

O Código Civil de 2002, de maneira inovadora em relação ao texto revogado, consagrou como regra geral, e de forma expressa, o instituto do abuso do direito, embora sem utilizar-se desta nomenclatura. Inspirando-se o legislador brasileiro no art. 334 do Código Civil português de 1966, fez constar do art. 187 do novo Código Civil: "*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*". A redação do dispositivo, com a expressão "*também*", faz transparecer que, *de lege lata*, houve subsunção do abuso do direito ao ato ilícito. Este teria duas espécies: a violação de direito alheio, prevista no 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*"), e o abuso do direito (art. 187).

Contudo, apesar de alguma resistência doutrinária[87], pode-se afirmar que as figuras do abuso do direito e do ato ilícito distinguem-se de maneira nítida. Como bem assinala Heloísa Carpena, "o ilícito, sendo resultante da violação de limites formais, pressupõe a existência de concretas proibições normativas, ou seja, é a própria lei que irá fixar limites para o exercício do direito. No abuso não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus valores fundamentais. Por este mesmo motivo pode-se afirmar que o abuso supõe um direito subjetivo lícito atribuído a seu titular, que, ao exercê-lo, o torna antijurídico. Já o ilícito, por ser contrário à disposição legal, mostra-se previamente reprovado pelo ordenamento, não comportando controle de abusividade"[88]. Mas às figuras da violação de direito alheio (art. 186) e do

---

86. Neste sentido, consulte-se Celso de Albuquerque Mello, *Responsabilidade internacional do Estado*. Rio de Janeiro, 1995, p. 163.

87. Já sob a égide do Código Civil de 1916, sustentava a identificação do abuso do direito com o ato ilícito Everardo da Cunha Luna, *O abuso de direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro, 1988, p. 55, e J. M. de Carvalho Santos, *op. cit.*, pp. 338/339.

88. *O abuso do direito no Código Civil de 2002 – Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, *in* A Parte Geral do novo Código Civil (obra coordenada por Gustavo Tepedino), p. 382. 2ª ed. Rio de Janeiro, 2003. No mesmo sentido, pondera José Carlos Barbosa Moreira: "Semelhante equiparação, já se registrou, não é pacífica em doutrina. E, na verdade, parece razoável, do ponto de vista teórico, o entendimento que distingue as duas figuras. Uma é a situação de quem, sem poder invocar a titularidade de direito algum, simplesmente viola direito *alheio*: seria esse o autêntico perfil do ato ilícito. Outra situação é a daquele que, sendo titular de um direito, *irregularmente o exerce*" (*op. cit.*, p. 104). No mesmo sentido, Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, 14ª edição, Rio de Janeiro, 1999, p. 135.

abuso do direito (art. 187) atribuiu-se uma conseqüência comum, segundo o art. 927: "*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*".

Para a caracterização do abuso do direito, a pedra de toque fundamental é a ultrapassagem de determinados limites, quando do respectivo exercício do direito. "Tais limites podem ser impostos: *a*) pelo fim econômico ou social do direito exercido; *b*) pela boa-fé; *c*) pelos bons costumes. O titular precisa exceder *ao menos uma* dessas categorias de limites. Não é necessário que exceda *mais de uma*: a enumeração é alternativa, não cumulativa"[89]. As expressões elencadas como critérios para a aferição do ato abusivo se consubstanciam em conceitos juridicamente indeterminados, competindo ao Juiz concretizá-los, tendo em vista as característica de cada espécie.

Já no tocante às sanções ao abuso do direito, uma se mostra bastante clara, saltando aos olhos: a obrigação de reparar o dano causado, resultante da conduta abusiva, consoante estabelecido no art. 927 do novo Código Civil. Esta a regra geral: o dano causado pelo exercício abusivo de um direito leva à indenização. Mas à sanção pecuniária também fizeram alusão outros diplomas legais, como o Código de Processo Civil, ao reprimir a litigância de má-fé (art. 16)[90], ou ao impor multa ao recorrente que interponha embargos de declaração manifestamente protelatórios (art. 538, parágrafo único)[91]. Também assim a o parágrafo único do art. 20 da Decreto-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências), na hipótese de falência abusivamente requerida[92].

Mas por um outro modo o abuso do direito pode vir a ser sancionado de maneira genérica pela ordem jurídica: "quando possível e adequado, mediante a supressão ou anulação do fato ou ato abusivo, restabelecendo-se o *statu quo* ante"[93]. Como afirmou José Carlos Barbosa Moreira, "basta deixar de aplicar a regra consagradora do benefício que se quis maliciosamente fazer incidir"[94].

---

89. José Carlos Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 105.
90. Dispõe o art. 16 do Código de Processo Civil: "responderá por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente".
91. Já o art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, estatui: "Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de um por cento sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até dez por cento (10%), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo".
92. Dispõe o parágrafo único do art. 20 da Decreto-lei nº 7.661/45: "Por ação própria, pode o prejudicado reclamar a indenização, no caso de culpa ou abuso do requerente da falência denegada".
93. Miguel Maria de Serpa Lopes, *op. cit.*, p. 540.
94. José Carlos Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 102.

5. O MINISTÉRIO PÚBLICO, A JUSTIÇA E O ABUSO DE DIREITO

As mais diversas concepções acerca das origens históricas do Ministério Público vinculam os possíveis antecedentes desta instituição à idéia de Justiça. Seja com os antigos funcionários do Egito antigo, conhecidos como *magiaí*, que tinham a "função de denunciar os infratores, participar dos atos de instrução, zelar pelos interesses do soberano e proteger os cidadãos pacíficos"[95]. Ou com os *Procuratores Cæsaris*, instituídos pelo Imperador AUGUSTO (27 a. C./14 d. C.), e que cuidavam da gestão dos domínios imperiais e da arrecadação de receitas, passando, subseqüentemente, a confiscar bens de cidadãos condenados, interessando-se, deste modo, pela persecução criminal[96]. Também assim com os *Gemeiner Anklager*, na então Alemanha do século X, os quais ficavam encarregados de exercer a acusação criminal, diante da inércia do particular[97]. Diga-se o mesmo a respeito dos *procurateurs du Roi*, aos quais fez referência a *Ordonnance* de 25.03.1302, de *Philippe, le Bel*, sendo que as *Ordonnances* de 28.12.1335, de 20.07.1367 e de 22.11.1371, encarregaram os *procurateurs* de perseguir os fatos criminosos castigados pelas Ordenações, inclusive se a parte lesionada não o fizesse[98].

Modernamente, intensificou-se ainda mais a relação do Ministério Público com os proclamos da Justiça. Assim, a Constituição da República de 1988, em seu Título IV ("Da organização dos poderes"), após regulamentar o Poder Judiciário, abriu um Capítulo IV, intitulado "Das funções essenciais à Justiça", sendo o Ministério Público a primeira instituição a figurar dentre as assim consideradas. Já no primeiro artigo a cuidar da instituição ministerial, proclamou o constituinte ser ela "*essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*". Quanto à redação deste preceito constitucional, já se afirmou, com propriedade: "Unindo as características do substantivo instituição e do adjetivo essencial, é possível afirmar que somente o Ministério Público pode desempenhar as atividades que lhe tenham sido privativamente outorgadas pelo Constituinte originário e pelo legislador infraconstitucional, e que são imprescindíveis à salvaguarda do bem-estar da população, vale dizer, à consecução do ideal de Justiça"[99].

Mas como guardião da ordem jurídica, o Ministério Público também possui importante função na prevenção e repressão ao abuso do direito. Sempre

---

95. Emerson Garcia, *Ministério Público – Organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro, 2004, p. 8.
96. Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*. 5ª edição. São Paulo, 2001, pp. 42/43.
97. Emerson Garcia, *Ministério Público – Organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro, 2004, p. 8.
98. Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*. 2º Volume. 17ª ed. São Paulo, 1995, p. 298.
99. Emerson Garcia, *Ministério Público – Organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro, 2004, p. 42.

que atuar como autor ou interveniente, em qualquer relação jurídica, no desempenho de sua missão de defesa da ordem jurídica, deverá prevenir a ocorrência do exercício abusivo dos direitos; ou ainda buscar a devida efetivação da sanção, quando aquele se verificar. Assim, por exemplo, no âmbito cível, no qual parecem avultar as hipóteses de abuso dos direitos, quando chamado a intervir nos termos do art. 82 do Código de Processo Civil[100]. Já no processo penal, a par da titularidade privativa da ação penal pública (art. 129, I, da Constituição da República), expressão de parcela da soberania estatal[101], atua também o *Parquet* promovendo e fiscalizando a execução da lei (art. 257 do Código de Processo Penal). Quanto a esta última função, impõe-se ao Ministério Público, sempre respeitando as garantias constitucionais do acusado, – pelas quais, inclusive, tem o dever de velar –, impedir a chicana processual, bem como os propósitos protelatórios da defesa técnica. A impostergável e sacrossanta garantia da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição da República) deve ser exercida sempre de acordo com os ditames legais.

Advirta-se, porém, que o próprio Ministério Público, seja como agente, seja como interveniente nas relações jurídico-processuais, deve esquivar-se de abusar dos direitos de que é titular. Cumpre asseverar, com efeito, que, diante de sua importantíssima destinação constitucional, na quase totalidade dos casos, os agentes ministeriais não agirão de maneira dolosa ou fraudulenta, o que lhes poderia trazer responsabilização pessoal, nos termos do art. 85 do Código de Processo Civil[102]. Porém, em algumas hipóteses não será impossível uma atuação temerária, leviana ou mesmo abusiva.

Portanto, não poderá, por exemplo, no processo penal, ajuizar temerariamente a ação penal pública, cujo exercício lhe é privativo por mandamento constitucional (art. 129, I, da Constituição da República). A acusação deverá sempre se lastrear em um suporte probatório idôneo, sobe pena de tornar-se a expressão arbitrária da vontade pessoal do órgão acusador[103]. Por outro lado,

---

100. Dispõe o art. 82 do Código de Processo Civil: "Compete ao Ministério Público intervir: I – nas causas em que há interesses de incapazes; II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade; III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte".
101. Hugo Nigro Mazzilli, *op. cit.*, p. 407.
102. O art. 85 do Código de Processo Civil estatui: "O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude".
103. Assim, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: "O abuso do poder de acusar e a possibilidade de seu controle jurisdicional. A imputação penal não pode ser a expressão arbitrária da vontade pessoal do órgão acusador. A válida formulação de denúncia penal supõe a existência de base empírica idônea, apoiada em prova lícita, sob pena de o poder de acusar – consideradas as graves implicações de ordem ético-jurídica que dele decorrem – converter-se em instrumento de abuso estatal" (STF, 2ª Turma, *HC* 80.542/MG, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 26.06.2001, p. 34).

vale também aqui a advertência de não ser o simples fato de o pedido formulado na ação penal vir a ser julgado improcedente, que levará ao cometimento de qualquer ilícito[104]. Também deverá abster-se de requerimentos de prisões preventivas infundados, ou desnecessários às finalidades do processo[105]. Ainda de maneira exemplificativa, apesar de autorizado pelo art. 654 do Código de Processo Penal, não será possível ao órgão do Ministério Público impetrar *habeas corpus* com desvio de finalidade, visando a tutelar interesses outros que não os daquele submetido à coação ilegal em sua liberdade de locomoção[106].

No plano processual civil, dispõe o Código de 1973, em seu art. 82 que "*o Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes*". A parte final do dispositivo deixa claro que o *Parquet* se submete aos mesmos gravames que às partes. Logo, como autor, poderá vir a ser condenado a reparar o dano causado, nos termos do art. 16 do Código de Processo Civil, quando pleitear de má-fé, ou

---

104. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal: "Não pode ter curso ação penal contra membro do Ministério Público pelo crime de denunciação caluniosa senão quando evidente a temeridade ou o abuso de poder. Se a investigação policial leva à suspeita consistente, o Ministério Público deve agir na conformidade de seu dever constitucional, não quedando intimidado pela perspectiva da acusação de denunciação caluniosa sempre que resultar provada a inocência do suspeito. Hipótese de trancamento da ação penal por atipicidade" (STF, 2ª Turma, *HC* 74.318, Rel. Min.Francisco Resek, *DJU* de 17.12.1996, p. 441).

105. A respeito dos requerimentos abusivos de prisão preventiva dispuseram os Códigos de Processo Penal da Venezuela e do Paraguai. O *Código Orgánico Procesal Penal* da Venezuela, de 1998, em seu *artículo 102*, dispôs: "*Artículo 102. Buena Fe. Las partes deben litigar con buena fe, evitando los planteamientos dilatorios, meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este Código les concede.* Se evitará, en forma especial, solicitar la privación preventiva de libertad del imputado cuando ella no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del proceso". Já o *Código Procesal Penal* do Paraguai, também do ano de 1998, dispôs em seu *artículo 112*: "*Artículo 112. Buena Fe. Las partes deberán litigar con buena fe, evitando los planteos dilatorios y cualquier abuso de las facultades que este código les concede.* No se peticionará la prisión preventiva del procesado cuando élla no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del procedimiento (...)"(destaques nossos).

106. Decidiu o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez: "*Habeas corpus*. Legitimação ativa do Ministério Público. Utilização abusiva contra o interesse do paciente: não conhecimento. A legitimação do Ministério Público para requerer *habeas corpus* é um poder a ser utilizado segundo a destinação própria do instrumento processual, qual seja, a de garantir a liberdade de locomoção ilicitamente coarctada ou ameaçada: utilizar-se o Ministério Público de *habeas corpus* – ainda que em nome da melhor interpretação da lei – para alcançar objetivos potencialmente lesivos à liberdade do cidadão é caso típico de abuso de poder, com o qual não transige o Tribunal" (STF, 1ª Turma, *HC* 72046/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 09.06.1995, p. 17.232); "O Ministério Público dispõe de legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar, em favor de terceiros, a ação penal de *habeas corpus*. O remédio processual do *habeas corpus* não pode ser utilizado como instrumento de tutela dos direitos do Estado. Esse *writ* constitucional há de ser visto e interpretado em função de sua específica destinação tutelar: a salvaguarda do estado de liberdade do paciente. A impetração de *habeas corpus*, com desvio de sua finalidade jurídico-constitucional, objetivando satisfazer, ainda que por via reflexa, porém de modo ilegítimo, os interesses da Acusação, descaracteriza a essência desse instrumento exclusivamente vocacionado à proteção da liberdade individual" (STF, 1ª Turma, *HC* 69889/ES, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 01.07.1993, p. 13.143).

responder pelas despesas relativas ao retardamento ou à repetição do ato processual a que tiver dado causa (art. 29 do Código de Processo Civil). Ajunte-se, finalmente, que, na importantíssima função de tutela dos interesses transindividuais, por intermédio do ajuizamento de ações civis públicas (art. 129, III, da Constituição da República), possível temeridade, má-fé ou exercício abusivo, por parte do agente do Ministério Público, implicará condenação por perdas e danos causados. Apesar de o art. 87, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90, e o art. 17 da Lei nº 7.347/85, não se referirem diretamente ao *Parquet*, a responsabilização se impõe, por violação ao dever de lealdade processual imposto a todos os litigantes[107].

6. CONCLUSÕES

Sem qualquer pretensão de demonstrar o acerto das teses expostas durante todo o itinerário, apresentam-se a seguir as idéias desenvolvidas no presente ensaio, que podem ser reconduzidas, em apertada síntese, às proposições objetivas que se seguem:

a) Desde a mais remota antigüidade, o gênero humano foi capaz de intuir o sentimento de injustiça, relacionado-o sempre ao imoderado, ao excessivo, ao descomedido, ao abusivo;

b) Nas mais diversas concepções sobre a Justiça, dos pensadores mais antigos ao jusfilósofos contemporâneos, encontrar-se-á a supressão ao desarrazoado, à tirania, ao excesso, à iniqüidade, ao descomedimento, enfim, ao abuso, os quais intuitivamente ter-se-ão por *injustos*;

c) Existe uma conexão entre o abuso do direito e a intelecção do que seja injusto ou desarrazoado, o que remete à necessária vinculação entre o direito e o comportamento moral. Predomina, portanto, entre estes a idéia de que entre direito e moral existem conexões necessárias, seja sob o plano conceitual, seja sob o normativo;

---

107. É o que afirma Kazuo Watanabe: "Também os demais legitimados do art. 82 devem responder pela litigância de má-fé, pois essa é a regra que vige no sistema processual pátrio por força das normas inscritas nos arts. 16, 17 e 18 do CPC. A lealdade processual é um dever que se impõe a todos os litigantes, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas. O parágrafo único do art. 87 não teve o objetivo de limitar às associações a responsabilidade pela litigância de má-fé" (*Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*, 4ª edição, Rio de Janeiro, 1998, p. 533). Na mesma obra, quanto ao art. 17 da Lei nº 7.347/85, assevera Nelson Nery Júnior: "A lei não distingue quem pode ser considerado litigante de má-fé. Assim, podem ser levados à categoria de litigante de má-fé o autor, o réu, os litisconsortes, os sucessores processuais e os intervenientes (Ministério público, assistente simples, assistente litisconsorcial, chamado ao processo, litisdenunciado, opoente, terceiro prejudicado, arrematante, credor hipotecário que requer a adjudicação ou remidor)" (*Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*, 4ª edição, Rio de Janeiro, 1998, pp. 655/656).

d) A *idéia* do exercício abusivo dos direitos já se fazia presente no direito romano. O que não se tinha, àquela época, era tão-somente uma *teoria perfeitamente delineada* sobre o abuso do direito, nos moldes em que formulada modernamente.

e) Com o advento da Idade Média, desenvolveu-se a teoria dos atos emulativos, cujas origens já se encontravam no direito romano (*aemulatio*), e que se pode considerar como um imediato antecedente da teoria do abuso do direito;

f) Somente no final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, se veio a assistir a uma intensa fermentação de idéias, sobretudo na França, que conduziriam à teoria do abuso do direito. Contribuiu enormemente para a construção desta, precedendo inclusive à doutrina, a jurisprudência dos Tribunais. O liberalismo individualista anterior àquele período teve de ceder passo, não sem grandes resistências, à emergente doutrina sobre a *relatividade dos direitos subjetivos*;

g) À teorização do abuso do direto não ficaram alheios os legisladores dos mais diversos países. Atualmente, os reclamos ao abuso do direito podem ser verificados nos mais variados setores do universo jurídico, podendo a tese ser generalizada a ponto de se erigir em *verdadeiro princípio geral*;

h) Para a caracterização do abuso do direito, a pedra de toque fundamental é a ultrapassagem de determinados limites, os quais podem ser impostos: *a*) pelo fim econômico ou social do direito exercido; *b*) pela boa-fé; *c*) pelos bons costumes;

i) No tocante às sanções ao abuso do direito, estas podem consistir na obrigação de reparar o dano causado, ou na não-aplicação da regra consagradora do benefício que se quis maliciosamente fazer incidir;

j) O Ministério Público, desde as mais diversas concepções acerca de suas origens históricas, até as sua mais moderna concretização, sempre foi uma instituição vinculada intrinsecamente à idéia de Justiça;

l) Como guardião da ordem jurídica, o Ministério Público também possui importante função na prevenção e repressão ao abuso do direito. Sempre que atuar como autor ou interveniente, em qualquer relação jurídica, no desempenho de sua missão de defesa da ordem jurídica, deverá prevenir a ocorrência do exercício abusivo dos direitos; ou ainda buscar a devida efetivação da sanção, quando aquele se verificar;

m) Advirta-se, porém, que o próprio Ministério Público, seja como agente, seja como interveniente nas relações jurídico-processuais, deve esquivar-se de abusar dos direitos de que é titular.

7. BIBLIOGRAFIA

ALEGRÍA, Héctor. *El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas*, in *Abuso del derecho, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 1998.

ALEXY, Robert. *Concetto e validità del diritto* (trad. italiana do original *Begriff und Geltung des Rechts*). Torino: Biblioteca Einaudi, 1997.

ARISTÓTELES. *Obra jurídica*. São Paulo: Ícone Editora, 1997.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Volume I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940.

BOBBIO, Norberto. *Eguaglianza e libertà*. Torino: Einaudi Contemporanea, 1997.

_____ . *Teoria generale della politica*. Torino: Biblioteca Einaudi, 1999.

CALSAMIGLIA, Albert. *Ensayo sobre Dworkin*, in *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 2002.

CANOVA, Anna. *Atti emulativi e abusi del diritto proprio*. Disponível no site *http://www.giuridicamente.com/atti.html*, consultado em 02/08/2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. *Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina*, in *Revista de Derecho Privado y Comunitario 16*. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni Editores, 1998.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

_____ . O abuso do direito no Código Civil de 2002 – Relativização de direitos na ótica civil-constitucional, in *A Parte Geral do novo Código Civil* (obra coordenada por Gustavo Tepedino). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CICERO, Marcus Tullius. *De officiis*, Liber Primus, X, 33. Disponível no site: *http://www.biblio-net.com/lett_cla/testi/de_officiis.htm*, consultado em 15/07/2004.

CORDOPATRI, Francesco. *L'abuso del processo, I, Pressuposti storici*. Padova: Cedam, 2000.

CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. *Abuso de direito (direito romano), in Enciclopédia Saraiva de Direito*, V. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1977.

CORREA, Marcial Rubio. *El abuso del derecho en el Perú*, in *Abuso del derecho, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires: Rubinzal — Culzoni Editores, 1998.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Ediouro: Rio de Janeiro, 2003.

DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Dalloz: Paris, 1952.

D'AMELIO, Mariano. *Abuso del diritto*, in *Nuovo Digesto italiano*, I, A-AU, a cura di Mariano D'Amelio con la colaborazione de Antonio Azara. Torino: Unione Tipografico — Editrice Torinese, 1937.

DIDEROT, Denis. *Obras II – Estética, poética e contos*. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

DU PASQUIER, Claude. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. 4.ed. Neuchâtel: Delachaux & Niestlé, 1967.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio* (tradução espanhola do original *Taking rights seriously*). Barcelona: Ariel Derecho, 2002.

ENNECCERUS, Ludwig, Kipp, Theodor, & Wolff, Martin. *Derecho civil (parte general)*, Primer Tomo, II. Tradução de Blás Perez González e José Alguer. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1935.

ESPANÉS, Luis Moisset de, *El abuso del derecho*, Disponível no site: *http://www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf*, consultado em 23/07/2004.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho, *Processo Penal*. 2º Volume. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

_____. O abuso de poder no procedimento eletivo, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 11, jan./jul. 2000.

GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*, 14ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro,1999.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Temeridad y malicia en el proceso*. Buenos Aires: Rubinzal — Culzoni Editores, 2002.

_____ . *La conducta en el proceso*. La Plata: Libreria Editora Platense, 1988.

GROSSO, Giuseppe. *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, v. I. Milano: Giuffrè, 1958.

HÄBERLE, Peter. *Diritto e verità*. Tradução de Fabio Fiore. Einaudi contemporanea, Torino, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion* (tradução francesa do original *Erläuterungen zur Diskursethik*), Champs Flammarion, Paris, 1992.

HESÍODO. *Opere e giorni*. Tradução do grego para o italiano disponível no site *http://www.biblio-net.com/lett_cla/traduzioni/esiodo_opere.htm*, consultado em 23/07/2004.

JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*, I, deuxième édition, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932.

_____. *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*. Paris: Dalloz, 1927.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* (tradução brasileira do original inglês *What is justice?*), 3ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* (tradução portuguesa do original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*, Volume I, 8ª edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1996.

LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, Rio de Janeiro.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

MARTINS, Plínio Lacerda. *O Ministério Público e o Código de Defesa do Consumidor em casos concretos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1996.

MATTIETTO, Leonardo. *Do abuso de direito: perfil histórico da teoria*. Texto disponível no *site*: *http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/do_abuso_de_direito.html*, consultado em 23/07/2004.

MAURINO, Alberto Luis. *Abuso del derecho en el proceso*. Buenos Aires: La Ley, 2001.

MAZEAUD, Henri, Mazeaud, Léon, & Mazeaud, Jean. *Leçons de droit civil*, Tome deuxieme. Paris: Éditions Montchrestien, 1956.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Responsabilidade internacional do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo I, arts. 1º a 45, 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

MONTAIGNE, Michel Eyquem. *Ensaios*, Livro III. Tradução de Sérgio Milliet, Editora Universidade de Brasília. Brasília: Hucitec, 2ª edição, 1987.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, 1º Volume, 30ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Abuso de direito*, in Revista Trimestral de Direito Civil vol. 13, Rio de Janeiro: Editora Padma, janeiro a março de 2003.

NETO, Francisco dos Santos Amaral. Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro. Permanência ou superação de paradigmas romanos?, in *Revista de Direito Civil*, v. 19, nº 71, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1995.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker Meirelles de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Nythamar de. *Raws*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

PAVIANI, Jayme. *Platão e a República*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

PEGORARO, Olinto A., *Ética é justiça*, 7ª edição, Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituição de direito civil*, Volume I, 16ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito* (tradução brasileira do original *Éthique et droit*), 1ª edição, 4ª tiragem, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, Tome Deuxième, troisième edition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Enrico Corvisieri. Editora Nova Cultural, São Paulo, 2000.

_____ . *Diálogos*. Tradução de Jaime Bruna. Editora Cultrix, São Paulo, 2002.

RAWLS, John, *Justiça como eqüidade* (tradução brasileira do original *Justice as fairness*). São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

RIBEIRO, Diaulas Costa, *Ministério Público – Dimensão constitucional e repercussão no processo penal*, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4.ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Parte geral*. Volume I. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

ROSS, Alf. *Diritto e giustizia* (tradução italiana do original *On Law and Justice*).Torino: Piccola Biblioteca Einaudi – Scienze sociali, 2001.

ROXIN, Claus; Maier, Julio B. J.; Rusconi, Maximiliano A.; Guariglia, Fabricio O.; Bruzzone, Gustavo A.; Bertoni, Eduardo A; Folgueiro, Hernán L.; Cerletti, Marco L.. *El Ministerio Público en el Processo Penal*. Reimpresión. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

SANDRA, Levanti. *Abuso del diritto*. Texto disponível no site: *http://www.diritto.it/articoli/civile/levanti.html*, consultado em 05/03/2004.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Parte Geral. Volume III. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1950.

SESSAREGO, Carlos Fernández. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TERRA, Ricardo. *Kant & o direito*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

VÁSQUEZ. Adolfo Sánchez, *Ética*. Tradução de João Dell'Anna. 5ª edição, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1982.

VERÍSSIMO, Luís Fernando & Fonseca, Joaquim da. *Traçando Roma*. 4ª edição, Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1998.

VIGO, Rodlofo L. Consideraciones iusfilosóficas sobre el "abuso de derecho", *in* Abuso del derecho, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires: Rubinzal — Culzoni Editores, 1998.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito* (tradução brasileira do original *Philosophie du droit*). São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

VINCENZI, Brunela Vieira de, *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

WILHELM, Richard, *I Ching – O Livro das Mutações*, São Paulo: Editora Pensamento, 2000.

ZANNONI, Eduardo A.. *El abuso de derecho y las relaciones conyugales*, in *Abuso del derecho, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires: Rubinzal — Culzoni Editores, 1998.

ZEISS, Walter. *El dolo procesal – Aporte a la precisación teórica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico*. Tradução de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

LINEAMENTOS SOBRE O ABUSO DO DIREITO

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA *

SUMÁRIO: 1. Justiça, moralidade e abuso do direito. 2. O abuso do direito. Evolução histórica. Dados do direito estrangeiro. 3. A caracterização do abuso do direito segundo o novo Código Civil brasileiro. 4. Conclusões.

1. JUSTIÇA, MORALIDADE E ABUSO DO DIREITO

A natureza humana, moldada pela razão, repudia atitudes excessivas, descomedimentos, exageros, abusos. É intuitivo, por exemplo, que sons emitidos em decibéis incompatíveis com o ouvido humano, ainda ao sintonizarem a mais bela das melodias, parecerão desagradáveis e nocivos. As sensações térmicas de calor, ou mesmo de sua ausência, quando exageradas, ter-se-ão por incômodas. O mais delicioso vinho, se degustado imoderadamente, tornar-se-á prejudicial à saúde[1]. Mesmo a água, bem por demais precioso, se advinda de excesso impiedoso de chuvas, causará estragos de monta. Tais noções sobre limitações chegam a ser intuitivas, tendo sido percebidas pelo homem desde a mais remota antiguidade[2]. Mas também no campo das relações intersubjetivas, notadamente no que toca às noções de direito e de justiça, isto pode verificar-se.

---

* Promotor de Justiça no Rio de Janeiro. Mestre em direito processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de direito processual penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

1. Semelhante exemplo é fornecido por Chaïm Perelman: "Um exemplo singelo se refere ao uso ou abuso da alimentação: é bom alimentar-se, mas o uso da alimentação, ou o de medicamentos, a partir de quando prejudique a saúde, é qualificado de desarrazoado, portanto, de abusivo" (*Ética e direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 682).
2. Na China, por volta do século XII a.C., já se podia ler no *I Ching*, o Livro das Mutações: "Limitações são penosas, mas eficazes. Vivendo de modo econômico em épocas normais, o homem está preparado para os períodos de carência. Sendo comedido ele evita humilhações. Limitações são também indispensáveis para a ordenação das circunstâncias do mundo. A natureza tem limites fixos para o verão e para o inverno, para o dia e a noite, e são esses limites que dão sentido ao ano. Do mesmo modo a economia, ao fixar limites precisos para as despesas, garante a preservação dos

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 31 (3ª Fase), jan./mar. 2009, p. 03-24.

Na antiguidade grega, em meados do século VIII a.C., o poeta Hesíodo já afirmava que o descomedimento e a violência se mostravam contrários à concepção que se tinha sobre justiça[3]. Ainda entre os helênicos, Aristóteles (384-322 a.C.) sustentava que a justiça implicava ideia de proporção, sendo o injusto desproporcional[4]. Na Roma dos Césares, tornou-se célebre o provérbio utilizado pelo jurisconsulto Cícero: *summum ius summa iniuria*[5]. Durante a Idade Média, São Tomás de Aquino, seguidor das diretivas aristotélicas[6], referia-se ao direito como o justo meio-termo, o qual "se encontrava 'nas coisas', no real externo (*medium in re*)"[7].

A justiça é uma das noções mais prestigiosas do universo espiritual. Seja-se conservador ou revolucionário, religioso ou incrédulo, todos invocam a justiça, seja para proteger a ordem estabelecida, ou mesmo para justificar as reviravoltas políticas. Neste sentido, o ideal, o sentimento de justiça, sem dúvida, é um valor universal[8]. Modernamente, contudo, quando se passa ao plano das definições, inúmeras vozes têm asseverado que as concepções sobre a justiça são mutáveis no tempo e diante das variadas formas de organização social[9]. Não obstante, quem se debruce sobre a fixação do conceito de justiça, – sob o aspecto

---

bens, evitando que as pessoas sofram prejuízos. Mas as limitações devem ser aplicadas de forma equilibrada. Se um homem tenta impor restrições muito amargas à sua própria natureza, isso lhe será prejudicial. Se ele exagera ao impor limites aos outros, eles se rebelarão. Portanto, é necessário fixar limites até mesmo às limitações" (Richard Wilhelm, *I Ching. O Livro das Mutações*. São Paulo, Pensamento, 2000, p. 182).

---

3. Na célebre obra *Os trabalhos e os dias*, o poeta Hesíodo deixou consignado: "(...) *O Perse, tali cose nel cuore riponi e ascolta giustizia, e violenza dimentica. Tale è la legge che agli uomini impose il figlio di Crono: ai pesci e alle fiere e agli uccelli alati di mangiarsi fra loro, perché fra loro giustizia non c'è; ma agli uomini diede giustizia che è molto migliore; se infatti qualcuno è disposto a dare giuste sentenze cosciente, a lui dà benessere Zeus onniveggente; ma chi sai testimone e, deliberatamente, commette spergiuro e mènte e Giustizia offendendo pecca senza rimedio, oscura dopo lui la sua stirpe sarà; migliore invece sarà la stirpe dell'uomo che il giuramento rispetta*" (Hesíodo, *Opere e giorni*. Tradução italiana disponível em *www.biblio-net.com/lett_cla/traduzioni/esiodo_opere.htm*. Acesso em 23 de julho de 2004).
4. "Tudo isto nos possibilita a concluir que o justo – no sentido que aqui o entendemos – é o proporcional, e que o injusto, ao contrário, é o que nega a proporção. Na injustiça, um dos termos torna-se, então, muito grande e o outro, muito pequeno" (Aristóteles, *Obras jurídicas*. São Paulo, Ícone, 1997, p. 21).
5. Eis o excerto de onde provém o célebre brocardo: "*Ex quo illud 'summum ius summa iniuria' factum est iam tritum sermone proverbium*" (Marcus Tullius Cícero, *De officiis*. Liber Primus, X, 33. Disponível em *www.biblio-net.com/lett_cla/testi/de_officiis.htm*. Acesso em 15 de julho de 2004).
6. Como afirma Olinto A Pegoraro, "na realidade, S. Tomás prefere a definição de Aristóteles: 'a justiça é uma disposição que torna os homens aptos a realizar ações justas e que os faz agir justamente e querer coisas justas'. De fato, aqui transparece a dupla exigência da justiça: a) uma inclinação da alma que se traduz objetivamente; b) no respeito ao direito dos outros" (*Ética é justiça*. 7ª ed. Petrópolis, Vozes, 2002, p. 48).
7. A referência é de Michel Villey, *Filosofia do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2003, pp. 71/72.
8. No sentido do texto, Perelman Chaïm, *Ética e direito*, *cit.*, p. 146.
9. Assim, Mauro Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bologna, Il Mulino, 1994, p. 8: "*È mio convincimento che come la 'libertà' non è la stessa per i moderni e per gli antichi, così anche la 'giustizia' non possa trovare una definizione valida per tutti i tempi e per tutte le società*". No

distributivo ou sob o prisma comutativo, como já antevia ARISTÓTELES –, repudiará o desarrazoado, o excesso, a desigualdade, o arbítrio, a iniquidade: seja recorrendo à ideia de uma "lei universal", imposta pela razão prática, consoante KANT[10]; seja postulando uma separação radical entre o conceito de direito positivo e o de justiça, relegando esta à religião ou à metafísica social, como desejado pelo positivista KELSEN[11]; seja jungindo à justiça a noção de igualdade, como o fez BOBBIO[12]; seja com o aporte do elemento equidade ou correção (*fairness*), a partir de uma "posição original", de acordo com a teoria do liberal-igualitário RAWLS[13]; seja formulando uma "técnica do equilíbrio", segundo DWORKIN[14]; ou estabelecendo uma conexão conceitual entre a justiça, a verdade e o bem comum, como HÄBERLE[15]; ou, ainda, buscando o conteúdo de uma moral universalista, a partir da pressuposição da argumentação, como sustenta HABERMAS[16].

Com efeito, aos seres humanos, é inata uma intelecção, uma compreensão instintiva sobre as exigências de justiça[17], especialmente quando se está diante de uma situação na qual brada a arbitrariedade, a desproporção, a tirania. As crianças, por exemplo, não têm necessidade de envelhecer para apelarem às noções de imparcialidade ou de injustiça, principalmente quando uma daquelas recebe um pedaço de maçã de tamanho diverso do que recebera outra criança[18]. O desrespeito à prioridade de quem se estabeleça com antecedência em uma fila, provavelmente será tachado como iníquo[19]. Ainda neste contexto, pode-se

---

mesmo sentido, Chaïm Perelman, *Ética e direito*, *cit.*, p. 59. Já afirmava, a propósito, Michel Eyquem Montaigne, citando Cícero, que "a justiça em si, em seu estado natural, é universal e tem regras diferentes e mais elevadas do que essa justiça especial, nacional e condicionada às necessidades dos governos: 'Não temos modo sólido e positivo do verdadeiro direito e da justiça perfeita; temos apenas uma imagem dela, uma sombra'" (*Ensaios*, Livro III. 2ª ed. Brasília, Universidade de Brasília-Hucitec, 1987, p. 146).

---

10. Assim, Immanuel Kant, *Logique*. Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1997, p. 111/112. Para detalhamentos, consulte-se Ricardo Terra, *Kant & o direito*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2004, pp. 11/22.
11. *Vide*, neste sentido, Hans Kelsen, *O que é justiça?* 3ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2001, p. 299.
12. Neste sentido, Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*. Torino, Einaudi contemporanea, 1997, pp. 06/08; *Teoria generale della politica*. Torino, Biblioteca Einaudi, 1999, pp. 257/265.
13. Conforme John Rawls, *Justiça como equidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2003, pp. 55/108, 113/187, 198/204.
14. Confira-se, para detalles, Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel Derecho, 2002, pp. 246/257.
15. Assim, Peter Häberle, *Diritto e verità*. Torino, Einaudi contemporanea, 2000, p. 110.
16. Conforme Jürgen Haberlas, *De l'éthique de la discussion*. Paris, Champs Flammarion, 1992, pp. 67/72.
17. Assim, Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*. *cit.*, p. 246; John Rawls, *Justiça como eqüidade*, *cit.*, pp. 40/41; Alf Ross, *Diritto e giustizia*. Torino, Piccola Biblioteca Einaudi-Scienze sociali, 2001, p. 254; Hans Kelsen, *O que é justiça?*, *cit.*, pp. 292/293.
18. O exemplo mencionado é extraído de Alf Ross. *Diritto e giustizia*, *cit.*, p. 254.
19. Não obstante se possa constatar, como assinala espirituosamente Luís Fernando Veríssimo, que "romano não acredita em fila. Para comprar entradas num cinema, por exemplo, forma-se uma aglomeração na frente do guichê e pouco a pouco, com paciência e discretos empurrões, cada um

afirmar intuitivo, nos tempos atuais, ser a escravidão injusta[20]. Ocorre, porém, que o sentimento de justiça leva em conta, simultaneamente, várias categorias essenciais independentes, nem sempre concordantes[21], e por vezes mutuamente irreconciliáveis[22]. E como os homens diferem muito quanto a seus sentimentos, variadas serão as concepções sobre justiça[23]. Vale dizer, a percepção do sentimento de justiça é conatural ao instinto humano; mas traçar os exatos contornos do que seja justiça soa penosamente intrincado, diante das inegáveis concepções particulares que esta pode vir a assumir. Situação similar se verifica, por exemplo, quando se tenta passar à definição do que seja o belo: extremamente plausível senti-lo; dificultoso, porém, delimitá-lo com precisão[24].

Vê-se, portanto, o quão delicado é definir com precisão o que seja justiça. Muito mais confortável, nesta empreitada, recorrer-se a um procedimento negativo, no qual se parte do delineamento do *injusto*. PLATÃO, em sua célebre obra *A República*, ao buscar uma definição de justiça, examinava o que a esta repudiava, tirando proveito das conclusões negativas[25]. Tal postura ainda se reputa bastante utilizável, sendo adotada modernamente por vários jusfilósofos[26], mas, mes-

---

vai conseguindo a sua vez. É o que se poderia chamar de técnica do bolo solidário. Não há o menor sentido de prioridade ou justiça – chega primeiro ao guichê não quem chegou primeiro ao bolo, mas quem abriu seu caminho com mais decisão – mas também não há briga" (*Traçando Roma*. 4ª ed. Porto Alegre, Artes e Ofícios, 1998, p. 45).

---

20. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, *cit.*, p. 246.
21. Chaïm Perelman, *Ética e direito*, *cit.*, p. 34. O mesmo autor adverte: "A sede de justiça que incita os homens a realizarem o ideal da sociedade de seus sonhos, a se revoltarem contra a injustiça de certos atos, de certas situações, fornece uma motivação suficiente tanto para os mais sublimes sacrifícios como para os piores delitos. O mesmo ímpeto entusiasta que os lança na perseguição de um mundo melhor pode varrer sem piedade tudo quanto lhe faz obstáculo: *pereat mundus, fiat justitia*" (*op. cit.*, p. 146).
22. Assim, Hans Kelsen, *O que é justiça?*, *cit.*, p. 222. Neste passo, John Rawls, chega a afirmar, ao cuidar do chamado "equilíbrio reflexivo", que "nossos juízos refletidos não só podem diferir dos das outras pessoas, mas às vezes nossos próprios juízos contradizem-se entre si" (*Justiça como eqüidade*, *cit.*, p. 41).
23. Neste particular, como bem assinala Chaïm Perelman, "cada qual defenderá uma concepção de justiça que lhe dá razão e deixa o adversário em má posição" (*Ética e direito*, *cit.*, p. 08).
24. Indagava Denis Diderot: "Como acontece então que quase todos os homens estejam de acordo que há um *belo*; que existam tantos entre eles que o sintam vivamente onde ele está e que tão poucos saibam o que ele é?" (*Tratado sobre o belo. Obras II – Estética, poética, contos*. São Paulo, Perspectiva, 2000, p. 232).
25. Assim, Jayme Paviani, *Platão & A República*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2003, p. 24. Nos *Diálogos*, de Platão, pode-se vislumbrar a dialética travada entre Sócrates e Critão: "(...) Sóc. – Logo, jamais se deve proceder contra a justiça. Cr. – Jamais, por certo. Sóc. – Nem mesmo retribuir a injustiça com a injustiça, como pensa a multidão, pois o procedimento injusto é sempre inadmissível. Cr. – Parece que não. Sóc. – E daí? Devemos praticar maldades ou não, Critão? Cr. – Não devemos, sem dúvida, Sócrates. Sóc. – Adiante. Retribuir o mal que nos fazem é justo, como diz a multidão, ou injusto? Cr. – Absolutamente injusto. Sóc. – Sim, porque entre fazer mal a uma pessoa e cometer uma injustiça não há diferença nenhuma. Cr. – Dizes a verdade" (*Diálogos*. Critão, ou O dever. São Paulo, Cultrix, 2002, p. 127).
26. Utilizando-se de tal procedimento, *vide*, por exemplo, Karl Larenz: "Da maior importância prática é, na minha opinião, precisamente esta 'função negativa', uma vez que, segundo a experiência, é

mo a escolha do qualificativo *injusto* supõe que se apele a um critério estabelecido, a um padrão comum, às vezes até comunitário, e que não é meramente a expressão de uma opinião preconcebida[27]. Daí teóricos outros tentarem fixar *princípios* na busca da construção de uma teoria da justiça[28]. De qualquer sorte, subjacente a quaisquer tentativas de apreciação do conceito de justiça se encontrará a supressão ao excesso, à iniquidade, ao descomedimento, enfim, ao abuso, os quais intuitivamente ter-se-ão por *injustos*.

Cuidando-se de noções complexas, como as dos qualificativos justo e injusto, não existe procedimento unanimemente admitido referente ao seu manejo. Porém, necessariamente haverá um limite que não se deve transgredir: o que beira ao *desarrazoado*[29]. Ainda que nem sempre se esteja de acordo sobre a maneira de agir em determinada situação, pois várias soluções podem ser igualmente razoáveis, existe normalmente, numa comunidade humana, em dado momento, um acordo sobre o que se tem como *não razoável* e, consequentemente, como intolerável. Vê-se, portanto, que imbricada à noção de injusto tem-se a do *abuso*, a qual se interpenetra com a ideias de uso desarrazoado. Esta assume relevante papel no âmbito dos sistemas jurídicos, notadamente no que toca ao denominado *abuso do direito*[30]. O recurso à etimologia já revela a afinidade deste instituto com a iniquidade, com a ausência de razoabilidade: o vocábulo abuso deriva do latim *abusus*, significando *ab*: contra, afastamento, e *usus*: uso[31]; vale dizer, abusar de um direito significa afastar-se de seu uso normal, utilizá-lo inadequadamente[32].

---

muito mais fácil reconhecer que uma determinada resolução seria injusta do que qual seria a única justa" (*Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 257). De maneira similar, Chaïm Perelman: "O ato justo é correção, rejeição de desigualdade. A regra justa é razão, rejeição de arbitrariedade. O homem justo é consciência, rejeição da desumanidade. O ideal de justiça, tal como vive na tradição ocidental, combina todos esses pontos de vista, concedendo a prioridade a um ou a outro, conforme as visões do mundo e as disciplinas que o elaboram" (*Ética e direito*, *cit.*, p. 82).

---

27. Chaïm Perelman, *op. cit.*, p. 206.
28. Assim, por exemplo, John Rawls, o qual estabelece dois princípios de justiça: "(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdade para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença)" (*Justiça como eqüidade*, *cit.*, p. 60). Em sentido aproximado, porém com substancioso desenvolvimento, *vide* Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, *cit.*, pp. 234/275.
29. Em conformidade com o texto, Chaïm Perelman, *Ética e direito*, *cit.*, p. 682.
30. Assinala Chaïm Perelman: "É em direito (*law*) que a distinção entre o uso e o abuso, entre o uso razoável e desarrazoado de um direito (*right*), foi posto em evidência pela doutrina e pela jurisprudência. Foi por ocasião do abuso do direito de propriedade que a teoria do abuso de direito foi desenvolvida. Há abuso quando o exercício desse direito visa essencialmente a prejudicar outrem: o direito de propriedade, que antes era considerado absoluto, deixa, nesse caso, de ser protegido pelas cortes e tribunais" (op. cit. p. 682).
31. Segundo importante léxico, o vocábulo abuso tem a acepção de "mau uso ou uso errado, excessivo ou injusto" (Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. vocábulo *abuso*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986, p. 17).
32. Em idêntico sentido, recorrendo à etimologia, Sandra Levanti, *Abuso del diritto*. Disponível em *www.diritto.it/articoli/civile/levanti.html*. Acesso em 5 de março de 2004.

Tal conexão entre o abuso do direito e a intelecção do que seja injusto remete à necessária vinculação entre o direito e o comportamento moral. Ao contrário do que faziam os chamados positivistas, os quais postulavam uma precisa e nítida separação entre o direito e a moral[33], os teóricos aos quais se denominaram pós-positivistas, descontentes com tal concepção formalista do direito, "insistem na importância do elemento moral no funcionamento do direito, no papel que nele desempenham a boa-fé e a má-fé, a intenção maldosa, os bons costumes, a equidade, e tantas outras noções cujo aspecto ético não pode ser desprezado"[34]. Predomina, portanto, dentre estes a ideia de que existem conexões necessárias entre o direito e a moral, seja sob o plano conceitual, seja sob o normativo[35].

O aporte do elemento moral, bem como do substrato ético, sem dúvida, foram decisivos na tentativa de moldar ou delimitar a concepção do abuso do direito[36]. Vários jurisconsultos recorreram à noção de moral em seu intento de defender a tese de ser possível o exercício abusivo dos direitos. Assim, por exemplo, RIPERT chegou a afirmar não se cuidar de simples problema de responsabilidade civil, mas "de uma questão geral de moralidade no exercício dos direitos"[37]. Houve até quem chegasse a sustentar que o art. 2º do Código Civil suíço, ao recusar proteção legal ao abuso manifesto de um direito, "proclamou mesmo implicitamente a vitória da moral sobre o direito estrito"[38]. As tentativas de fixação dos contornos do abuso do direito, realizadas pelos legisladores ou pela doutrina, sempre se reportam a expressões como boa-fé, finalidade econômica ou social e bons costumes, as quais têm suas acepções vinculadas necessariamente a uma essência de moralidade ou de eticidade[39].

---

33. Assim, por exemplo, Hans Kelsen, *O que é justiça?*, *cit.*, pp. 230/231.
34. Chaïm Perelman. *Ética e direito*, *cit.*, p. 299. Aproximada, neste sentido, a passagem de Albert Calsamiglia, sobre Ronald Dworkin: "*En resumen, a la crítica al presupuesto de la separación absoluta entre el derecho y la moral, le conduce a la construcción de una teoría del derecho en la cual la moral y la política ocupan un lugar relevante. Dworkin se ha preocupado de analisar las relaciones entre el derecho y la moral. No ha desgajado ambas parcelas como lo habían hecho los metodólogos de la pureza*" (*Ensayo sobre Dworkin*. Los derechos en serio. Barcelona, Ariel, 2002, p. 12).
35. Robert Alexy, *Concetto e validità del diritto*. Torino, Biblioteca Einaudi, 1997, p. 20. Concepção similar, sob outra ótica, pode ser vista ainda em Adolfo Sánchez Vasquez, *Ética*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1982, pp. 80/84.
36. Oportuno, neste ponto, Rodolfo L. Vigo: "*¿El abuso es lo 'inmoral'?: Guillermo Borda, en sintonía con abundante doctrina, subraya: 'el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de este problema (el del abuso de derecho)'. Esta afirmación tomada literalmente puede ser interpretada en términos 'moralistas' en tanto no distingue Derecho de moral, con las consecuencias potenciales y actuales que ello encierra*" (*Consideraciones iusfilosóficas sobre el "abuso de derecho"*. Abuso del derecho. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 315).
37. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*. Quatrième édition. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949, p. 159.
38. Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. Quatrième édition. Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1967, p. 316.
39. Vale a citação, neste particular, da lição de Clóvis Bevilaqua: "A evolução do direito se tem operado no sentido do maior desenvolvimento e accentuação de seus intuitos ethicos, e correspondente reducção dos seus elementos egoisticos. A sociologia, comprehendendo-o como força moral

2. O ABUSO DO DIREITO. EVOLUÇÃO HISTÓRICA. DADOS DO DIREITO ESTRANGEIRO

A germinação da noção do exercício abusivo de um direito remonta, no mínimo, à velha Roma[40]. Não há, porém, opinião unânime quanto à existência de uma teoria sobre aquele instituto no direito romano. Parcela considerável de juristas sustenta que neste período já se experimentava a proscrição ao abuso do direito. Outras vozes, por sua vez, asseveram não ser possível constatar sua teorização na Roma Antiga[41].

Tal controvérsia se prende à diversidade de adágios que se contradiziam no direito romano. Com efeito, GAIO proclamava: "*Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*", o que não destoava do brocardo concebido por PAULO: "*Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*", tampouco da formulação de ULPIANO: "*Neminem lædit, nemo damnum facit, qui suo iure utitur*", todos de feição individualista. Mas, por outro lado, como bem assinalam os irmãos MAZEUD, na realidade, tais fórmulas não devem ser isoladas do contexto em que formuladas[42]. Até porque do mesmo GAIO provinha a parêmia "*Male enim nostro jure uti non debemus*"; de CELSO já se tinha que "*Ius est ars boni et æqui*"; valendo remarcar, em sentido similar, a célebre máxima de CICERO: "*summum ius, summa iniuria*", nas quais se pode antever a marcha triunfal da teoria do abuso[43]. Deve-se assentar, neste particular, que não era comum no direito romano a revogação das leis, tal qual se pratica atualmente. Promulgavam-se leis novas, mas as anteriores subsistiam, não obstante as contradições[44]. Assim, preceitos porventura contraditórios acabavam por se acomodar às exigências impostas pela evolução social. Não

---

destinada a manter o equilibrio das energias sociaes em acção, contribuiu fortemente para a solução do problema do abuso do direito" (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Volume I. Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1940, p. 430).

---

40. Preciso, como sempre, José Carlos Barbosa Moreira: "Não é nova, em absoluto, a noção de que um direito pode ser exercido de maneira irregular: rastrear-lhe o histórico levaria o pesquisador, quando menos, à velha Roma" (Abuso do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 13. Rio de Janeiro, Padma, jan./mar., 2003, p. 97).
41. Assim, Giuseppe Grosso, *Abuso del diritto (diritto romano)*. Enciclopedia del Diritto. V. I. Milano, Giuffrè, 1958, p. 161; Orlando Gomes. *Introdução ao direito civil*. 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 131; Heloísa Carpena. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 39.
42. Henri Mazeaud; Léon Mazeaud; Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*. Tome deuxieme. Paris, Montchrestien, 1956, p. 391.
43. Assim, Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*. Deuxième édition. Paris, Dalloz, 1939, pp. 3/4.
44. Fustel de Coulanges, *A cidade antiga*. Rio de Janeiro, Ediouro, 2003, p. 246. Como assevera o mesmo autor, o "Código de Drácon não foi abolido pelo de Sólon, nem as Leis Reais pelas Doze Tábuas. A pedra onde a lei estava gravada era inviolável; quando muito, os menos escrupulosos se atreviam a interpretá-la a seu modo. Este princípio foi a causa maior da grande confusão observada no direito antigo. Leis opostas e de diferentes épocas estavam reunidas e todas deviam ser igualmente respeitadas" (*op. cit.*, pp. 246/247).

restam dúvidas, porém, que a ideia do exercício abusivo dos direitos já se fazia presente no direito romano[45]. O que não se tinha, àquela época, era tão-somente uma teoria perfeitamente delineada sobre o abuso do direito, nos moldes em que formulada modernamente[46].

Com o advento da Idade Média, desenvolveu-se a teoria dos atos emulativos, cujas origens já se encontravam no direito romano (*aemulatio*)[47], e que se pode considerar como um imediato antecedente da teoria do abuso do direito[48]. Para a caracterização do ato emulativo se fazia necessário: "*a*) o exercício de um direito; *b*) que desse exercício resultasse um dano a terceiro; *c*) que o ato realizado fosse inútil para o agente; *d*) que a realização fosse determinada exclusivamente pela intenção de causar dano a outrem"[49]. O titular do direito agiria com *animus nocendi* ou *vexandi*[50], vale dizer, com fito exclusivo de prejudicar.

Contudo, somente no final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, se veio a assistir a uma intensa fermentação de ideias, sobretudo na França, que conduziriam à teoria do abuso do direito. O liberalismo individualista anterior àquele período teve de ceder passo, não sem grandes resistências, à emergente doutrina sobre a *relatividade dos direitos subjetivos*[51], cujo principal entusiasta

---

45. Neste sentido, Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits.*, *cit.*, pp. 3/4. Henri Mazeaud; Léon Mazeaud; Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*, *cit.*, p. 391; Ludwig Enneccerus; Theodor Kipp; Martin Wolff. *Derecho civil (parte general)*. Primer Tomo, II. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1935, p. 531; Jorge Americano, *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1932, pp. 9/13; Pedro Baptista Martins, *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 17; Alexandre Augusto de Castro Corrêa, *Abuso de direito (direito romano)*. Enciclopédia Saraiva de Direito. V. 2. São Paulo, Saraiva, 1977, p. 48; Rodolfo L. Vigo, *Consideraciones iusfilosóficas sobre el "abuso de derecho"*, *cit.*, p. 310.
46. Neste sentido, Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos Editora, 1996, p. 534. Vale citar, neste passo, a lição de Francisco dos Santos Amaral Neto: "vários textos do direito clássico parecem demonstrar a existência desta teoria (D. 24.1.63; D. 30.1.43.1; Gaio I.53; Cl, 8.51.2). Não obstante estes textos, opinião predominante assevera não existir em Roma essa teoria. As leis, a equidade e a jurisdição imperial e pretoriana eram suficientes para corrigir o abuso do direito, não se sentindo a necessidade de construir uma teoria a esse respeito" (Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro. Permanência ou superação de paradigmas romanos? *Revista de Direito Civil*, v. 19, nº 71. São Paulo, Revista dos Tribunais, jan./mar., 1995, p. 82).
47. Comentando os textos romanos, Vittorio Scialoja asseverou: "*Ma di fronte a questi testi ce ne sono degli altri dai quali si è voluto trarre questa regola che limiterebbe quella più generale ora enunciata: ossia che l'esercizio del proprio diritto diventa ingiusto quando colui che l'esercita non lo fa per giovare a se stesso, ma lo fa collo scopo di nuocere ad altri. Questo scopo, questa intenzione di nuocere ad altri è quella che secondo una volgare terminologia si dice animus aemulandi oppure agire ad aemulationem. Sicchè la regola si può formulare così: è proibito di agire ad aemulationem*" (*Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*. Roma, Anonima Romana Editoriale, 1936, p. 19).
48. Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 99.
49. Pedro Baptista Martins, *O abuso do direito e o ato ilícito*, *cit.*, p. 18.
50. Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, *cit.*, p. 99.
51. Com precisão, consigna José Carlos Barbosa Moreira: "na época do individualismo burguês triunfante, bem estreito era o terreno propício ao florescimento de uma doutrina assente sobre a hipótese, então pouco prestigiosa, da *relatividade* dos direitos subjetivos" (*Abuso do direito*, *cit.*, p. 97).

foi JOSSERAND[52]. A oposição a esta teoria, porém, não foi de pouca monta. Escritores houve, como PLANIOL, que chegaram a encarar o instituto do abuso do direito como verdadeira contradição resultante de sua própria denominação, afirmando que um ato não pode, ao mesmo tempo, ser conforme ao direito e contrário ao direito[53].

Todavia, os direitos até então tidos como absolutos (como, por exemplo, o direito de propriedade)[54] não se coadunavam com a realidade vigente, tendo de se curvar à tese da relatividade, pois, "se pudessem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita, com indiferença, se não desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas, a despeito das intransigências deles, fruto da crença a que se aludiu, a vida sempre obrigou a que os direitos se adaptassem entre si, no plano do exercício"[55]. Assim, passou-se à compreensão predominante de que o direito, em verdade, não é um conceito absoluto, havendo limites ao seu exercício[56].

Contribuiu enormemente para a construção da teoria do abuso do direito, precedendo inclusive à doutrina, a jurisprudência dos Tribunais, sobretudo na França. A literatura jurídica registra uma decisão do Tribunal de Colmar, proferida em 1855, na qual foi condenado um proprietário que construíra sobre sua casa uma falsa, volumosa e inútil chaminé, em frente à janela de um vizinho,

---

52. Imprescindível a consulta a Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*. Deuxième édition. Paris, Dalloz, 1939. Eis as primeiras frases que iniciam a referida obra: "*Les vues de l'esprit les plus simples et les plus sûres ne sont pas toujours celles qui rencontrent le plus crédit auprès de la conscience universelle, ni même auprès de la conscience juridique: alors que des sophismes spécieux résistent indéfiniment à la action du temps comme à celle de la critique, il est des vérités éternelles, des idées-forces, ou, pour parler le langage anglo-saxon, des 'standards' fondamentaux qui, bien que représentant l'armature de toutes les législations à toute époque et dans tout pays, se trouvent périodiquement ou constamment sujets à contestation, à régression, voire même à négation: de ce nombre est le concept de la relativité, et par conséquent de l'abus des droits qui constitue une des pièces maîtresses des systèmes juridiques de tous les pays civilisés, ou, plus exactement, l'atmosphère, le 'climat' dans lequel ces systèmes se développent et se réalisent*" (*op. cit.*, p. 1).
53. Deixou consignado Marcel Planiol: "*le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir usage abusive d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit. Ce qui est vrai, c'est que les droits ne sont presque jamais absolut; la plupart sont limités dans leur étendue et soumis pour leur exercice à des conditions diverses. Quand on sort des ces limites ou qu'on n'observe pas ces conditions, on agit en réalité sans droit. Il peut donc y avoir des abus dans la conduite des hommes, mais ce n'est pas quand ils exercent leurs droits, c'est quand ils les dépassent; l'homme abuse des choses, il n'abuse pas des droits*" (*Traité élémentaire de droit civil*. Tome Deuxième. Troisième édition. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, p. 337).
54. Dispõe o art. 544 do Código Civil napoleônico de 1804: "*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlaments*".
55. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 354.
56. Mariano D'Amelio, *Abuso del diritto*. Nuovo Digesto italiano. Torino, Unione Tipográfico-Editrice Torinese, 1937, p. 49. Na doutrina brasileira, no mesmo sentido, Jorge Americano, *Do abuso do direito no exercício da demanda*, *cit.*, p. 41.

com o único objetivo de tapar a este a entrada de luz. A Corte determinou a demolição da chaminé construída, deixando a salvo, ainda, o direito do vizinho ao ressarcimento[57]. Já em 1856, o Tribunal de Lyon decidiu uma lide em que certo proprietário havia adaptado à sua fonte de água mineral uma bomba cujo jarro contínuo determinava uma diminuição de aproximadamente dois terços no rendimento de uma outra fonte existente em terreno contíguo. A intenção maliciosa do proprietário se revelava pelo fato de nenhuma utilização ter sido extraída do aumento da quantidade de água que jorrava de sua fonte, que, aliás, se perdia em um córrego vizinho, sem nenhum proveito para aquele. Condenando-o, o Tribunal deixou consignado que o direito do proprietário encontra limites na obrigação de permitir que o vizinho goze de seu direito, bem como não ser juridicamente tolerável um ato inspirado exclusivamente na intenção de prejudicar[58]. Célebre ainda foi o *affaire Clément Bayard*: um proprietário da região de *Pierrefond* foi condenado pela Corte de Amiens, em 1912, pelo fato de ter erguido em seu terreno, próximo de um hangar de balões dirigíveis, altas torres de madeira, nos vértices das quais instalou lanças de ferro capazes de danificar os balões que se alçavam ou aterrissavam. Considerou a Corte que era manifesto o propósito de prejudicar, faltando ao proprietário do terreno qualquer interesse ou utilidade em erigir as torres[59].

À teorização do abuso do direto não ficaram alheios os legisladores dos mais diversos países. Contudo, apesar de o desenvolvimento da teoria ter-se devido à sensibilidade da jurisprudência e doutrina francesas, não encontrou amparo no Código Civil napoleônico de 1804, ainda excessivamente impregnado de concepções individualistas[60]. A primazia no plano legislativo parece ter sido do Código Civil alemão de 1900, o qual em seu § 226 dispôs, dando ênfase à intenção de prejudicar, o seguinte: "*Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*"[61]. Por sua vez, e com conotação um pouco distinta da alemã, sem a alusão ao escopo emulativo[62], o

57. O caso é citado por Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, *cit.*, pp. 109/110.
58. O exemplo é mencionado por Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droit*, cit, pp. 30/31.
59. Também este caso foi trazido à colação por Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droit*, *cit.*, p. 27/28.
60. Deixou consignado, a este respeito, Pontes de Miranda: "Quando, no começo do presente século, Marcel Planiol, L. Barde, A. Esmein e outros se opõem em atitude hostil à teoria do abuso do direito, ou do abuso do exercício do direito, *ainda* representavam a mentalidade que presidiu à feitura do Code Napoléon" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, *cit.*, p. 355).
61. "É inadmissível o exercício de um direito, quando só possa ter o fim de causar dano a outrem" (tradução livre do autor).
62. Consoante anota comparativamente, Sandra Levanti, "*il modelo tedesco reca, infatti, la regola, frutto di generalizzazione dell'antico divieto di atti di emulazione, secondo la quale 'l'esercizio del diritto è inammissibile se può avere il solo scopo di provocare danno ad altri'; l'art. 2 del codice civile svizzero ha adottato la più ampia formulazione secondo la quale 'il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge'*" (*Abuso del diritto*. Disponível em *www.diritto.it/articoli/civile/levanti.html*. Acesso em 5 de março de 2004).

Código Civil suíço, de 1907, em seu art. 2º, estatuiu: "*Art. 2 – 1. Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi; 2. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi*".

Na Itália, da redação original do Código Civil de 1942 não constou nenhuma cláusula genérica de vedação ao abuso do direito[63]. Não obstante, parcela da doutrina, com fulcro em algumas disposições esparsas daquele Código, tem enxergado a adoção da teoria do abuso. Uma das regras utilizadas consiste no art. 883, o qual, ao dispor sobre o direito de propriedade, proibiu os chamados atos emulativos: "*Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri*"[64].

Em Portugal, o Código Civil de 1966 dispôs em seu art. 334 que "é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito"[65].

O Código Civil espanhol de 1889, inicialmente não fez previsão quanto ao abuso de direito; todavia, seu Título Preliminar foi reformado em 1974, e passou o art. 7.2 a contar com a seguinte redação: "*La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*".

Passando a terrenos latino-americanos, no México, o *Código Civil para el Distrito Federal en materia comun y para toda la República en materia federal*, de 1928, dispôs em seu artigo 1912: "*Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho solo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho*".

Na Argentina, por força da Lei nº 17.711, de 1968, o art. 1.071 do Código Civil argentino passou a abrigar a teoria do abuso do direito nos termos seguintes: "*El ejercicio regular de un derecho proprio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercício abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al*

---

63. Porém, observa, Sandra Levanti que o projeto preliminar do Código Civil, em seu art. 7º, proclamava em termos gerais que "*nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto*", mas tal regra não chegou a integrar o texto definitivo do referido Código (*Abuso del diritto*. Disponível em *http://www.diritto.it/articoli/civile/levanti.html*. Acesso em 5 de março de 2004).
64. No sentido exposto no texto, *vide* Anna Canova, *Atti emulativi e abusi del diritto proprio*. Disponível em *http://www.giuridicamente.com/atti.html*. Acesso em 2 de agosto de 2004.
65. Na doutrina portuguesa, para maiores detalhamentos sobre o abuso do direito, *vide*, por todos, Fernando Cunha de Sá, *Abuso do direito*. Coimbra, Almedina, 1997.

reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres"[66].

Ainda na América do Sul, a Bolívia, no art. 107 do Código Civil de 1976, adotou expressamente a teoria do abuso do direito, proibindo ainda os atos emulativos: "*El proprietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros y, en general, no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se le ha conferido el derecho*".

Ao Código Civil da Venezuela, de 1982, também não escapou a tratativa no abuso do direito, dispondo em seu artigo 1.185: "*El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, esta obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho*".

Já o Paraguai, no art. 372 do Código Civil de 1985, estatuiu: "*Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propria, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente*".

Desenvolvimento peculiar do abuso do direito pode observar-se no ordenamento jurídico peruano. De início, o Código Civil de 1936, no *artículo II* de seu Título Preliminar, estabeleceu: "*La ley no ampara el abuso del derecho*"; em 1984, outro Código Civil substituiu aquele, dispondo, também no mesmo articulo II de seu Título Preliminar, que "*la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho. Al demandar, el interessado puede solicitar las medidas cautelares apropriadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso*". Contudo, tal norma foi modificada em 1992, por intermédio do *decreto-ley 25.490*, ganhando ainda maior amplitude: "*La ley no ampara el ejercício ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u outra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso*". A evolução do abuso do direito no Peru[67] terminou por chegar ao patamar de norma constitucional: a Constituição peruana de 1993, na quarta alínea de seu art. 103 estabeleceu: "*La Constitución no ampara el abuso del derecho*".

---

66. Sobre o abuso do direito na Argentina, *vide*, em especial, Aída Kemelmajer de Carlucci, *Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina*. Revista de Derecho Privado y Comunitario. nº 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 209/286; No mesmo sentido, Luis Moisset de Espanés, *El abuso del derecho*. Disponível em *www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf*. Acesso em 23 de julho de 2004.
67. Especificamente sobre o Peru, *vide* Marcial Rubio Correa, El abuso del derecho en el Perú. Abuso del derecho, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 193/207.

Mesmo em terrenos distantes do Ocidente, como por exemplo em Macau, pode-se atestar a proscrição ao abuso do direito. Este país, no art. 326º de seu Código Civil vigente em 1999, adotou regra idêntica àquela que prescrevera o antigo colonizador português em 1966: "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito". Ainda no Oriente, na República Popular da China, embora sem referência expressa à vedação ao abuso do direito, consagrou o artigo 7 dos Princípios Gerais do Direito Civil, adotados em 1986: "*Civil activities shall have respect for social ethics and shall not harm the public interest, undermine state economic plans or disrupt social economic order*".

No Brasil, o Código Civil de 1916 não se referiu de maneira explícita à figura do abuso do direito[68]. O art. 160, I, daquele diploma estatuía não constituírem atos ilícitos os praticados "no exercício regular de um direito reconhecido". Por força da expressão "exercício regular", a doutrina civilística passou a afirmar que, utilizando-se de interpretação *a contrario sensu*, pode-se constatar que o Código consagrou, ainda indiretamente e de modo genérico, a tese do abuso do direito[69]. Também se enxergou no art. 554 do mesmo Diploma[70], quando da repressão ao uso nocivo da propriedade, uma aplicação da referida teoria[71]. Mas o Código de Processo Civil de 1939, sobretudo em seu art. 3º, fez alusão expressa ao instituto[72]. O recente Código Civil de 2002 cuida do abuso do direito em seu art. 187, o qual estatui: "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". Ressalte-se, por oportuno, que a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, XXIII, já havia determi-

---

68. Contudo, ainda na época do Império, à figura do abuso do direito fez alusão a Lei de 20 de setembro de 1830, a qual dispôs sobre o abuso da liberdade de imprensa. O art. 1º desta Lei estatuía: "Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela imprensa sem dependencia de censura, com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commeterem em exercicio deste direito, nos casos e pela fórma que esta Lei prescreve. Constituição art. 179, § 4º".
69. Neste sentido, Clóvis Bevilaqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Volume I, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1940, p. 429; J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*. Parte Geral. Volume III. 4ª ed. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1950, p. 338; Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos Editora, 1996, p. 536; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*. 1º Volume. 30ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 282; Sílvio Rodrigues, *Direito Civil. Parte geral*. Volume I. 18ª ed. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 337; José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito, cit.*, p. 100.
70. Estatuía o art. 554 do Código Civil brasileiro de 1916: "O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam".
71. Assim, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, Volume I. 16ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 431.
72. Dispunha o art. 3º do Código de Processo Civil de 1939: "Responderá por perdas e danos a parte que intentar a demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro. Parágrafo único: O abuso do direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo".

nado que "a propriedade atenderá a sua função social", estabelecendo regras sobre a função social da propriedade urbana (art. 182, § 2º) e rural (art. 186)[73].

Atualmente, os reclamos ao abuso do direito podem ser verificados nos mais variados setores do universo jurídico[74]. Decerto, a teoria fincou raízes e se desenvolveu no direito privado, com os principais dispositivos a regulamentar a matéria sendo encontrados, de início, em códigos e leis civis. Não obstante, a tese encontrou guarida legislativa nos mais diversos ramos do direito, chegando ao ponto de se erigir em verdadeiro *princípio geral*[75].

No próprio direito civil, o abuso pode verificar-se, *e.g.*, no direito de propriedade, nas relações contratuais[76], no exercício do pátrio poder (hoje melhor denominado *poder familiar* pelo art. 1603 do Código Civil de 2002)[77] e mesmo nas relações conjugais[78]. No campo empresarial, é comum a invocação do abuso do direito por maiorias ou minorias societárias[79] e, como dispunha a anterior Lei de

---

73. Dispõe o art. 182, § 2º, da Constituição da República de 1988: "A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor". Já o art. 186 da mesma Carta estatui: "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".
74. Neste sentido, dentre inúmeros, cite-se, na doutrina italiana, Anna Canova. *Atti emulativi e abusi del diritto proprio*. Disponível em *http://www.giuridicamente.com/atti.html*. Acesso em 15 de agosto de 2004. *Vide*, ainda, com amplo apanhado de hipóteses concretas, Aída Kemelmajer de Carlucci. *Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina*, *op. cit.*, p. 209/286.
75. Assim, Ludwig Enneccerus; Theodor Kipp; Martin Wolf, *Derecho civil (parte general)*. Primer Tomo, II. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1935, p. 532/533. Bem ressalta Chaim Perelman: "Mas essa teoria do abuso de direito pode ser generalizada. Todo uso desarrazoado de um poder discricionário será censurado como abusivo, e isto em todos os ramos do direito" (*Ética e direito*, *cit.*, p. 682).
76. A respeito deste tema, em especial, *vide*, Rosalice Fidalgo Pinheiro, *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
77. Preciso, no tocante à nomenclatura, José Carlos Barbosa Moreira: "Certos exemplos afiguram-se impertinentes, porque não se referem a *direitos* propriamente ditos, senão a *poderes-deveres* que o ordenamento outorga a determinadas pessoas no interesse de outra (ou de outras). É o que se dá com o 'poder paternal' (entre nós se diria 'poder familiar': art. 1.603 do novo Código Civil), a que só em acepção pouco técnica se pode chamar 'direito'. Decerto pode ocorrer abuso no exercício desses poderes-deveres" (*Abuso do direito*, *cit.*, p. 106/107).
78. Sobre o abuso nas relações conjugais, consulte-se, na doutrina argentina, Eduardo A. Zannoni, *El abuso de derecho y las relaciones conyugales*. Abuso del derecho. *Revista de Derecho Privado y Comunitário*, nº 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 127/137.
79. A Lei nº 6.404/76, que dispôs sobre as sociedades por ações, regulamentou em seu art. 115 o abuso do direito de voto: "Art. 115. O acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia; considerar-se-á *abusivo* o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. (...) § 3º O acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido" (*o grifo não consta do original*). Especificamente na doutrina argentina, *vide* Héctor Alegria, *El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas*. Abuso del derecho. *Revista de Derecho Privado y Comunitário*, nº 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 319/392.

Falimentar (art. 20 do Decreto-lei nº 7.661/45)[80], nos requerimentos abusivos de falência. Nas relações de consumo a figura do abuso também pode fazer-se presente no âmbito contratual, com as chamadas cláusulas abusivas[81], ou mesmo em questões relativas à desconsideração da personalidade jurídica[82]. Ainda se pode vislumbrar o referido instituto no direito do trabalho, *v.g.*, no exercício abusivo do direito de greve (art. 14 da Lei nº 7.783/89)[83]. No direito administrativo, a faceta do abuso do direito se desenvolveu por intermédio da teoria do abuso de poder, do qual constituem espécies o abuso e o excesso de poder na prática de atos administrativos[84]. Relativamente ao direito penal, o abuso de autoridade foi erigido à categoria de ilícito penal, nos termos da Lei nº 4.898/65. No direito eleitoral, o abuso pode surgir, por exemplo, no procedimento eletivo[85]. O abuso também pode verificar-se no direito processual civil[86], por exemplo,

---

80. Dispunha o art. 20 da Decreto-lei nº 7.661/45 (a já revogada Lei de Falências): "Quem por dolo requerer a falência de outrem, será condenado, na sentença que denegar a falência, em primeira ou segunda instância, a indenizar ao devedor, liquidando-se na execução da sentença as perdas e danos. Sendo a falência requerida por mais de uma pessoa, serão solidariamente responsáveis os requerentes. Parágrafo único. Por ação própria, pode o prejudicado reclamar a indenização, no caso de culpa ou *abuso* do requerente da falência denegada" (grifo nosso).
81. *Vide*, por exemplo, os arts. 51 a 53 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), os quais se inserem na Seção II, do Capítulo VI do referido Diploma, a qual se denomina *Das cláusulas abusivas*. Quanto a esta particularidade, *vide* a primorosa obra de Heloísa Carpena, *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
82. Regulamentando a desconsideração da personalidade jurídica, dispôs o art. 28 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor): "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" (grifos nossos).
83. Preceitua o art. 14 da Lei nº 7.783/89: "Art. 14. Constitui *abuso do direito de greve* a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho. Parágrafo único. Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício direito de greve a paralisação que: I – tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição; II – seja motivada pela superveniência de fatos novos ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho" (grifos nossos).
84. Assim, Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, pp. 78/79.
85. Discorrendo sobre o assunto, Emerson Garcia deixou consignado: "Especificamente no âmbito do procedimento eletivo, identificar-se-á o ato abusivo sempre que alguém, ao exercer o seu direito, prejudicar o direito de igualdade de todos no pleito, afetando sua normalidade e legitimidade" (O abuso de poder no procedimento eletivo. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11. jan./jul. de 2000, p. 95).
86. Com maior desenvolvimento, pode-se consultar, na doutrina argentina, a obra coletiva dirigida por Jorge W. Peyrano e coordenada por Juan Alberto Rambaldo, *Abuso procesal*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001. Ainda na doutrina argentina, *vide* Alberto Luis Maurino. *Abuso del derecho en el proceso*. Buenos Aires, La Ley, 2001. Na doutrina brasileira, *vide* a obra coletiva, coordenada por José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000; e, ainda, Rui Stoco, *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, e Brunela Vieira de Vincenzi, *A boa-fé no processo civil*. São Paulo, Editora Atlas, 2003.

com o instituto da litigância de má-fé (art. 17 do Código de Processo Civil)[87] e na hipótese de interposição do recurso de embargos de declaração com caráter manifestamente protelatório (art. 538 do Código de Processo Civil). Igualmente no processo penal, *v.g.*, na inadmissão da fungibilidade recursal quando o recorrente tenha procedido de má-fé (art. 579 do Código de Processo Penal). Ajunte-se que neste ramo do direito processual, em vários outros institutos e matérias, a figura do abuso do direito vem ganhando especial tratativa, de acordo com o que vêm estatuindo as mais recentes codificações latino-americanas, como na Venezuela[88], no Paraguai[89], na Colômbia[90] e no Equador[91]. Frise-se que até mesmo no ramo do direito internacional público podem os Estados soberanos exercer abusivamente direitos que lhe são conferidos[92].

---

87. Estatui o art. 17 do Código de Processo Civil: "Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidentes manifestamente infundados; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório". Para maiores detalhes, em doutrina, *vide* Ana Lúcia Iucker Meirelles de Oliveira, *Litigância de má-fé*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

88. Assim, por exemplo, o *Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela*, de 1998, que em seu artigo 102, dispôs: "*Artículo 102. Buena Fe. Las partes deben litigar con buena fe, evitando los planteamientos dilatorios, meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este Código les concede. Se evitará, en forma especial, solicitar la privación preventiva de libertad del imputado cuando ella no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del proceso*".

89. O *Codigo Procesal Penal* do *Paraguay*, também do ano de 1998, dispôs em seu artigo 112: "*Artículo 112. Buena Fe. Las partes deberán litigar con buena fe, evitando los planteos dilatorios y cualquier abuso de las facultades que este código les concede. No se peticionará la prisión preventiva del procesado cuando élla no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del procedimiento* (...).

90. No ano de 2000, o *Código de Procedimiento Penal* da Colômbia, estabeleceu em seu artigo 17: "*Artículo 17. Lealtad. Quienes intervienen en la actuación procesal están en el deber de hacerlo con absoluta lealtad y buena fe. Deben obrar sin temeridad en el ejercicio de los derechos y deberes procesales*". Em seu artículo 146, o mesmo Código cuidou das condutas temerárias e da má-fé processual: "*Artículo 146. Temeridad o mala fe. Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal en la denuncia, recurso, incidente o cualquier otra petición formulada dentro de la actuación procesal; 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; 3. Cuando se utilice cualquier actuación procesal para fines claramente ilegales, dolosos o fraudulentos; 4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas u otra diligencia; 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal de la actuación procesal*".

91. No mesmo ano de 2000, o *Código de Procedimiento Penal do Equador*, permitiu em seu art. 249 a responsabilização do acusador particular quando tiver atuado de maneira temerária ou maliciosa: "*Art. 249. Acciones por denuncia o acusación temerarias o maliciosas. Si la denuncia o la acusación particular han sido calificadas en el auto de sobreseimiento definitivo como maliciosas o temerarias el que obtuvo a su favor el sobreseimiento podrá ejercer contra el denunciante o el acusador, las acciones respectivas conforme a lo establecido en este Código*".

92. Neste sentido, consulte-se Celso de Albuquerque Mello, *Responsabilidade internacional do Estado*. Rio de Janeiro, Renovar, 1995, p. 163.

3. A CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO SEGUNDO O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil de 2002, de maneira inovadora em relação ao texto revogado, consagrou como regra geral, e de forma expressa, o instituto do abuso do direito, embora sem utilizar-se desta nomenclatura. Inspirando-se o legislador brasileiro no art. 334 do Código Civil português de 1966, fez constar do art. 187 do novo Código Civil: "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". A redação do dispositivo, com a expressão "*também*", faz transparecer que, *de lege lata*, houve subsunção do abuso do direito ao ato ilícito. Este teria duas espécies: a violação de direito alheio, prevista no 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"), e o abuso do direito (art. 187).

Contudo, apesar de certa resistência doutrinária[93], pode-se afirmar que as figuras do abuso do direito e do ato ilícito distinguem-se de maneira nítida. Com efeito, "o ilícito, sendo resultante da violação de limites formais, pressupõe a existência de concretas proibições normativas, ou seja, é a própria lei que irá fixar limites para o exercício do direito. No abuso não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus valores fundamentais"[94]. Com o comportamento abusivo há obediência apenas aos limites objetivos do preceito legal, mas fere-se ostensivamente a destinação do direito[95]. Mas tanto à violação de direito alheio (art. 186) quanto ao abuso do direito (art. 187) atribuiu-se uma consequência comum, segundo o art. 927 do Código Civil: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

---

93. Já sob a égide do Código Civil de 1916, sustentava a identificação do abuso do direito ao ato ilícito, Americano, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1932, p. 40. Igualmente, Everardo da Cunha Luna, *O abuso de direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 55; J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*. Parte Geral. Volume III. 4ª ed. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1950, pp. 338/339; Paulo Dourado de Gusmão, Abuso do direito, velho tema, sempre atual. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, vol. 20, julho/dezembro 1974, p. 56.
94. Heloísa Carpena, *O abuso do direito no Código Civil de 2002*. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. A Parte Geral do novo Código Civil (Org. Gustavo Tepedino). 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 382. No mesmo sentido, também diante do Código Civil brasileiro de 2002, Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*. Volume I. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 608. Neste particular, cabe trazer à colação a ponderação de José Carlos Barbosa Moreira: "Semelhante equiparação, já se registrou, não é pacífica em doutrina. E, na verdade, parece razoável, do ponto de vista teórico, o entendimento que distingue as duas figuras. Uma é a situação de quem, sem poder invocar a titularidade de direito algum, simplesmente viola direito *alheio*: seria esse o autêntico perfil do ato ilícito. Outra situação é a daquele que, sendo titular de um direito, *irregularmente o exerce*" (*Abuso do direito*, *cit.*, p. 104). Ainda na mesma esteira, mas sob a égide do Código Civil de 1916, Orlando Gomes. *Introdução ao direito civil*, 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 135.
95. Alvino Lima, Abuso de direito. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro* (Org. J. M. Carvalho Santos). Volume I. Rio de Janeiro, Borsoi, s/d., p. 326.

Uma observação que se faz à redação do dispositivo constante do art. 187 do Estatuto Civil de 2002 consiste no emprego da expressão "exercê-lo", a qual poderia induzir à conclusão de que a omissão não poderia ser qualificada como abusiva[96]. Contudo, ao contrário do que se possa tentar extrair de uma leitura apressada, o uso desarrazoado de um direito pode consistir também em atitude omissiva por parte de seu titular, vale dizer, o *uso desarrazoado* ou o *mal uso* de um direito podem ser provenientes tanto de um ato comissivo quanto de um *non facere*[97]. Neste particular, vale remarcar que a esta faceta do abuso não ficou desatento o legislador peruano, ao reformar o Código Civil de 1984[98].

Para a caracterização do abuso do direito, a pedra de toque fundamental é a ultrapassagem de determinados limites, quando do respectivo exercício do direito[99]. Tais limites, de acordo com o art. 187 do Código Civil, podem ser impostos: *a*) pelo fim econômico ou social do direito exercido; *b*) pela boa-fé; *c*) pelos bons costumes. "O titular precisa exceder *ao menos uma* dessas categorias de limites. Não é necessário que exceda *mais de uma*: a enumeração é alternativa, não cumulativa"[100]. As expressões elencadas como critérios para a aferição do ato abusivo se consubstanciam em conceitos juridicamente indeterminados[101], com-

96. Considerando possível que o ato de omissão no exercício e um direito possa ser qualificado como abusivo, Heloísa Carpena, *O abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, *cit.*, p. 393. Na mesma passagem, assevera a autora: "Vale lembrar que até mesmo o ato de disposição ou de aquisição pode configurar o abuso, não se cuidando tampouco de exercício do direito".

97. Sobre este aspecto, deixou assentado Fernando Cunha de Sá: "exercer significa assumir um comportamento e neste tanto cabe a acção como a omissão e quer a acção que representa a directa actuação do conteúdo qualificado em termos de direito subjetivo como a sua defesa mediante o emprego das diversas formas de tutela de um direito" (*Abuso do direito*. Coimbra, Almedina, 1997, p. 212).

98. O *artículo II* do *Título Preliminar* do Código Civil peruano de 1984 foi modificado em 1992, por intermédio do *decreto-ley 25.490*, ganhando maior amplitude, o que fez com que abarcasse a omissão abusiva, e permitisse também a tutela cautelar a fim de prevenir ou suprimir o abuso do direito. Tal dispositivo passou a contar com a seguinte redação: "*La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso*".

99. De acordo com o texto, Heloísa Carpena, *O abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, *cit.*, p. 380.

100. José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito*, *cit.*, p. 105.

101. A pena precisa de José Carlos Barbosa Moreira deixou consignado: "Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da *subsunção* – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato –, o cuidado de 'preencher os claros', de cobrir os 'espaços em branco'. A doutrina costuma falar, ao propósito, em 'conceitos juridicamente indeterminados' (*Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. Temas de Direito Processual. Segunda Série. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 64).

petindo ao aplicador da norma dar-lhes concreção, por intermédio das chamadas regras de experiência, tendo em vista as características de cada espécie. De qualquer forma, quanto aos limites impostos pelo "fim econômico ou social", muitas vezes não será fácil alcançar a sua exata significação, pois nem sempre é transparente a finalidade em virtude da qual se atribui um direito a alguém. Não assim, por exemplo, em hipóteses relacionadas com o do direito de propriedade, o qual, segundo a dicção do art. 5º, XXIII, da Constituição da República de 1988, deve atender à sua função social, a qual é especificada nos arts. 182, § 2º, e 186 da mesma Carta Constitucional. Já a boa-fé a que alude o art. 187 do Código Civil consiste na chamada boa-fé *objetiva*[102], em cujo conceito estão subentendidas as regras de conduta fundadas na honestidade, na lealdade, na retidão, em consideração e cooperação com a outra parte, ou, ainda, com a sociedade[103]. À última das expressões utilizadas pelo legislador, "bons costumes", pode-se designar como "o conjunto de normas éticas geralmente observadas e tidas como relevantes para a preservação do equilíbrio nas relações mútuas entre os membro da comunidade"[104].

Dentro deste prisma de caracterização do ato abusivo, cumpre ainda verificar se para ela concorre a *intenção de prejudicar* por parte daquele que exerce o seu direito de maneira irregular; ou se a identificação deve ser feita com base em dados objetivos, como, por exemplo, a incompatibilidade entre o comportamento adotado e o fim econômico ou social visado pela norma atributiva do direito. Ao contrário do que estatuiu, por exemplo, o § 226 do Código Civil alemão, não fez o legislador brasileiro alusão à intenção de prejudicar; e muito menos requer a norma do art. 187 do Código Civil tenha o comportamento do agente esse fim como o único[105].

Assim, o exercício abusivo de um direito não se restringe às hipóteses nas quais se ateste o nítido o intento de prejudicar, de causar dano. Embora o elemento subjetivo revelado pela atitude dolosa ou culposa possa integrar a noção do ato abusivo, não é essencial à sua configuração, pois, para tanto, a análise deve circunscrever-se ao desvio finalístico do exercício do direito[106]. Cuida-se da adoção do critério do *motivo legítimo*, o qual se extrai das condições objetivas nas quais foi exercido o direito, cotejando-as com sua finalidade e com a missão social que lhe é atribuída, com o padrão de comportamento dado pela boa-fé e

---

102. Assim, Heloísa Carpena, *O abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, *cit.*, p. 391.
103. Assim, Brunela Vieira de Vincenzi, *A boa-fé no processo civil*. São Paulo, Atlas, 2003, p. 159.
104. José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito*, *cit.*, p. 106.
105. Neste sentido, José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito*, *cit.*, p. 105.
106. Assim, Sílvio de Salvo Venosa: "O novo Código, de forma elegante e concisa, prescinde da noção de culpa, no art. 187, para adotar o critério objetivo-finalístico. É válida, portanto, a afirmação apresentada de que o critério de culpa é acidental e não essencial para a configuração do abuso" (*Direito Civil*. Volume I, *cit.*, p. 609).

com a consciência dominante, expressa no conceito de bons costumes[107]. Portanto, deve ser adotado um critério *objetivo* na verificação do ato abusivo[108].

Ressalve-se, contudo que o próprio Código Civil, no art. 1.228, § 2º, ao regulamentar o direito de propriedade, afastou-se do critério objetivo, fazendo expressa menção ao *animus nocendi*: "São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem". Constata-se, de plano, a falta de sintonia entre este preceito legal e aquele constante do art. 187 do mesmo Código[109]. Porém, à mistura ou confusão de critérios não escaparam, de igual maneira, os já citados Códigos da Venezuela (art. 1.185) e da Bolívia (art. 107), os quais, a par de critérios objetivos, também fizeram menção à intenção de prejudicar. Nem por isso, todavia, será correto infirmar o critério objetivo, o qual deve seguir orientando a caracterização dos comportamentos abusivos.

Finalmente, cumpre averiguar a necessidade de existência de um *dano* para que se tenha como estabelecido o ato abusivo. Neste particular, parcela dos doutrinadores coloca como pressuposto do comportamento abusivo a ocorrência de um evento danoso[110]. Porém, consoante o Código Civil de 2002, somente

---

107. Heloísa Carpena, *O abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, *cit.*, 391. Igualmente, com referência ao "motivo legítimo", Pedro Batista Martins: "Em verdade, os vários critérios de avaliação do abuso do direito, identificando-se pelo seu cunho teleológico, confundem-se igualmente pela identidade de sua natureza e de seus fundamentos. Realmente, o exercício anti-social ou anti-funcional do direito, desvio do direito de sua finalidade econômica ou social, ausência de motivos sérios e legítimos, falta de utilidade ou de interesse, exercício anormal ou irregular do direito são critérios distintos apurados pela doutrina para facilitar ao juiz a apreciação do ato abusivo. No fundo, porém, todos esses critérios são meios diversos que se podem adotar para a realização do mesmo fim: verificar se o exercício do direito foi inspirado em motivo legítimo" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1949, pp. 27/28).

108. Já preconizava o critério objetivo Jorge Americano, *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2+S ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 56; também assim, Alvino Lima, *Abuso de direito*. Repertório enciclopédico do direito brasileiro (Org. J. M. Carvalho Santos), vol. I, Rio de Janeiro, Borsoi, s/d., p. 346. No mesmo sentido, segundo o Código Civil de 2002, José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito*, *cit.*, p. 105; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, vol. I, *cit.*, p. 609; Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 109/110; Heloísa Carpena, *O abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, *cit.*, p. 393.

109. Assim, José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito*, *cit.*, p. 107.

110. Assim, por exemplo, Pedro Baptista Martins, *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 165. Na doutrina argentina, é o que afirma Rodolfo L. Vigo: "*¿Se requiere el daño para la configuración del abuso? Aun cuando Fernández Sessarego sostenga que 'el daño no es tampoco un elemento esencial', nos parece imprescindible insistir que sin alguien afectado o perjudicado no hay posibilidad de juridizar la conducta, porque el Derecho no tiene por sentido hacer buenos a los hombres sino que se conforma con modelar buenos ciudadanos, es decir, que respeten y confieran a los otros lo que les corresponde. El otro 'dañado' por el abuso puede ser alguien individual o la sociedad toda, y el bien que se perjudica no inevitablemente tiene que ser patrimonial*" (*Consideraciones iusfilosóficas sobre el "abuso del derecho"*. Abuso del derecho. *Revista de Derecho Privado y Comunitário*, nº 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 316/317).

em relação ao art. 186, que regulamenta a violação de direito alheio, se encontra referência ao dano; não assim no dispositivo seguinte (art. 187), que cuida do abuso do direito[111]. Poder-se-ia argumentar que sem a existência de lesão ou dano a direito alheio seria irrelevante perquirir se o agente exerceu o seu direito de maneira abusiva ou desarrazoada. Todavia, não se deve olvidar que outras sanções distintas da recomposição patrimonial do dano podem ser impostas à atitude abusiva, como por exemplo, "deixar de aplicar a regra consagradora do benefício que se quis maliciosamente fazer incidir"[112], ou mesmo ser o ato declarado *ineficaz*[113]. Portanto, pode-se afirmar que o ato configurador do abuso do direito pode não causar dano patrimonial, mas nem por isso deixará necessariamente de ostentar a qualidade abusiva[114], podendo dar ensejo a outras medidas repressivas que não a indenização patrimonial.

4. CONCLUSÕES

Sem qualquer pretensão de demonstrar o acerto das teses expostas durante todo o itinerário, apresentam-se a seguir as ideias desenvolvidas no presente ensaio, que podem ser reconduzidas, em apertada síntese, às proposições objetivas que se seguem:

a) Desde a mais remota antiguidade, o gênero humano foi capaz de intuir o sentimento de injustiça, relacionado-o sempre ao imoderado, ao excessivo, ao descomedido, ao abusivo;

b) Nas mais diversas concepções sobre a Justiça, dos pensadores mais antigos ao jusfilósofos contemporâneos, encontrar-se-á a supressão ao desarrazoado, à tirania, ao excesso, à iniquidade, ao descomedimento, enfim, ao abuso, os quais intuitivamente ter-se-ão por *injustos*;

c) Existe uma conexão entre o abuso do direito e a intelecção do que seja injusto ou desarrazoado, o que remete à necessária vinculação entre o direito e o

---

111. No sentido do texto, afirma, magistralmente, José Carlos Barbosa Moreira: "Para quem pensa, como nos parece correto, que os pressupostos do art 186 não são exigíveis para a caracterização do abuso do direito, esta figura poderá ocorrer sem que o comportamento do agente cause dano a outrem" (*Abuso do direito, cit.*, p. 108).

112. José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito, cit.*, p. 102. No mesmo sentido, na doutrina argentina, Jorge W. Peyrano, *Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil*. Abuso procesal. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, pp. 192/93.

113. Assim, dentre outros, Ricardo Luis Lorenzetti, *Abuso del derecho, contratos de duración y distribución de bienes*. Abuso del derecho. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 125; Juan Alberto Rambaldo, *El abuso procesal*. Abuso procesal.. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 227; Ivana María Airasca. *Reflexiones sobre la proscripción del abuso del derecho en el proceso*. Abuso procesal. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 107; Jorge W. Peyrano, *Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil, cit.*, p. 194.

114. É o que afirmam Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados, cit.*, p. 109.

comportamento moral. Predomina, portanto, entre estes a ideia de que entre direito e moral existem conexões necessárias, seja sob o plano conceitual, seja sob o normativo;

d) A *ideia* do exercício abusivo dos direitos já se fazia presente no direito romano. O que não se tinha, àquela época, era tão-somente uma *teoria perfeitamente delineada* sobre o abuso do direito, nos moldes em que formulada modernamente.

e) Com o advento da Idade Média, desenvolveu-se a teoria dos atos emulativos, cujas origens já se encontravam no direito romano (*aemulatio*), e que se pode considerar como um imediato antecedente da teoria do abuso do direito;

f) Somente no final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, se veio a assistir a uma intensa fermentação de ideias, sobretudo na França, que conduziriam à teoria do abuso do direito. Contribuiu enormemente para a construção desta, precedendo inclusive à doutrina, a jurisprudência dos Tribunais. O liberalismo individualista anterior àquele período teve de ceder passo, não sem grandes resistências, à emergente doutrina sobre a *relatividade dos direitos subjetivos*;

g) À teorização do abuso do direto não ficaram alheios os legisladores dos mais diversos países. Atualmente, os reclamos ao abuso do direito podem ser verificados nos mais variados setores do universo jurídico, podendo a tese ser generalizada a ponto de se erigir em *verdadeiro princípio geral*;

h) Para a caracterização do abuso do direito, a pedra de toque fundamental é a ultrapassagem de determinados limites, os quais podem ser impostos: *a*) pelo fim econômico ou social do direito exercido; *b*) pela boa-fé; *c*) pelos bons costumes;

i) No tocante às sanções ao abuso do direito, estas podem consistir na obrigação de reparar o dano causado, ou na não-aplicação da regra consagradora do benefício que se quis maliciosamente fazer incidir, ou mesmo ser o ato declarado ineficaz.

LEX
DUCTE
TABUL

Negócios Jurídicos

O estado de perigo no novo Código Civil e os seus reflexos no endividamento por contas hospitalares

PAULO JOSÉ LEITE FARIAS (*)

A adversidade é nossa mãe, a prosperidade é apenas a nossa madrasta.
CHARLES MONTESQUIEU. [1]

I – SUMÁRIO DA TESE

O objetivo básico da presente tese cinge-se à demonstração da aplicabilidade do estado de perigo, nova espécie de vício do negócio jurídico, introduzida no texto do novo Código Civil, na hipótese de insolvência individual ou familiar, ocasionada por absurdo pagamento de despesas hospitalares para atendimentos emergenciais que desequilibrem, irremediavelmente, o orçamento doméstico. Delimita-se, outrossim, a tese, na suposição de que aquele atendimento hospitalar não seria passível de ser atendido de forma adequada pela rede pública.

A demonstração da tese terá, como marco teórico fundamental, a análise do Novo Código Civil, que trouxe a preocupação social para o âmbito das relações privadas. Valerá para corroboração da tese, também, em visão sistemático-valorativa, o contexto da Carta Magna e do ordenamento jurídico vigente, que dispuseram, claramente, sobre determinados valores constitucionais que protegem o indivíduo como ser social, dentre eles, a dignidade humana (art. 1º, inciso III), bem como a vida (art. 5º da CF) e a proteção à saúde (art. 196 da CF) na busca do acesso universal.

Analisar-se-ão temas novos e polêmicos, intimamente relacionados com a autonomia privada e *com os aspectos sociais da filosofia contratual do Novo Código Civil*, que devem ser lembradas nas intervenções ministeriais.

II – DELIMITAÇÃO E RELEVÂNCIA DO TEMA NA ANÁLISE DE CASO CONCRETO

Cena real possível: pessoa adentra em hospital privado com o seu filho acidentado; sem possuir plano de saúde e, em decorrência da necessidade de salvá-lo, pactua a internação na UTI e a realização de cirurgia nesse hospital.

[1] DUALIBI, Roberto. *Duailibi das citações*. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 293.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 19 (3ª Fase), jan./jun. 2004, p. 237-244.

Entretanto, a conta do hospital, incluída a dos serviços médicos e ambulatoriais, compromete acentuadamente a renda do assistido que, inicialmente, imaginara poder arcar com o valor (não estava agindo de má-fé), e, com base no previsto no Novo Código Civil, ingressa na Justiça com ação de anulação do negócio jurídico realizado com o hospital, recusando-se a pagar as parcelas restantes da dívida e propondo a invalidação da cobrança, com base no estado de perigo.

Indaga-se, na presente tese, se é possível, juridicamente, a conduta de desfazimento de dívidas oriundas de atendimentos hospitalares, o que, em face das deficiências do sistema público de saúde, pode ocorrer com freqüência.

III – Princípios do Novo Código Civil em face dos anteriormente vigentes – a preocupação com o social e o coletivo

Postos em paralelo o antigo (Lei 3.071/1916) e o novo Código Civil (Lei 10.406/2002), ver-se-á que as principais diferenças entre eles, em linhas gerais, podem ser identificadas na dualidade indivíduo de forma isolada (antigo) e indivíduo como membro de uma coletividade (novo).

O Código ainda vigente não exponencia preocupações sociais. Vincula-se aos sistemas do século XIX e à corrente individualista iluminista. Já o Novo Código Civil apresenta-se impregnado de preocupações sociais, conforme bem destaca o Coordenador Geral, Miguel Reale: "Se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social – o que vem sendo feito desde Weimar –, é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação". [2]

Dentre os princípios elencados pelo jusfilósofo da teoria tridimensional do direito, merece ênfase, na presente tese, *o princípio da socialidade (expressão usada por Miguel Reale) ou sociabilidade.*

Enquanto o atual Código Civil enfatiza os direitos individuais, o novo valorizou *os direitos individuais vistos sob o prisma social*, sem prejuízo, porém, do valor da pessoa humana (dignidade da pessoa humana). Isso ocorreu para se situar tais direitos e deveres no contexto da nova sociedade que emergiu, justamente, depois do trauma das grandes guerras mundiais e dos conflitos subseqüentes, bem como da revolução tecnológica e da emancipação plena da mulher. [3]

O Novo Código Civil caracteriza-se pela maior aderência à realidade social, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o **contratante**, o empresário, o pai de família e o testador.

---

[2] Reale, Miguel. *O Projeto de Código Civil – situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, pp. 5-7.

[3] Reale, Miguel. "Visão geral do Projeto de Código Civil: tramitação do projeto". *Revista dos Tribunais* n. 52, jun. 1998, pp. 22-30.

Assim, colocado no primeiro artigo das disposições gerais sobre os contratos (art. 421), a função social do contrato destaca a função metaindividual do acordo de vontades a ser construída no caso concreto.

Há, pois, mitigação da dicotomia entre direito público e privado, conforme já haviam previsto os civilistas italianos Alberto Trabucchi [4] e Pietro Perlingieri. [5]

A partir da verificação de que a ordem jurídica nacional protege o ser humano, não só no interesse do próprio indivíduo, mas também no interesse da sociedade, Perlingieri põe em evidência, como imprescindível fundamento de unidade do ordenamento jurídico, o respeito à dignidade da pessoa humana e à observância dos direitos fundamentais arrolados na Constituição. [6]

IV - Pressupostos legais e constitucionais do Estado de Perigo e do direito à saúde que ensejam aplicação ao caso concreto em análise

Ante os textos supraindicados, deve-se indagar se o estado de perigo, analisado à luz dos seus pressupostos normativos privados, do art. 156, e públicos, da Constituição Federal, coaduna-se com o amparo dos menos favorecidos de boa-fé na eventual utilização da rede privada para obtenção do valor "saúde" e permanência do valor "vida".

Torna-se importante esta análise, pois o disposto no art. 156 da Lei 10.406/2002 constrói-se pela *prática* do Direito, por tratar-se de *cláusula geral*. [7] Mostra-se fundamental a apreciação de outras fontes além da legislativa.

No Brasil, a matéria saúde — intimamente relacionada ao caso concreto de aplicação do estado de perigo em discussão — obteve assento na Constituição Federal de 1988, que no Título VIII - Da Ordem Social, no Capítulo II, que trata da Seguridade Social, Seção II – Da saúde, compreendida como *"direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos"* (art. 196).

---

[4] *"La distinzione tra diritto privato e diritto pubblico non viene tracciata da una linea netta e constante; è soggetta a mutare nel tempo e nei luoghi, secondo le tendenze sociali e politiche"*. (Trabucchi, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Pádova: Cedam, 1973, p. 9).

[5] Perlingieri, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 54.

[6] "Ele [Estado] assume como própria principalmente a obrigação de respeitar os direitos individuais do sujeito (...) e, portanto, de promovê-los, de eliminar aquelas estruturas econômicas e sociais que impedem de fato a titularidade substancial e o efetivo exercício". (Perlingieri, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 54).

[7] Conforme assinala Judith Martins-Costa: "Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados "conceitos jurídicos indeterminados" (...) ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura". (Martins-Costa, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118).

Ademais, convém lembrar que a Carta Magna estabelece gama de direitos individuais e coletivos que resguardam, dentre eles, o *direito à vida* (artigo 5º, *caput*) e a *dignidade humana* (art. 1º, inciso III).

O Novo Código Civil (Lei 10.406/2002), concretizando nova forma de defeito do negócio jurídico, estabelece que:

> "**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*".

Assim, são pressupostos legais da cláusula geral – Estado de Perigo:

a) necessidade de salvar-se ou a pessoa de sua família;
b) grave dano conhecido pela outra parte;
c) obrigação excessivamente onerosa.

Adequando-se os pressupostos legais ao caso proposto (endividamento oriundo de despesas hospitalares), verifica-se a possibilidade de subsunção da norma geral ao caso concreto, desde que:

— A razão da hospitalização vincula-se à necessidade de tratar de doença que coloque em risco de vida a pessoa ou seu familiar (necessidade de salvar-se ou a pessoa de sua família);
— Em hospital, o tratamento baseia-se, em essência, no conhecimento, pelo médico, do grave dano a que se encontra sujeito o paciente e à melhor forma de evitar esse dano (considerado constitucionalmente um direito fundamental) com o tratamento adequado (grave dano conhecido pela outra parte);
— As despesas com tratamento médico, com ou sem internação, podem alcançar cifras expressivas nos precários orçamentos domésticos da população brasileira em geral (obrigação excessivamente onerosa).

Poder-se-ia investigar sobre o que aconteceria, na hipótese, com os hospitais privados se estes nunca tivessem contas pagas por má-fé das pessoas que adentrassem no hospital com o intuito prévio de alegar o estado de perigo.

Nesse aspecto, a interpretação sistemática do Novo Código Civil prevê, como necessária, a existência de outro pressuposto: a boa-fé do contratante dos serviços hospitalares. [8]

---

[8] Sobre a boa-fé no direito privado, *vide* Martins-Costa, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Assim, as normas jurídicas constitucionais e infra-constitucionais são *harmônicas na possibilidade de aplicação do Estado de Perigo para a hipótese de endividamento por contas hospitalares do contratante de boa-fé.*

V - Limites à autonomia privada e à anulação das despesas hospitalares oriundas da situação de estado de perigo

O negócio jurídico é concebido como instrumento de realização da liberdade individual porque, por meio dele, os particulares criam, modificam ou extinguem as relações jurídicas. É a vontade particular atuando no mundo jurídico; nesse aspecto, há a denominação "autonomia privada" [9], que representa uma projeção jurídica do liberalismo econômico consagrado no Código Napoleônico na máxima "o contrato é lei entre as partes".

Não se pode esquecer, entretanto, que, atualmente, o negócio jurídico deixa de ser instrumento exclusivo da liberdade individual e passa a ser encarado como *importante fator de equilíbrio social*, no sentido de que só os atos de iniciativa privada, considerados idôneos, podem compor o suporte fático da espécie negocial que tem validade na tutela da ordem jurídica e de que os vícios de consentimento foram ampliados para a proteção dos contratantes hiposuficientes por meio do *estado de perigo* **(art. 156)** e da lesão **(art. 157)**.

Nesse sentido, o plano dos negócios não pode ficar imune à dignificação do ser, pois não se admite a exclusiva visão econômica ou patrimonialista das relações negociais. Carlyle Pop, professor de Direito Civil da PUC/PR, ressalta:

> "Percebe-se, então, que com o advento do Estado Social, ou seja, a partir do momento em que o Estado deixa de se portar como Pilatos e passa a se preocupar com os administrados, a autonomia privada passou a desempenhar um novo papel" [10]

Inicialmente, deve ser dito que existência, validade e eficácia são três situações distintas por que podem passar os fatos jurídicos, dos quais o negócio jurídico é subespécie e, portanto, não é possível tratá-las como se fossem iguais. O elemento existência, no entanto, é a base de que dependem os outros elementos.

---

[9] A autonomia privada tem, como resultado, o poder de manifestação dos particulares, não total e absoluto, mas limitado pelas normas jurídicas. "*Contudo, a autonomia privada sujeita-se à limitação da ordem estatal que deixa espaço (autonomia) em que se pode inserir a atividade normativa dos particulares*" (Nanni, Giovani 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 I, São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 260).

[10] Pop, Carlyle. "O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial – a proteção contratual no direito brasileiro", in *Direito Civil Constitucional*, cadernos I, São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 153.

Conforme ensina MARCOS BERNARDES:

> "Na análise das vicissitudes por que podem passar os fatos jurídicos, no entanto, é possível encontrar situações em que o ato jurídico (negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*)":
>
> **a)** existe, é válido e é eficaz (casamento de homem e mulher capazes, sem impedimentos dirimentes, realizado perante autoridade competente),
> **b)** existe, é válido e é ineficaz (testamento de pessoa capaz, feito com observância das formalidades legais, antes da ocorrência da morte do testador),
> **c)** existe, é inválido e é eficaz (casamento putativo, negócio jurídico anulável, antes da decretação da anulabilidade),
> **d)** existe, é inválido e é ineficaz (doação feita, pessoalmente, por pessoas absolutamente incapazes), ou,
> **e)** existe e é eficaz (nascimento com vida, a pintura de um quadro, o dano causado a bem alheio) ou, excepcionalmente,
> **f)** existe e é ineficaz porque a validade é questão que diz respeito, apenas, aos atos jurídicos lícitos". [11]

Surge a diferenciação dos diferentes planos dos fatos jurídicos na doutrina germânica, transplantada por PONTES DE MIRANDA, ao considerar o mundo jurídico dividido em três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia, nos quais se desenvolveria a vida dos fatos jurídicos em todos os seus aspectos e mutações.

> **a) Existência** – plano do ser – entram todos os fatos jurídicos lícitos e ilícitos – não se cogita de invalidade ou eficácia – tudo fica circunscrito a se saber se o suporte fático propiciou a incidência do núcleo da norma. Ex: Casamento realizado por quem não tenha autoridade para casar (um delegado de polícia). Não existe, não há, pois, de se discutir, assim, se é nulo ou ineficaz, nem se precisa ser desconstituído judicialmente.

---

[11] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 75.

b) **Validade** – verifica-se a existência de vícios só se o fato jurídico é daqueles em que a vontade humana constitui elemento nuclear do suporte fático (ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico) - nos fatos jurídicos em que a vontade não é elemento do suporte fático e nos fatos ilícitos, não há como pretender-se a invalidação. Ex: um nascimento não pode ser nulo ou anulável. No plano da validade é onde se têm atuação das normas jurídicas invalidantes (nulidade e anulabilidade).

c) **Eficácia** – plano no qual se produzem os efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficacial representado pelos direitos e deveres. O plano da eficácia pressupõe, no caso de negócio jurídico, a verificação prévia da validade – que, neste caso, servirá como filtro.

Nesse sentido, devem-se observar os artigos 104 e 171 do Novo Código Civil vigente, que tratam de requisitos e espécies de invalidade do negócio jurídico:

> "**Art. 104** - A validade do ato jurídico requer:
> I – agente capaz;
> II – *objeto lícito, possível, determinado ou determinável;*
> III – *forma prescrita ou não defesa em lei*"
> "**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.*" (grifo nosso)

Sabe-se que o negócio jurídico, como categoria de fato jurídico *lato sensu*, deve realizar-se não apenas no plano da existência para que seja eficaz, mas, também, no da validade. Isto significa que a manifestação de vontade (elemento essencial à constituição da categoria) deve observar os requisitos já assinalados para que venha a produzir os efeitos a que se destina.

Ora, a realização de contrato de prestação de serviços hospitalares é expressamente permitida e incentivada pelo ordenamento jurídico (*objeto lícito*); entretanto, pode-se enquadrar na hipótese de Estado de Perigo, prejudicando, claramente, a validade do negócio jurídico (na forma de anulabilidade).

Por ser anulável e não nulo, esse contrato, em regra, terá efeitos jurídicos (dentre eles, a criação da obrigação de pagar do paciente) que, entretanto, por medida judicial (sentença oriunda de ação de anulação impetrada no prazo decadencial de quatro anos) poderão ser desfeitos. [12]

VI - Conclusão.

A análise do que ora foi exposto permite perfilhar a tese da Aplicação do estado de perigo para a hipótese de despesas hospitalares, no contexto do Novo Código Civil e do ordenamento jurídico vigente, que dispôs claramente sobre determinados valores constitucionais e civis concretizados em normas jurídicas que buscam proteger a saúde e as deficiências econômicas daqueles que, na busca dos valores "vida" e "saúde" se endividam enormemente no pagamento das dívidas hospitalares.

Na espécie fática enfocada, atendidos os pressupostos legais, poder-se-á provocar a invalidação do negócio jurídico com o desfazimento de seus efeitos por meio de ação anulatória.

[12] "**Art. 178.** É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: **I** – no caso de coação, do dia em que ela cessar; **II** – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico".

(*) Paulo José Leite Farias é Doutor em Direito pela UFPE, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília, Supervisor da área de Direito Civil do IESB, Professor da FESMPDFT, Professor da Pós-graduação da Universidade Católica de Brasília e Promotor de Justiça do MPDFT.

ASPECTOS DA CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO *

CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA **

SUMÁRIO: 1. Razões justificadoras da escolha do tema. 2. Três modelos influentes. 3. Fundamento da conversão. 4. Converter, conversão: uma denominação imprópria? 5. Interpretação e conversão do negócio jurídico. 6. Conversão: substancial e formal; legal e judicial. 7. Exame dos requisitos da conversão substancial, no direito brasileiro. 8. Limites à conversão. 9. Bibliografia.

"L'atto totalmente invalido non è più irremediabilmente compromesso. È recuperabile" (Giuseppe Gandolfi).

1. RAZÕES JUSTIFICADORAS DA ESCOLHA DO TEMA

A conversão do negócio jurídico constitui, no Brasil, tema (em certa medida) novo. O Código Civil de 2002 — diferentemente do anterior, que dele não se ocupava — dedicou-lhe um artigo, em cuja interpretação e aplicação devem empenhar-se doutrina e jurisprudência. Embora alguns estudiosos, ao tempo do Código revogado, tivessem defendido a possibilidade do emprego da conversão mesmo no silêncio daquele diploma[1], e conquanto o exame de certos precedentes revelasse, já naquele tempo, sua concreta (ainda que in-

---

* Texto destinado à coletânea de estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim.

** Advogado. Professor Auxiliar (concursado) do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

1. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. IV, §§ 374 e 375, e t. LVI, § 5.733; João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 8 e 333. Assim também no direito português (anterior ao vigente Código): Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, p. 436 (trata-se de reimpressão da versão de 1953, como explicado na introdução ao vol. I).

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 28 (3ª Fase), abr./jun. 2008, p. 15-29.

consciente) utilização por parte dos tribunais brasileiros[2], é certo que nunca se havia expressamente consagrado, no ordenamento de nosso país, a figura da conversão, com a abrangência e a generalidade com que o fez o novo Código. A inovação, mesmo se considerada mais aparente que real, desperta natural curiosidade; e, como escreveu um estudioso português, *"uma presença na lei constitui uma base juscultural importante para chamar a atenção da Ciência sobre o fenômeno que, de outra forma, pode, embora presente, passar despercebido"*[3].

Justamente porque novo, o assunto ainda se mostra desconhecido de numerosos operadores do direito. No ano de 2005, em evento realizado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual tivemos a oportunidade de enfrentar o tema pela primeira vez, percebemos claramente que, vigente o novo Código já então por um biênio, muitas pessoas até ali não se haviam dado conta da presença da conversão no art. 170 — e, em conseqüência, não tinham sequer cogitado de sua *efetiva aplicação*, em suas respectivas atividades profissionais. Advogados deixaram de invocá-la em proveito de seus constituintes; juízes e tribunais possivelmente deixaram de decretá-la em casos nos quais talvez representasse a melhor solução.

Apesar de novo e pouco difundido, o tema da conversão nos parece extremamente rico, merecedor de investigação científica e de aplicação prática. Essa riqueza é comprovada, entre nós, pela extensão e profundidade da obra do Professor João Alberto Schützer Del Nero, *A Conversão Substancial do Negócio Jurídico*, escrita e publicada sob a vigência do Código Civil de 1916, mas já munida de valiosas observações sobre o que viria a ser o art. 170 do novo diploma. Trata-se, em nosso entendimento, de livro fundamental ao estudo da conversão, revelador de suas origens históricas, minucioso na análise de seus requisitos e ilustrativo de suas potencialidades. Ao redigirmos este artigo, não queremos omitir a influência exercida pela leitura dessa obra — certamente proveitosa, aliás, a quem pretenda aprofundar-se na matéria.

Se a monografia citada atesta a complexidade do assunto, convém que se multipliquem estudos e debates sobre esse novo personagem: o desconhecimento do instituto, por advogados e juízes, inevitavelmente conduzirá à sua inadequada ou escassa utilização — quiçá ao seu abandono. E seria decerto indesejável que nossa avaliação, daqui a anos, se assemelhasse à de quem, na Itália, décadas após a entrada em vigor de seu Código, concluiu que *"permanece substancialmente desaplicada"* a norma relativa à conversão[4].

---

2. Veja-se a resenha crítica de João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 282-292, onde se afirma que *"o próprio instituto é, de certa maneira, desconhecido, mas, também, a denominação 'conversão', (...), não é usual em nossos tribunais"*. O autor conclui, todavia, que a conversão *"é muito mais freqüente do que poderia imaginar-se à primeira vista, procedendo-se a ela, sob formas e denominações as mais diversas"* e que *"o problema e sua solução não são alheios à nossa jurisprudência"*.
3. Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 279.
4. Giuseppe Gandolfi, *Il principio di conversione dell'atto invalido: fra continenza 'sostanziale' e volontà ipotetica*, p. 368.

2. TRÊS MODELOS INFLUENTES

Parece existir consenso em que, dentre os sistemas jurídicos contemporâneos, aquele que primeiro disciplinou o fenômeno foi o alemão, cujo Código Civil (em vigor a partir de 1900) trata da matéria em seu § 140, nos seguintes termos: "*Presentes num negócio jurídico nulo os requisitos de um outro negócio jurídico, vale o último, se for de presumir-se que a validade dele, à vista do conhecimento da nulidade, teria sido querida*"[5].

O Código Civil italiano (de 1942) parafraseou a fórmula tedesca[6], conforme se extrai da leitura de seu art. 1.424: "*Conversão do contrato nulo — O contrato nulo pode produzir os efeitos de um contrato diverso, do qual contenha os requisitos de substância e de forma, quando, à vista do objetivo perseguido pelas partes, deva entender-se que elas o teriam desejado se houvessem conhecido a nulidade*"[7].

Também o Código Civil português (de 1966) contém norma equivalente, com redação muito semelhante à do precedente italiano: "*Art. 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*".

Chama a atenção do estudioso, a despeito da clara percepção de elementos comuns às três fórmulas, o fato de o Código alemão e o português se referirem à conversão de *negócio jurídico*, enquanto o italiano somente alude à conversão de *contrato* (espécie daquele gênero). Mas a diferença é apenas aparente, se se considerar que, na sistemática do diploma italiano, diversamente do que ocorre com os dois outros (e com nosso novo Código Civil), não se abriu espaço à figura do negócio jurídico; e que as regras aplicáveis aos contratos igualmente o são, "*enquanto compatíveis*", aos "*atos unilaterais entre vivos que tenham conteúdo patrimonial*" (*codice civile*, art. 1.324). Daí porque se admite, também naquele país, a conversão de negócios que encerram manifestações unilaterais de vontade[8].

Sensivelmente influenciado, neste como em muitos outros tópicos, por aqueles três diplomas estrangeiros, nosso novo Código Civil cuida da matéria no art. 170, assim redigido: "*Se, porém, o negócio nulo contiver os requisitos de outro,*

---

5. Adotou-se a tradução de João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, p. XVII ("Resumo"). No original: "*Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewolt sein würde*".
6. Gandolfi, *Il principio...*, p. 347.
7. No original: "*Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità*".
8. Como no exemplo de Galgano (*Il negozio giuridico*, p. 348): "*una cambiale nulla per mancanza dei requisiti di forma (manca, ad esempio, la parola 'cambiale') può produrre gli effetti di una promessa di pagamento*".

subsistirá este, quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade".

São ostensivos os elementos *comuns* à regra brasileira e às suas fontes inspiradoras:

a) em todas elas, pressupõe-se a existência de um negócio jurídico *nulo*[9];

b) admite-se que, a despeito dessa *nulidade*, possam *produzir-se os efeitos que decorreriam de outro negócio*, de tipo *distinto* daquele efetivamente desejado;

c) por fim, condiciona-se a produção desses efeitos a duas circunstâncias:

1) que o negócio *nulo* contenha os requisitos (*"de substância e de forma"*, como se lê nos modelos italiano e português) daquele *outro* negócio, no qual o primeiro "se converte";

2) que o segundo negócio, resultante da conversão, corresponda ao que as partes *"teriam querido"*, se a nulidade houvesse sido por elas prevista.

A conversão, portanto, opera (ao menos na literalidade do Código) no específico terreno das *nulidades*: a aplicação do art. 170 do novo Código Civil pressupõe que se haja identificado um negócio jurídico *nulo*; e a conversão funciona como expediente técnico de que se vale o legislador para, em alguma medida, possibilitar o reconhecimento de efeitos a um negócio concreto que, de outro modo, não produziria efeito algum. Muito significativamente, o art. 170 se segue ao dispositivo segundo o qual o negócio nulo *"não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo"* como se o legislador, após ter condenado o negócio nulo à danação eterna, houvesse, não obstante, oferecido às partes uma "tábua de salvação", capaz de preservá-lo, ainda que com eficácia *reduzida*.

3. FUNDAMENTO DA CONVERSÃO

Se o *resultado* da conversão reside na excepcional atribuição de efeitos a um negócio jurídico *nulo* não, certamente, os efeitos próprios desse mesmo negócio, efetivamente querido pelas partes, mas sim os de um negócio por assim dizer "substituto", que mantenha certa *afinidade* com aquele —, então parece claro que o fundamento da conversão reside no *princípio da conservação do negócio jurídico*[10]. Esse princípio, como se sabe, consiste *"em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia"*[11], e está na base de uma série de dispositivos legais, cuja enumeração seria aqui ociosa. Como bem se expressou um

9. No Código português, alude-se, ainda, a contrato *"anulado"*.
10. A observação é corriqueira na doutrina: C. Massimo Bianca, *Il contratto*, p. 594; Giovanni Criscuoli, *Il contratto*, pp. 374-375; Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico*, p. 67; e os autores citados por João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 316 e 324.
11. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico*, p. 66.

jurista italiano, a lei, em função desse princípio, dá prevalência à conclusão dos negócios, e não à sua frustração; prefere a circulação das riquezas à sua imobilidade[12]. Por isso, entre admitir a produção dos efeitos jurídicos decorrentes do negócio "substituto" ou declarar a nulidade do negócio efetivamente desejado pelas partes, a lei faz prevalecer a primeira solução, em reconhecimento à utilidade do negócio concretamente realizado[13].

Em matéria de conversão, alude-se, muito expressivamente, a uma *fungibilidade negocial*[14]. Segundo o dito popular, "quem quer os fins quer os meios"; mas quem quer os fins — acrescente-se — *quer, sobretudo, esses fins*[15]. Daí, sendo possível alcançar o resultado prático visado pelas partes, ainda que por meio de negócio distinto daquele concretamente celebrado, nada mais natural que *conservá-lo*, reconhecendo-lhe *alguma* eficácia e proporcionando (ainda que de maneira incompleta) a realização daqueles fins.

4. CONVERTER, CONVERSÃO: UMA DENOMINAÇÃO IMPRÓPRIA?

Nem o substantivo "conversão", nem o verbo "converter" figuram no art. 170 do novo Código Civil; mas o fenômeno, de que ali se cuida, é habitualmente versado, na doutrina brasileira, sob esse rótulo[16]. Viu-se que, em ordenamentos estrangeiros de línguas neolatinas, fala-se, de igual modo e no mesmo contexto, em "conversão"; e o termo é também empregado, em sede doutrinária, em países a que falta regra expressa sobre o assunto[17]. Na Alemanha, conquanto o termo utilizado na lei seja *Umdeutung*, usa-se, também, palavra de raízes latinas, *Conversion* (ou *Konversion*)[18].

---

12. Francesco Galgano, *Il negozio giuridico*, p. 349: Id., *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. I, pp. 316-317.
13. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico*, p. 67.
14. João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, p. 236. Em crítica a uma sentença da *Corte di Cassazione* que, em determinado caso concreto, negou a conversão, escreve Gandolfi (*Il principio...*, p. 357): "*Nel pensiero della Corte sembra dunque non rilevare il fatto che, in relazione allo scopo concreto perseguito, le due soluzioni negoziali possono essere, quanto ai risultati economici che alle parti premono,* fungibili *l'uno rispetto all'altra, a prescindere dall'analogia esistente sul piano causale*" (destaquei).
15. "Todo querer é querer de *resultado* e de *maneira*: se o resultado é lícito, nada obsta a que se procure a *forma*, em que se possam meter os resultados queridos. Varia-se de forma, *converte-se*. O escopo econômico é o mesmo; mas não se consegue pelo modo que o disponente quis, e sim por outro que ele talvez não tenha querido. A vontade é a mesma, o *actus* varia" (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LVI, p. 375).
16. Já assim ao tempo do Código revogado: Pontes de Miranda, *Tratado...*, t. IV, §§ 374 e segs., e t. LVI, § 5.733; Orlando Gomes, *Contratos*, nº 156.
17. Por exemplo, na Espanha: cf. Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, p. 115.
18. Vejam-se os trabalhos doutrinários constantes da bibliografia indicada por João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 451 e segs.

Ora, "converter" significa (entre outras possíveis acepções, que aqui não nos interessam) "mudar (uma coisa) em outra de forma e/ou propriedade diferente; transformar, transmutar" (AURÉLIO). Mesmo em termos estritamente jurídicos, emprega-se o verbo ou seu correspondente substantivo para indicar uma *alteração*: para nos limitarmos a um solitário exemplo, a Constituição Federal, em matéria de união estável, alude à possibilidade de *"sua conversão em casamento"* (art. 226, § 3º), querendo evidentemente dizer que aquela pode *transformar-se* neste. Na legislação brasileira, exemplos análogos são incontáveis[19].

Por aí já se esboça um interessante problema exegético, suscitado pela redação do art. 170 de nosso Código Civil: se o resultado da conversão consiste na prevalência de um *"outro"* negócio (evidentemente, *diverso* daquele que seria tido por nulo), como conciliar essa aparente *mudança* com a idéia de algo que possa, *após* a conversão, ainda assim "subsistir" (*"... subsistirá este ..."*)? A "subsistência" desse *outro* negócio (indicada textualmente no art. 170) estaria a sugerir que ele deva ser considerado, desde sempre, "implícito" ou "contido" no negócio que se reputou nulo, de tal modo que o resultado da conversão seria, ao menos em parte, a *manutenção* do negócio "convertido"?[20]

Note-se que a referência a algo que deva "subsistir" constitui peculiaridade da norma brasileira: como se registrou, nem na lei alemã, nem na italiana ou na portuguesa se descobre qualquer menção à "subsistência" de alguma coisa que se pudesse ter por "implícita" no negócio primitivo. Muito ao contrário: nos três casos, alude-se a um *"outro"* negócio, *"diverso"*, como sendo o resultado da conversão.

Todas essas indagações guardam relação direta com a essência do fenômeno conversivo. Afinal, em que consiste a conversão?

Em sua erudita monografia, a que antes aludimos, conclui o Professor DEL NERO, com argumentação muito convincente, que a conversão está no plano da *qualificação jurídica* de determinado negócio. Talvez se deva aqui explicar, ainda que sinteticamente, essa idéia.

Examinados os elementos de um determinado negócio jurídico realizado, chega-se à conclusão de que se trata de "negócio de tipo *a*" (ou seja, conclui-se que *as partes desejaram realizar o negócio desse tipo particular*). Até aí, houve, em primeiro lugar, uma atividade de *interpretação*, destinada a revelar o conteúdo do negócio; em seguida, à luz dos frutos dessa interpretação, procedeu-se à sua *qualificação*, ou seja, à sua classificação na categoria (*abstrata*) de "negócio jurídico do tipo *a*". Em se tratando de *"a"*, falta-lhe, porém, *in concreto*, deter-

19. Assim, a separação litigiosa pode *converter-se* em separação consensual (CPC, art. 1.123); o arresto *converte-se* em penhora (*idem*, art. 654); a arrecadação de bens da herança jacente pode *converter-se* em inventário (*idem*, art. 1.153); as ações ordinárias de uma companhia fechada são *conversíveis* em preferenciais, e as debêntures, em ações (Lei nº 6.404/76, art. 16, nº I, e 57, respectivamente); etc.

20. Extensa crítica à construção que vê no negócio "substituto" algo "implícito" no negócio nulo, do qual possa ser "separado" ou "extirpado", é desenvolvida por Gandolfi, *Il principio...*, pp. 355 e segs.

minado requisito de validade; verifica-se, porém, que negócio jurídico de tipo diverso, *"b"*, ainda que em menor escala, também seria apto a realizar os *fins práticos* perseguidos pelas partes; percebe-se, ainda, que, para *"b"*, estão presentes (no negócio efetivamente realizado) os respectivos requisitos de validade; "converte-se", assim, *"a"* (nulo) em *"b"* (válido).

O que se fez nessas diferentes etapas? Interpretou-se o negócio concreto; uma vez identificados seus elementos, a ele se atribuiu o rótulo de "negócio do tipo *a*"; mas, se esse negócio for *tratado* como *"a"*, será nulo. Ora, a conversão de *"a"* (nulo) em *"b"* (válido) em nada modificou, *estruturalmente*, o negócio: a(s) vontade(s), nele manifestada(s), não foi(ram) acrescida(s) de algo, nem dela(s) se retirou o que quer que fosse. A manifestação de vontade, como fato essencialmente *pretérito*, permaneceu intocada. A única diferença reside em que, ao invés de ver no negócio concreto um "negócio do tipo *a*" (que, segundo os frutos da atividade interpretativa, era aquele *desejado* pelas partes), nele passamos a enxergar um "negócio do tipo *b*". E essa nova maneira de visualizar (ou de *qualificar*) o negócio concretamente realizado se justifica diante da aptidão do "negócio jurídico do tipo *b*" para proporcionar, ainda que de modo mais acanhado, aquela utilidade prática visada pelas partes quando escolheram o "negócio jurídico do tipo *a*".

Assim vistas as coisas, parece-nos que, quando o novo Código Civil (afastando-se de outros modelos) se refere, um tanto contraditoriamente, a um *"outro"* negócio que deva, porém, *"subsistir"*, deve-se ler o dispositivo como se sua redação fosse esta: "Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, *produzirá os efeitos deste*, quando o fim, a que visavam as partes, permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade" (destacamos). É nessa *produção de efeitos diversos* (mas compatíveis com a finalidade prática buscada pelas partes) que reside a essência da conversão[21].

5. INTERPRETAÇÃO E CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

As considerações desenvolvidas no item anterior (em especial, a descrição do itinerário a ser percorrido até a efetiva conversão do negócio nulo) permitem concluir que *"a conversão não pertence mais ao campo da interpretação, mas pressupõe que ela já tenha terminado"*. *"A interpretação ocorre antes da conversão"*[22].

Ao se interpretar o negócio jurídico, busca-se, com efeito, identificar a vontade *efetiva* das partes; ao se converter o negócio jurídico em outro, o que se pretende é dar-lhe nova *qualificação*, necessariamente *distinta* daquela a que

---

21. Segundo Barbero (*Sistema...*, vol. I, nº 221), a conversão "significa utilização de uma declaração, incapaz de dar vida ao negócio intentado e a seus efeitos específicos, para outro negócio diferente e com efeitos parcialmente diferentes".
22. João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 391-392 (citando autores alemães).

conduziria a vontade *efetiva* nele manifestada (porque, de outro modo, haveria nulidade). Se se quisesse conferir peso excessivo à letra do art. 170, ainda se poderia acrescentar que a interpretação é atividade de revelação da vontade *efetiva*, ao passo que a conversão consistiria no procedimento de identificação de uma vontade *hipotética*, que as partes *"teriam tido"*[23], se houvessem antevisto a nulidade (veja-se no entanto, a crítica a essa derradeira construção: *infra*, nº 7).

6. ESPÉCIES DE CONVERSÃO

A conversão de que trata o art. 170 do novo Código Civil (e os dispositivos de legislação estrangeira, antes mencionados) costuma ser qualificada como *substancial*, em oposição à conversão dita *formal*. Essa última pode configurar-se no âmbito de negócios jurídicos em tese passíveis de realização *por mais de uma forma*: assim, por exemplo, aqueles que podem indistintamente ser celebrados quer por escritura pública, quer por instrumento particular. Aí pode ocorrer que, tendo as partes optado pela forma mais solene, o negócio, não obstante, seja atingido por nulidade (*v.g.*, por preterição de alguma específica solenidade, ou por incompetência do oficial público que lavrou o ato[24]). Nesse caso, admite-se que o negócio valha como se houvesse sido realizado por outra forma (desde que, por óbvio, *estejam presentes os requisitos peculiares a essa forma alternativa*).

Por exemplo: a nulidade do testamento cerrado, por deficiência formal, não impede que se lhe reconheça validade, como se se cuidasse de testamento particular. No direito italiano, a hipótese é objeto de expressa disposição legal (Código Civil, art. 607); mas, no direito brasileiro, sua ocorrência está condicionada a que o testador tenha também procedido à *leitura da cédula perante as testemunhas* (solenidade não exigida, para o testamento particular, na Itália)[25], com isso cumprindo o requisito do art. 1.876 (§ 1º ou § 2º) do novo Código Civil[26].

Não há, em tais casos, a conversão de que cuida o art. 170, pelo simples motivo de que, em sua qualificação, *a natureza do negócio não se altera* (não há um *"outro"* negócio, que "surja" como decorrência da conversão): no exemplo

23. Grassetti, *L'interpretazione...*, p. 171.
24. O exemplo é corriqueiro na doutrina referente à conversão e remonta (pelo menos) a dispositivo expresso do Código Civil italiano de 1865: cf. Grassetti, *L'interpretazione...*, p. 172, nota nº 32. O vigente Código daquele país repete a norma (art. 2.701), também presente no direito brasileiro (Código de Processo Civil, art. 367).
25. O art. 602 do *codice civile* apenas impõe, como requisitos de validade do testamento particular, seja ele *"scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore"*.
26. Sustenta Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições*, vol. VI, nº 462, p.250) que, nesse caso, *"as assinaturas* [incluindo as das testemunhas] *ao final do auto de aprovação não deixam de integrar o testamento"*, observado, assim, o requisito da parte final do § 1º ou do § 2º daquele dispositivo (subscrição da cédula pelas testemunhas).

dado, o negócio nulo era um testamento; e conservará essa mesma natureza jurídica o negócio que resultar do aproveitamento de outra forma (particular), igualmente admitida para a sua confecção[27]. Tem-se, no entanto, sustentado a aplicação *analógica* daquele dispositivo aos casos de conversão meramente formal[28].

Ainda no terreno das classificações, alude-se à conversão *legal*, igualmente excluída do campo de aplicação do art. 170. Ocorre essa modalidade de conversão quando a própria lei, atendendo ao interesse na conservação dos efeitos de determinado negócio, atribui-lhe qualificação diversa daquela que resultaria da efetiva vontade das partes. Era o caso, por exemplo, no Código revogado, do art. 679, o qual, após declarar a perpetuidade do contrato de enfiteuse, tratava-o, todavia, como arrendamento, se pactuado *"por tempo limitado"*. No diploma agora em vigor, o parágrafo único do art. 1.952 nos fornece exemplo igualmente ilustrativo: a substituição fideicomissária — como no *caput* se lê — *"somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador"*; mas, se já nascido o fideicomissário ao tempo da abertura da sucessão, *"adquirirá este a propriedade dos bens fideicomitidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário"*. Nos dois exemplos, a violação a normas *proibitivas* (no primeiro caso, à contratação de enfiteuse por prazo determinado; no segundo, à nomeação de fideicomissário já nascido) se resolve, não na declaração da nulidade da cláusula, mas na atribuição de efeitos jurídicos diversos.

A conversão agora prevista no art. 170 do novo Código, por oposição àquela dita legal, pode qualificar-se ainda como *judicial*. Embora por vezes se aluda à possibilidade de uma conversão desenvolvida *"pelos próprios interessados"* (que assim celebrariam um *negócio jurídico de conversão*), é inevitável a conclusão de que apenas o juiz pode reconhecer o fenômeno *"substitutiva e definitivamente"*[29]. Uma conversão realizada pelas próprias partes, a rigor, não faria sentido, pois, convencidas da nulidade do negócio, certamente não lhes ocorreria convertê-lo (para dele extrair, na prática, utilidade *inferior* à que extrairiam se fosse válido), mas sim *repeti-lo*, expurgando-o, todavia (*se possível*), do fator invalidante.

---

27. Grassetti (*L'interpretazione...*, pp. 171 e segs.) preferia as expressões *"mantenimento"* e *"trasformazione"* para identificar, respectivamente, a conversão formal e a material. Em nota de rodapé (p. 172, nº 32), observava ele, com inteira procedência, que, embora não haja, na conversão formal, alteração da estrutura do negócio (observação também válida, a rigor, para a conversão substancial, pelas razões expostas no texto), *"è fuori discussione che non vengono prodotti gli effetti propri della forma nulla"* ou seja, da conversão formal resulta a "manutenção" da qualificação jurídica, sem que, no entanto, possam produzir-se *todos* os efeitos que decorreriam do negócio *na forma escolhida*. E fornecia exemplo certamente também aplicável ao direito brasileiro: a conversão (meramente formal) do ato público em escritura privada não possibilita a conservação quer da *eficácia probatória*, quer da *exeqüibilidade* da forma primitiva (cf. arts. 367 e 585, nº II, do Código de Processo Civil).

28. Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, p. 377. Para Gandolfi (*Il principio...*, p. 367-368), a distinção entre essas duas espécies de conversão não faria sentido em ordenamentos nos quais exista regra expressa sobre a matéria.

29. João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 334-335.

6. BREVE EXAME DOS REQUISITOS DA CONVERSÃO SUBSTANCIAL, NO DIREITO BRASILEIRO

Identificada a conversão (*substancial*) do art. 170 do novo Código Civil como um procedimento de (re)qualificação de certo negócio jurídico nulo, passemos ao exame de seus requisitos:

a) em primeiro lugar, o negócio a ser "convertido" deve ser *nulo*. No direito brasileiro, ao menos *de lege lata*, parece difícil admitir a conversão dos negócios meramente *anuláveis* (para os quais há a possibilidade de *confirmação*: art. 172) ou mesmo daqueles cuja nulidade já foi pronunciada por sentença transitada em julgado (sobre eles, *infra*, nº 8). Parece, todavia, a despeito do silêncio da lei, ser admissível a conversão de certos negócios meramente *ineficazes* (*v.g.*, pacto antenupcial, ao qual *não* se seguiu casamento[30], mas mera *união estável*, e que, embora ineficaz como negócio daquela natureza, pode produzir, todavia, os efeitos do *"contrato escrito"* a que alude o art. 1.725 do novo Código Civil)[31];

b) em segundo lugar, a despeito da literalidade da lei (*"partes"*, *no* plural), a conversão tanto pode atingir negócios jurídicos *bilaterais* como *unilaterais*. Constituem exemplos de conversão de negócios unilaterais: o falso reconhecimento de um filho — crime do art. 242 do Código Penal — poderia valer, segundo alguns[32], como adoção; o legado em testamento *nulo* pode ser válido como reconhecimento de dívida do testador[33]; a renúncia antecipada da prescrição — *nula* como tal[34] pode valer como ato do devedor que interrompe a prescrição (novo Código Civil, art. 202); a nota promissória, nula por defeito *formal*, pode valer como confissão de dívida;

c) em terceiro lugar, o negócio "substituto" deve ter a aptidão para realizar, *ao menos em certa medida*, os *fins práticos* do negócio "convertido". A doutrina reconhece que a conversão normalmente *reduz* a utilidade prática que as partes poderiam alcançar, se válido fosse o negócio[35]. Assim, por exemplo, embora o direito de voto não possa ser validamente cedido sem a simultânea transferência do próprio *status* de sócio, o negócio de cessão daquele direito pode, todavia, valer como *procuração* para o seu exercício (o cessionário pode-

---

30. O art. 1.653 do novo Código Civil, com maior rigor terminológico que o anterior, declara *ineficaz* (e não *nulo*) o pacto antenupcial *"se não lhe seguir o casamento"* (art. 1.653).
31. Para outros exemplos ilustrativos de conversão de negócio jurídico *ineficaz*, João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 362 e 374, nota nº 65.
32. Vejam-se as considerações de João Alberto Schützer Del Nero (e o acórdão por ele examinado), *Conversão Substancial...*, pp. 289-292 e 422-423. O exemplo, *de lege lata*, nos parece no mínimo discutível.
33. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LVI, § 5.733, nº 17.
34. "A renúncia da prescrição (...) só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, *depois que a prescrição se consumar*" (novo Código Civil, art. 191).
35. Criscuoli, *Il contratto*, p. 374. Já Grassetti (*L'interpretazione...*, p. 173) acentuava que o negócio substituto produz *"effetti giuridici più limitati o diversi che quello nullo"*; e, pouco adiante (p. 179), descrevia o possível resultado da conversão como uma *"redução"* do fim prático perseguido.

ria efetivamente votar, embora *em nome do cedente*, e não como titular de uma participação no capital social, expressa em cotas ou ações); a compra e venda, sendo nula, pode valer como promessa (não se criaria, desde logo, a obrigação de transferência do domínio, mas apenas a de celebração de outro contrato, definitivo);

Neste ponto, é lícito antever a repetição, entre nós, do exaustivo debate, travado alhures, acerca da necessidade de identificação de uma "vontade hipotética" ou "presumida" das partes, dirigida ao negócio "substituto". O texto brasileiro, ao menos em sua literalidade, reprodúz a exigência, presente também noutros ordenamentos (*supra*, nº 2), de que o negócio jurídico, decorrente da conversão, corresponda àquele que *"as partes teriam querido, se houvessem previsto a nulidade"*. Mesmo em obras doutrinárias recentes, tem-se aludido — por exemplo, na Itália — ao requisito *"essencialmente subjetivo (...) representado pela vontade hipotética das partes, razoavelmente dedutível de todo indício útil, de concluir o contrato diverso se tivessem conhecido a nulidade daquele efetivamente estipulado"*[36].

Parece mais acertado, porém, ver nessa "vontade hipotética" mera *ficção*[37], pois as partes, em verdade, *nenhuma vontade tinham de concluir qualquer outro negócio diferente daquele que, afinal, se mostrou nulo*. A oração condicional *"se houvessem previsto a nulidade"* inequivocamente aponta no sentido de que, para haver conversão, *as partes nem previram a nulidade, nem, com maior razão, tinham conhecimento dela*[38]. Por isso, tem-se procurado substituir o suposto requisito daquela "vontade hipotética" por um juízo puramente *objetivo*, que possa, no caso concreto, afirmar que os novos efeitos, decorrentes do procedimento conversivo, são *"idôneos a satisfazer os interesses das partes em tal medida a justificar a manutenção"* do negócio[39];

d) por fim, a conversão pressupõe a inexistência de uma *vontade alternativa*: as partes apenas desejaram realizar o negócio "convertido", e não o negócio "substituto". Se, ao contrário, as partes *efetivamente anteviram a possibilidade de ser nulo o negócio que fizeram*, e, prevendo-o, *dispuseram que, nessa hipótese, o negócio produziria os efeitos de outra espécie negocial*, o caso já não mais será de verdadeira conversão, mas daquilo que a doutrina chama negócio jurídico "com vontade alternativa" (por exemplo, testamento com cláusula codicilar)[40].

---

36. Criscuoli, ob. cit., p. 375. Para uma defesa dessa posição, Teresa Luso Soares, *A Conversão...*, p. 46: *"(...) A vontade hipotética não é uma vontade irreal ou inexistente. Não é puramente subjectiva ou arbitrária. É um critério mediante o qual, tendo em atenção o domínio negocial querido e fixado pelas partes, as circunstâncias concretas em que um determinado negócio jurídico se celebrou e as finalidades práticas que o motivaram, se procura o que elas razoavelmente teriam querido, caso previssem a sua invalidade"*. Parece-nos que a argumentação, antes de fortalecer a teoria da "vontade hipotética", acaba, em realidade, por enfraquecê-la, ao situar nas *"circunstâncias concretas"* e nas *"finalidades práticas"* do negócio os fatores preponderantes na avaliação da possibilidade de conversão.
37. Gandolfi, *Il principio...*, p. 372.
38. Como bem expunha Grassetti (*L'interpretazione...*, p. 171), essa vontade "hipotética" corresponderia a *"circunstâncias que em realidade* [as partes] *não consideraram"*.
39. C. Massimo Bianca, *Il contratto*, p. 595.
40. João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 231, 251, 315 e 340-341; Teresa Luso Soares, *A Conversão...*, p. 76; Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, p. 104, nota nº 83.

8. LIMITES À CONVERSÃO

Examinemos, agora, alguns fatores impeditivos da conversão.

Se as partes *conheciam* a causa da nulidade, o negócio não pode converter-se[41]. Essa afirmação — que naturalmente decorre da cláusula *"se houvessem previsto a nulidade"* põe em relevo a distinção entre as hipóteses de conversão e de simulação relativa: na primeira, a vontade apenas se dirige à realização do negócio "convertido", não, porém, à do negócio que o "substitui"; na segunda, a vontade apenas se dirige ao negócio *dissimulado*, não ao aparente. Assim, "o negócio em que o nulo se converte é um negócio não querido, coisa que, pelo contrário, não pode dizer-se do negócio dissimulado. O único — bastante vago, enfim — ponto de contato, que, talvez, pudesse ver-se, entre os dois fenômenos, estaria no fato de que em ambos prevalece o propósito prático perseguido pelos sujeitos"[42].

Se a nulidade se origina de *incapacidade absoluta* da parte, exclui-se a conversão, pois o defeito, que atingiu o negócio concretamente realizado, também macularia o negócio "substituto". Ora, a conversão visa à produção dos efeitos desse último, no pressuposto de que ele *possa, efetivamente, produzi-los*, porque contidos, no negócio nulo, *todos* os requisitos de validade do negócio "substituto".

Tampouco se poderá cogitar de conversão nas hipóteses de nulidade decorrente da ilicitude do *"motivo determinante, comum a ambas as partes"* (novo Código Civil, art. 166, nº III), ou quando o negócio *"tiver por objetivo fraudar lei imperativa"* (art. 166, nº VII). Vale, para o direito brasileiro, a observação, formulada na Itália, de que a aplicação da regra sobre conversão *"é conexa à avaliação positiva do propósito prático perseguido pelas partes"*[43]. Por evidente, tal avaliação seria inadmissível em qualquer dos dois casos.

Se o negócio *já foi declarado* nulo, por sentença transitada em julgado, descabe, de igual modo, a conversão, em processo posterior entre as mesmas partes, onde a validade do negócio tenha, de igual modo, relevância para o julgamento de mérito (*"lide logicamente subordinada"*, na linguagem dos processualistas[44]). Mesmo que a conversão não tenha sido argüida como matéria de defesa — e parece duvidoso que ela pudesse ser conhecida de ofício[45], incidiria o art. 474 do Código de Processo Civil: *"Passada em julgado a sentença*

---

41. Galgano, *Il negozio giuridico*, p. 350; Teresa Luso Soares, *A Conversão...*, p. 59.
42. O trecho entre aspas é de Lina Bigliazzi-Geri, citada por João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, p. 401.
43. Lina Bigliazzi Geri, citada por João Augusto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, p. 358.
44. José Carlos Barbosa Moreira, "A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro", *in Temas de Direito Processual (Primeira Série)*, pp. 97 e segs. (a expressão aparece na p. 106).
45. O ponto, a rigor, mereceria investigação mais profunda (quiçá, um outro artigo). Limitamo-nos, porém, a registrar a opinião de Teresa Luso Soares, *A Conversão...*, pp. 58-59: *"A conversão opera,*

de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido".

Por último, não se abre espaço à conversão se o negócio, que se pretende ver "convertido", é *inexistente*[46]. O art. 170 do novo Código Civil exige negócio *nulo*; e negócio nulo é, por imperativo lógico, negócio *existente*[47].

por outro lado, para satisfazer a confiança das partes na protecção jurídica. Para conservar os valores jurídicos, mas tendo em vista as finalidades práticas visadas. Daqui resulta não poder converter-se um negócio inválido contra a vontade e os interesses das partes. Como tal, não pode o juiz decretar oficiosamente a conversão. É preciso que as partes a requeiram". Em sentido idêntico: Luís A. Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, pp. 369 e segs. Breves indicações da jurisprudência da *Corte di Cassazione*, sobre o ponto, em Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. cit., t. cit., p. 317, nota nº 100; Id., *Il negozio giurdico*, p. 349, nota nº 160.

46. Pontes de Miranda, *Tratado...*, t. LVI, nº 12, p. 379; C. Massimo Bianca, *Il contratto*, p. 595; João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 355 e segs.; Luís A. Carvalho Fernandes, *A Conversão...*, pp. 237 e segs.

47. Convém recordar, neste ponto, a seguinte lição: "A validade é, pois, a qualidade que o negócio jurídico deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas ('ser regular'). Validade é, como o sufixo da palavra indica, *qualidade* de um negócio existente. 'Válido' é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas" (Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico*, p. 42, destacado no original).

9. BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 7ª reimp., 1992.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, Saraiva, São Paulo, 4ª ed., 2002.

BARBERO, Domenico. *Sistema de derecho civil*, vol. I, EJEA, Buenos Aires, 1967 (trad. da 6ª ed. Italiana por Santiago Sentis Melendo).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual (Primeira Série)*, Saraiva, São Paulo, 2ª ed., 1988.

BIANCA, C. Massimo. *Il contratto*, Giuffrè, Milão, 1987 (*rist.*).

CRISCUOLI, Giovanni. *Il contratto*, Cedam, Pádua, 1996.

DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão Substancial do Negócio Jurídico*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

DÍEZ-PICAZO, Luis, e GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 7ª ed., 1995.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, Quid Juris, Lisboa, 1993.

GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*, vol. III, t. 1° do *Trattato di diritto civile e commerciale* de Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, Giuffrè, Milão, 2ª ed., 2002.

GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. I, Cedam, Pádua, 1990.

GANDOLFI, Giuseppe. *"Il principio di conservazione dell'atto invalido: fra continenza 'sostanziale' e volontà 'ipotetica'"*, *in Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. II, t. 1, Giuffrè, Milão, 1991.

GOMES, Orlando. *Contratos*, Forense, Rio de Janeiro, 17ª ed. (atualizada por Humberto Theodoro Júnior), 1997.

GRASSETTI, Cesare — *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Cedam, Pádua, 1983 (*rist.*).

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XXI, Forense, Rio de Janeiro, 4ª ed., 2004.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, reimp., 1997.

MOTA PINTO, Paulo. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. IV, Borsoi, 3ª ed., 1970, e t. LVI, Borsoi, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1968.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. VI, Forense, Rio de Janeiro, 15ª ed. (atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira), 2004.

SOARES, Teresa Luso. *A Conversão do Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1986.

DIREITO
ROMANO

EXERCÍCIO TARDIO DE SITUAÇÕES JURÍDICAS ATIVAS. O SILÊNCIO COMO FATO JURÍDICO EXTINTIVO: RENÚNCIA TÁCITA E *SUPPRESSIO*.

FREDIE DIDIER JR. / DANIELA BOMFIM

1. Síntese da causa.

Trata-se de ação ordinária ajuizada por A. LTDA contra A. S/A por meio da qual se requer *(i)* seja certificada obrigação de pagar quantia no valor de R$102.775,56 (cento e dois mil setecentos e setenta e cinco mil e cinquenta e seis centavos), a título indenizatório, haja vista suposta ocorrência de danos decorrentes da ruptura desmotivada e unilateral de relação contratual de transporte de mercadorias; *(ii)* seja certificada a obrigação de pagar quantia no valor de R$689.109,68 (seiscentos e oitenta e nove mil cento e nove reais e sessenta e oito centavos), decorrente do inadimplemento de obrigação estipulada no contrato; *(iii)* seja certificada a obrigação de pagar a quantia de R$492.447,05 (quatrocentos e noventa e dois mil quatrocentos e quarenta e sete reais e cinco centavos), em razão da incidência de juros moratórios por força do inadimplemento contratual; *(iv)* seja certificada a obrigação de pagar a quantia de R$ 3.557.984,99 (três milhões quinhentos e cinquenta e sete mil novecentos e oitenta e quatro reais e noventa e nove centavos), como indenização pelos lucros cessantes em razão da ruptura contratual.

Alegou a autora que, em 01.09.1984, as partes (em verdade, as suas antecessoras) celebraram contrato de transporte de mercadorias, por meio do qual as concordaram que os transportes das mercadorias vendidas pela ré seriam feitos pela autora, que, por sua vez, assumia o risco de eventual perecimento da coisa durante o transporte, mediante a contraprestação correspondente a 0,25% sobre o valor das mercadorias transportadas no mês. Vale dizer: o preço do transporte seria pago pelo cliente, que, por sua vez, poderia exigir que o transporte fosse feito por outrem.

Sustentou que, em 1993, a ré não permitiu mais que a autora realizasse o transporte das mercadorias, deixando de informá-la do cronograma de carregamento. Em face da ruptura contratual, alegara que sofrera danos emergentes e lucros cessantes. Demais disso, alegara que a contratante deixou de efetuar o pagamento correspondente a 0,25% da mercadoria mensalmente transportada, conforme houvera sido pactuado.

Em sua defesa, a demandada alegou *(i)* a ocorrência da prescrição, por força da incidência do art. 178, §10, III, do Código Civil de 1916, que previa o prazo prescricional de 05(cinco) anos quanto à exigibilidade de direito de receber juros ou quaisquer outras prestações acessórias pagáveis anualmente ou em períodos mais curtos, o que, segundo a demandada, se verificaria no caso dos autos; *(ii)*

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 50 (3ª Fase), out./dez. 2013, p. 13-40.

a ocorrência da prescrição por conta da incidência do art. 178, §6º, II, do Código Civil antigo, segundo o qual o prazo prescricional para seja exercida a pretensão material concernente a direitos decorrentes de contrato de seguro era de um ano; *(iii)* em razão da ausência de previsão quanto à possibilidade ou não de resilição contratual, a ré informou à autora o seu interesse em extinguir a relação contratual; *(iv)* existia um negócio não formalizado por meio do qual se acordara que a ré iria incluir o equivalente a 0,25% na mercadoria a ser transportada.

Veio sentença aos autos julgando antecipadamente os pedidos, nada obstante o requerimento de produção de provas, por considerar que *(i)* "a alegação de quitação não pode ser comprovada oralmente", no que concerne ao pedido de certificação de pagar quantia em razão do inadimplemento contratual; *(ii)* a demandada afirmou genericamente a ausência de dano por força da ruptura contratual, deixando, inclusive, de aduzir os motivos do rompimento; *(iii)* a verificação da extensão dos danos poderia ser feita quando a sentença fosse liquidada.

Considerou, ainda, a não ocorrência da prescrição no caso dos autos, já que não incidira o art. 178, § 10, III, do então Código Civil, já que a obrigação descrita no contrato se trata de obrigação autônoma, e não acessória. Ademais, tratar-se-ia de suporte fático concreto do art. 177 do revogado CC. De outra parte, não incidiria no caso o art. 138, §6, III, do CC-16, pois não seria contrato de seguro.

Na sentença, afirmou-se que restaram incontroversos nos autos: *(i)* a existência do contrato – válido e eficaz; *(ii)* a obrigação de pagar os 0,25% do valor da mercadoria transportada; *(iii)* a exclusividade do transporte; *(iv)* a ruptura contratual não motivada.

Em sua fundamentação, a sentença considerou a ruptura contratual um ato abusivo e, pois, ilícito, já que a contratante o fez por meio de uma forma abrupta, sem aviso prévio e sem o consentimento da outra parte. Dessa forma, certificou-se o direito de a autora ser indenizada pelo rompimento contratual pelos danos materiais sofridos (danos emergentes e lucros cessantes).

No que concerne à alegação do inadimplemento contratual e o consequente pedido de receber a quantia correspondente, considerou-se que a demandada deixou de alegar o pagamento nos termos estabelecidos no contrato, e, ainda, que a tese de que o 0,25 % era acrescido na carga transportada (em natura) é inidônea para afastar a responsabilidade da ré. Dessa forma, certificou-se o direito de receber quantia concernente a 0,25% do valor das mercadorias transportadas de 01.09.1984 a 30.05.1993.

Foi interposto recurso de apelação, alegando cerceamento de defesa, em face do julgamento antecipado dos pedidos, razão por que se requereu o provimento do apelo para decretar a nulidade da sentença. Demais disso, que fosse, eventualmente, provido o recurso para, reformando a sentença, julgar improcedentes os pedidos formulados na peça vestibular. Por fim, e ainda em caráter eventual, que fosse provido o recurso para que, reformando a sentença parcialmente, a correção monetária incidisse após a propositura da ação e os juros, a partir da citação.

Negou-se provimento ao recurso, sob os seguintes fundamentos: ***(i)*** houve ruptura unilateral e injustificada do contrato; ***(ii)*** não se sustenta a tese de que o percentual de 0,25 % deveria ser entregue em mercadoria; ***(iii)*** não houve prova de pagamento, que só poderia ser comprovado documentalmente; ***(iv)*** não se verificara a prescrição, no caso dos autos; ***(v)*** configurado o fato jurídico da responsabilidade civil, há o dever de indenizar pelos lucros cessantes, a serem apurados em posterior liquidação.

Foram opostos embargos de declaração pela demandada/apelante, acolhidos parcialmente apenas para expressamente ultrapassar o argumento de ilegitimidade ativa.

Foi, então, interposto recurso especial, tendo como causa de pedir violação a literal disposição de lei, quais sejam, ***(i)*** violação aos arts. 3º, 295, II, e 371, I, do CPC, haja vista que a autora não é a titular do direito afirmado e certificado; ***(ii)*** violação aos arts. 178, §10, III, e 178, §6, II, do Código Civil de 1916, os quais teriam incidido no caso em tela, ***(iii)*** violação aos arts. 138 e 205 do Código Comercial antes vigente, já que o termo para a incidência de juros e correção monetária seria a data do recebimento da notificação judicial. Demais disso, o recurso especial teve como causa de pedir a existência de dissídio jurisprudencial (art. 105, III, c, CF88) no que concerne à solução atribuída a casos de pedido de certificação de direito de receber quantia decorrente de prestação de serviços documentada em notas fiscais emitidas por terceiros.

Foi também interposto recurso extraordinário, tendo como causa de pedir a violação ao art. 5º, LV, da Constituição Federal.

O recurso especial foi parcialmente admitido no juízo *a quo*, apenas no que concerne à violação aos arts. 178, §6º, II, e §10º, III, do CC-16. O recurso extraordinário não foi admitido.

2. Primeiras considerações.

Consulta-nos A. S/A acerca da existência atual das situações jurídicas ativas (afirmadas pela autora) de receber as quantias equivalentes a 0,25% do valor das mercadorias por elas transportadas de setembro de 1984 a maio de 1993, por força da cláusula quarta do instrumento contratual de fls. 31-32 dos autos.

É o que se passa a analisar.

A análise, por sua vez, será feita sob dois enfoques diversos, mas não necessariamente excludentes entre si.

Em um primeiro momento, verificar-se-á se o comportamento omissivo da transportadora pode ser caracterizado como uma declaração tácita de vontade elemento de uma renúncia.

Em um segundo momento, analisar-se-á se, independentemente da vontade da transportadora, ter-se-ia configurada situação de confiança da consulente idônea a justificar a incidência do princípio da boa-fé.

3. Primeiro momento: análise do caso sob o aspecto da vontade exteriorizada pelo titular do direito (afirmado).

3.1 O negócio jurídico na teoria do fato jurídico.

O mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos, que são os fatos da vida qualificados (como jurídicos), por força da incidência da norma jurídica. O fenômeno de juridicização ocorre quando se verifica a suficiência do suporte fático concreto, vale dizer, quando os fatos da vida são correspondentes (para que se possa fazer jus à concepção de "sistema móvel", preferimos, aqui, utilizar a expressão "correspondentes", e não "coincidentes") aos pressupostos previstos abstratamente na hipótese normativa (suporte fático abstrato da norma).

Sobre o fenômeno da juridicização, é célebre a metáfora utilizada por Pontes de Miranda: "para que os fatos da vida sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os "jurídicos""[1]. E mais adiante: "ocorridos certos fatos-conteúdo, ou suportes fácticos, que têm de ser regrados, a regra jurídica incide. A sua incidência é como a da plancha da máquina de impressão, deixando a sua imagem colorida em cada folha"[2].

Como se vê, as noções de fato (da vida), suporte fático e fato jurídico não são coincidentes.

Os fatos (da vida) pertencem ao mundo (dos fatos) e, para que ingressem no mundo jurídico, é preciso que sejam qualificados (como jurídicos) pela incidência normativa. Veja-se: todo fato jurídico é também fato da vida (o contrário não é correto afirmar), razão por que o mundo jurídico está contido no mundo da vida.

A expressão "suporte fático" reflete, em seu significado, duas facetas: ***(i)*** suporte fático hipotético ou abstrato, que é a hipótese fática prevista na norma jurídica; ***(ii)*** suporte fático concreto, caracterizado pela configuração, no mundo dos fatos, dos elementos previstos abstratamente[3]. O suporte fático abstrato é um conceito do mundo dos pensamentos, na medida em que é elemento das proposições jurídicas, mas não coincide com o fato jurídico, sendo-lhe, inclusive, prévio no fenômeno jurídico.

O suporte fático concreto é um conceito do mundo dos fatos[4], mas não corresponde ao conceito de fatos (da vida). Como afirma Marcos Bernardes de Mello, "entre o fato (real), ou seja, o fato em si mesmo, e o suporte fático há o elemento valorativo, que os qualifica diferentemente"[5].

Esta diferença também é realçada por Karl Larenz, ao distinguir as noções de "situação de fato em bruto" e "situação de fato definitiva" (o enunciado fático).

1 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 1, p. 6.
2 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de direito privado*, t. 1, cit., p. 11.
3 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 39.
4 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed., cit., p. 38.
5 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed., cit., p. 63.

Na premissa menor do silogismo da determinação da consequência jurídica ("S é um caso de P"), "S" não seria a situação de fato bruto (e note-se que também esta seria resultado de alguma interpretação), mas, sim, um enunciado fático construído pelo intérprete, a partir das possíveis proposições jurídicas aplicáveis no caso.[6]

Veja-se: a valoração não está apenas no substrato fático abstrato (realizada pelo legislador), mas na construção do substrato fático concreto, que seria decorrente de um julgamento (valorativo) dos fatos. Não se interpretam apenas os textos normativos (para que se "reconstruam" as normas), mas também os fatos, para que se construam os respectivos enunciados fáticos (substratos fáticos concretos), à luz do caso particular, e para que se verifique a sua correspondência com a hipótese abstratamente prevista. Isso porque os fatos são também devem ser vertidos em linguagem, logo seus signos devem ser interpretados para que se "construam" os seus significados.

Pois bem.

Os fatos jurídicos (em sentido lato) podem ser classificados em razão do elemento cerne (nuclear) do suporte fático, assim entendido como o aquele "que determina a configuração final do suporte fático e fixa, no tempo, a sua concreção"[7]. Os elementos nucleares do suporte fático influem diretamente na existência do fato jurídico.

Nesta classificação, há os atos jurídicos em sentido lato, aqueles cujo suporte fático tenha como elemento nuclear a exteriorização consciente da vontade humana. O ato jurídico em sentido lato é gênero do qual são espécies o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico.

Em se tratando de ato jurídico em sentido estrito, a vontade humana (exteriorizada) é elemento do suporte fático, mas ela não atua quanto aos efeitos decorrentes do ato jurídico (vale dizer, não atua quanto ao plano de eficácia do ato, mas apenas quanto ao seu plano de existência). Cuida-se de efeitos pré-estabelecidos pela norma, efeitos necessários. Praticamente inexiste possibilidade de escolha da categoria jurídica.

Em se tratando de negócios jurídicos, a vontade é elemento relevante quanto à existência e quanto à eficácia do ato jurídico. Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello:

> [...] o direito não recebe a vontade manifestada somente como elemento nuclear do suporte fático da categoria que for escolhida pelas pessoas, mas lhe reconhece, dentro de certos parâmetros o poder de regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituam a conteúdo eficacial das relações jurídicas que nascem do ato jurídico.[8]

---

6 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 391 e segs.
7 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed., cit., p. 49.
8 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed., cit., p. 148-149.

Como se viu, os negócios jurídicos (como atos jurídicos em sentido lato) são fatos jurídicos cujo elemento cerne do suporte fático é a vontade humana exteriorizada (o que pressupõe, certamente, a sua consciência). Sem exteriorização de vontade humana, que será não há negócio jurídico e nem tampouco irradiação de seus efeitos.

3.2. As formas de exteriorização da vontade como elemento fático dos atos jurídicos em sentido amplo (dentre os quais os negócios jurídicos).

Sobre a "exteriorização da vontade", como pressuposto fático dos atos negociais, PONTES DE MIRANDA afirma que abrangeria a manifestação da vontade (atos de vontade adeclarativos) e a declaração de vontade, que poderia ser, por sua vez, expressa ou tática. Note-se que algumas manifestações seriam tão próximas das declarações que poderiam ser consideradas juridicamente como declarações. Eis a lição do autor:

> "Alguns atos adeclarativos (manifestações simples de vontade) estão tão próximos das declarações de vontade que se têm, juridicamente, como declarações de vontade tácitas... Tácito, aí, significa 'silente", 'calado', sem se indagar se houve ato, ou não. Os atos volitivos adeclarativos são sem declaração, posto que manifestem vontade; os atos, de que falamos, têm declaração de vontade silente, - ou porque a regra jurídica, como a propósito da revogação (re-vocatio) dos testamentos pela destruição, ou da revogação do mandato (art.1709 e 1316, I), tenha dito que como 'declaração' de vontade de determinado conteúdo se devera considerar, ou porque, segundo as circunstâncias, o que deixa de falar sabia que se teria por declaração de vontade de determinado conteúdo o seu silêncio.
>
> No ato volitivo adeclarativo, o ato é indício de vontade, talvez de vontade de negócio; na declaração de vontade tácita ou pelo silêncio, ainda o é, mas há o *plus* da declaração de vontade, embora sem palavras"[9].

Assim, poder-se-ia imaginar uma linha de gradação entre a manifestação de vontade, a declaração tácita de vontade e a declaração expressa de vontade, sendo certo que os três níveis de exteriorização da vontade poderiam compor o substrato fático concreto do negócio jurídico (salvo quando, no aspecto formal, se exija a declaração expressa).

MARCOS BERNARDES DE MELLO identifica as declarações tácitas como "manifestações de vontade". Exteriorizações poderiam ser manifestações (exteriorizações tácitas) e declarações (exteriorizações expressas).[10]

9 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 3, p. 5-6.
10 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed., cit., p. 141-142.

Paulo Mota Pinto vale-se da dicotomia declaração tácita/declaração expressa no sentido que costuma ser atribuído à dicotomia manifestação/declaração (como o próprio Marcos Bernardes de Mello), ressaltando que a diferença, nesse particular, seria apenas terminológica[11]. Nega o autor a doutrina dos negócios sem declaração (os chamados negócios de vontade), mas, como ressalta, adota um conceito amplo de declaração. Para ele, os casos apontados como "atuações de vontade" seriam pressupostos fáticos de atos jurídicos em sentido estrito ou seriam declarações táticas, como pressuposto do ato negocial[12].

A controvérsia reside, portanto, em questões terminológicas, em razão de adotar-se um conceito restrito ou amplo de declaração. Não devemos, aqui, permanecer nela. O que se deve atentar é o seguinte: *compõem os substratos fáticos dos negócios jurídicos não apenas as chamadas declarações expressas de vontade, mas também as declarações tácitas/manifestações de vontade (e isso não mais se questiona, atualmente).*

Adotando a concepção ampla de declaração de Paulo Mota Pinto, distinguem-se as suas modalidades (expressa ou tácita) em razão da configuração de relação entre manifestante e manifestado, contrapondo a manifestação por símbolo e por sinais.[13] Segundo o autor:

> "O símbolo tem uma dimensão semântica constante, uma identidade objectiva, conservando a sua base convencional nos diversos contextos em que insere. É, por isso, menos ambíguo, menos equívoco, mesmo se o significado se precisa se precisa definitivamente apenas na situação concreta. [...] o sinal não tem sequer uma relação semântica constante, devendo a sua capacidade significativa inteiramente às circunstâncias semânticas em que se insere. Ao sinal pode, por convenção, ser atribuído um significado, sendo empregue para finalidades expressivas – ou melhor, como símbolo. Normalmente, não consente, porém, ilações pré-estabelecidas, dependendo a relação entre manifestante e manifestado totalmente das circunstâncias ambientais[14]".

Os fatos (da vida) são significantes. Estão inseridos no contexto linguístico. Carece de utilidade pensar em um mundo pré-linguístico (na "coisa em si", sendo mesmo questionável que esta exista). A linguagem é o caminho percorrido entre significante e significado. A língua, por exemplo, é uma espécie de linguagem, mas não é a única.

---

11 "Realmente, na doutrina que emprega a expressão "manifestação em sentido estrito", nota-se frequentemente uma coincidência entre a distinção declaração/manifestação e a separação declaração tácita/expressa – portanto, uma simples transposição de designações." (PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Lisboa: Almedina, 1995, p. 452)
12 PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 543 e segs.
13 PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 515.
14 PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 516.

Signos e sinais são significantes, cujos significados serão reconstruídos no caso concreto. Distinguem-se, todavia, pela existência ou não de uma relação semântica prévia, dentro de determinado "jogo de linguagem". Quanto aos símbolos, haveria uma função semântica pré-estabelecida (mas não definitiva); uma concepção prévia convencional do seu significado que pode ser confirmada ou infirmada no processo do compreender, no caso concreto. Em se tratando de sinais, inexistiria uma relação semântica prévia, de forma que o seu significado, naquele jogo de linguagem, será construído por força da "moldura das circunstâncias"[15].

Nesse contexto, se a vontade é exteriorizada por meio de símbolos, cuida-se de declaração expressa; se por meio de sinais, declaração tácita. Note-se que os conceitos de símbolos e sinais não são absolutos, mas relativos. É bem possível que determinado fato seja símbolo em uma dada situação e sinal em outra. O que se deve observar é a existência ou não de alguma relação semântica pré-estabelecida. Apenas, no caso, será reconstruído o significado do manifestante, por meio da interpretação.

Nesse sentido, por exemplo, como se verá, nem sempre o silêncio será sinal (como poderia concluir-se, em um primeiro momento). Acaso lhe seja atribuído um conteúdo significativo prévio, tratar-se-á de símbolo e, portanto, de declaração expressa de vontade.

Não há relação necessária entre declaração expressa (simbólica) e a língua (verbal ou escrita). As declarações expressas podem ser gestuais, como ocorre com a linguagem dos surdos-mudos e a comunicação em morse.[16] De outra parte, a exteriorização de vontade por meio de signos linguísticos não será sempre declaração expressa[17].

Em síntese, há declaração expressa quando o fato significante tem um conteúdo semântico, naquele contexto de linguagem, pré-estabelecido. Há declaração tácita, por sua vez, quando, inexistente (ou praticamente inexistente) uma relação semântica antecedente, de forma que o juízo acerca de sua existência e de seu conteúdo depende de forma decisiva das circunstâncias do caso.

A noção de declaração tácita é uma evidente manifestação do pensamento tipológico, ao qual se refere Karl Larenz, já que os tipos se concretizam pela "imagem fenomênica global" decorrente do conjunto de notas distintivas (os sinais) que podem estar presentes em graus distintos.[18] Cuida-se da noção de "sistema móvel". Importa verificar se, globalmente, as circunstâncias fáticas conduzem à configuração de uma vontade exteriorizada.

Veja-se que as circunstâncias ambientais terão também espaço na interpretação dos símbolos (da declaração expressa). A diferença está também, pois, no grau de necessidade de sua análise.

---

15 PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 517.
16 PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 518.
17 "As palavras e outros símbolos só revelam na sua significação normal para a declaração expressa, pois em relação à declaração tácita funcionam como mero sinal". (PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 519)
18 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 662.

Ainda algumas considerações.

Primeiro, para que componha o suporte fático de qualquer ato jurídico em sentido amplo, deve-se verificar a consciência da exteriorização da vontade, quanto ***(i)*** à vontade em si mesma, ou seja, o conteúdo da vontade exteriorizada e ***(ii)*** a vontade de exteriorizar/declarar, expressa ou tacitamente.[19] Se inexiste consciência, inexiste vontade exteriorizada, não se verifica a suficiência do suporte fático do ato jurídico (em sentido lato). A consciência é essência do próprio elemento nuclear fático, quer se trate de declaração expressa, quer se trate de declaração tácita (ou manifestação).

A inconsciência da vontade exteriorizada não se confunde com eventual vício nela verificado. A inconsciência significa inexistência de exteriorização da vontade e, consequentemente, não verificação da suficiência do suporte fático do fato jurídico. Estamos, pois, em seu plano de existência. O vício na vontade exteriorizada, como o erro e o dolo, conduz à deficiência do suporte fático (suficientemente configurado). Estamos, no plano de validade, do ato jurídico em sentido lato: o ato existe, mas é defeituoso, podendo ser decretada a sua invalidade.

Ressalte-se, ainda, que, quando se exige a consciência da vontade, não se exige que a parte tenha ciência e a intenção de praticar determinado ato jurídico. Por exemplo, quando alguém entra em um ônibus, certamente não pensa tratar-se de um ato negocial (contrato de transporte), mas há a consciência de entrar no ônibus para ser transportado[20].

Isso é muito importante notadamente quando se trata de verificar a consciência de uma declaração tácita de vontade. Não se exige a intenção de praticar determinado ato jurídico, mas, sim, o conhecimento das circunstâncias fáticas levadas em consideração para que se verifique a declaração (ou manifestação) e o seu conteúdo. Quando se renuncia tacitamente a um direito, não se exige que a parte conheça tratar-se de um negócio jurídico unilateral. A consciência da vontade exteriorizada (por meio de declaração tácita) significa o conhecimento das circunstâncias envolvidas, como a existência do direito e o seu não-exercício deliberadamente. Não se pode considerar que alguém que desconhecia ser titular de um direito tenha exteriorizado vontade como elemento fático da renúncia. O desconhecimento da titularidade do direito é circunstância que, no caso, obstará a verificação da mencionada declaração de vontade.

Segundo, ser "expressa" ou "tácita" é uma questão de forma da exteriorização (declaração em sentido lato) de vontade e, como afirma Marcos Bernardes de Mello, é elemento completante do ato jurídico (em sentido lato). Vale dizer: embora não se trate do seu cerne, cuida-se de elemento que o completa, sendo, pois, essencial à suficiência do suporte fático concreto[21]. Daí por que se há declaração tácita, quando se exige declaração expressa, não há a formação do ato jurídico.

---

19 Nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello: "para compor o suporte fático suficiente de ato jurídico a exteriorização da vontade há de ser consciente, de modo que aquele que a declara ou manifesta deve saber que a está declarando ou manifestando com aquele sentido próprio" (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed., cit., p. 141.)

20 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed., cit., p. 143.

21 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed., cit., p. 140.

3.3. O silêncio como exteriorização de vontade, pressuposto fático de negócios jurídicos.

Costuma-se associar o silêncio à ausência de conduta.

Certamente que o silêncio da natureza assim o é, desde que se cuide de fato independentemente do ser humano – e, portanto, sequer teria relevância jurídica. Ocorre que, como aqui já se disse, carece de razão imaginar fatos isolados da atividade humana e que sejam, pois, pré-linguísticos. Note-se que, quando o silêncio da natureza é compartilhado pelo homem, há o silêncio humano. O silêncio humano é sempre conduta. Pode ser inconsciente ou consciente. O silêncio de quem dorme ou de quem está em coma é uma conduta inconsciente. O silêncio consciente é exteriorização de vontade e, como tal, pode ser relevante para as relações interhumanas, o que justifica a sua regulação pela comunidade jurídica.

Etimologicamente, "silêncio" significa calar. Nesse contexto, o silêncio, em si considerado, seria um ato negativo em relação ao falar, sendo, consequentemente, a abstenção de falar. Em verdade, o silêncio – no sentido que aqui se pretende referir – vai além da sua etimologia: mais do que um não falar, significa um não se manifestar, um não agir.

Nesse sentido, segundo Miguel Maria de Serpa Lopes, se ação é "a manifestação exterior de um ato de vontade", a omissão é a sua antítese, "por se tratar da ausência de um certo movimento corpóreo que se não realiza certamente porque o indivíduo se recusa a levá-lo a efeito".[22] No seu sentido objetivo, continua o autor, "a omissão, o silêncio, o "non fare" correspondem àquilo que da ação forma o momento material, ausência da atividade, da atividade que foi omitida"[23]. Note-se que o autor se refere a "atividade" como conduta positiva, e não como conduta em sentido lato.

Miguel Maria Serpa Lopes também acentua o valor sociológico do silêncio: "agir ou não agir, uma vez que essa ação ou omissão, conscientemente levada a efeito, envolva interesses de mais de um indivíduo, deixa de ser um ato indiferente ao ambiente social".[24]

Em assim sendo, o silêncio como exteriorização da vontade humana (fato da vida em sentido amplo) pode ser "recortado" da sucessividade das relações do mundo para compor núcleo do suporte fático (abstrato) de normas jurídicas. Em outras palavras, o silêncio consciente é exteriorização de vontade e, como tal, pode compor o suporte fático de atos jurídicos em sentido amplo, do qual são espécies os atos jurídicos em sentido estrito e o negócio jurídico.

---

22 LOPES, Miguel Maria Serpa de. *O silêncio como manifestação de vontade*. 3ª ed. Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 136.
23 LOPES, Miguel Maria Serpa de. *O silêncio como manifestação de vontade*, cit., p.137. Ressalta o autor que "no ponto de vista nitidamente psicológico, a antítese desaparece, para se compreender ação positiva e negativa, dentro do mais dilatado conceito de "ação". O ato positivo, como o ato negativo, ambos constituem duas diversas atitudes exteriores de um fenômeno psíquico, em si próprio conceitualmente único". (loc. cit)
24 LOPES, Miguel Maria Serpa de. *O silêncio como manifestação de vontade*, cit., p. 139-140.

Veja-se que, em alguns casos, apesar de configurar-se o silêncio (conduta humana), ele não será núcleo do suporte fático do fato jurídico (em sentido amplo), mas, sim, conduta causal a uma determinada situação fática. Cuida-se dos atos-fato jurídicos caducificantes, como a prescrição. Nesta, é elemento do suporte fático a situação fática decorrente da inação do titular de um direito durante certo lapso de tempo, sendo irrelevante o silêncio (conduta anterior) como exteriorização da vontade. Veja-se: o silêncio não deixa de ser conduta, nem exteriorização de vontade, mas ele não será elemento do suporte fático, tal como ocorre com qualquer ato-fato jurídico – é o fato/evento resultante da conduta voluntária que é apreendida pelo Direito.[25]

Mas, aqui, nos cabe analisar o silêncio como exteriorização da vontade valorada pela comunidade jurídica e, portanto, previsto como elemento do suporte fático de atos jurídicos em sentido lato. Nesse contexto, o silêncio pode configurar-se como comportamento negocial e como comportamento não-negocial.

Como comportamento não-negocial, o silêncio pode ser elemento fático de atos jurídicos em sentido estrito, lícitos ou ilícitos. Por exemplo, o crime omissivo é ato jurídico ilícito em cujo suporte fático se encontra uma conduta omissiva daquele que tinha obrigação de agir.

Como comportamento negocial, o silêncio é elemento do suporte fático de negócios jurídicos, razão por que, como exteriorização de vontade, também irá ser relevante no que concerne à escolha da categoria jurídica eficacial e aos efeitos irradiados. Nesse sentido, Paulo Mota Pinto:

> "[...] silêncio pode ser meio para uma verdadeira declaração negocial – um sinal declarativo ou "meio declarativo. Tratar-se-á, então, de um comportamento negocialmente eficaz, 'modelador de efeitos' segundo o seu significado, e cuja eficácia é apenas reconhecida pelo direito objectivo[26]".

De outra parte, o silêncio pode, no caso concreto, configurar-se como declaração tácita (manifestação) de vontade ou declaração expressa de vontade. Não há relação necessária entre silêncio e declaração tácita de vontade. Isso porque, como aqui já se disse, deve-se averiguar, no caso, a existência de um conteúdo semântico prévio atribuído à inação. Se existente, tratar-se-á de declaração expressa de vontade. Imagine-se, por exemplo, que as partes convencionam que o silêncio de uma delas significa a aceitação de uma proposta contratual ou que

---

25 Sobre os atos-fatos jurídicos, ensina Marcos Bernardes de Mello: "É evidente que a situação fática criada pela conduta constitui uma mudança permanente no mundo, passando a integrá-la definitivamente sem que haja a possibilidade de, simplesmente, ser desconsiderada como (como seria possível se se tratasse, exclusivamente, de conduta). [...] Com esse tratamento, em coerência com a natureza das coisas, ressalta-se a conseqüência fática do ato, o fato resultante, sem se dar maior significância à vontade de realizá-lo. A essa espécie Pontes de Miranda denomina ato-fato jurídico, com o que procura destacar a relação essencial que existe entre o ato humano e o fato de que decorre." (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed., cit., p. 130).

26 PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 698.

se convenciona, em uma reunião de condomínio, que o ato de não levantar a mão (silêncio em sentido amplo) importa votar pela não aprovação do que posto em votação. Nesse sentido, mais uma vez, PAULO MOTA PINTO:

> "[...] o silêncio pode ser equiparado por convenção das partes a um elemento de uma linguagem. Nestes casos, a omissão poderá encontrar-se então numa relação directa com um significado, pelo que a resultante declaração será expressa, para os efeitos em relação aos quais isso possa ser relevante"[27].

O silêncio é fato e, como tal, será objeto de interpretação para que se construa o enunciado fático – substrato fático concreto de determinado fato jurídico (em sentido lato). Vale dizer: a verificação do elemento concreto "declaração de vontade" e o seu conteúdo será precedida pelo processo do compreender, quer se trate de declaração expressa, quer se trate de declaração na primeira. O processo do compreender, entretanto, será distinto *(i)* quanto à existência ou inexistência de um conteúdo semântico prévio e *(ii)* o grau de relevância da consideração das demais circunstâncias ambientais. Aqui, entra a noção de nexo de concludência em sentido estrito como critério de interpretação para que se atribua ao silêncio o sentido de declaração tácita de vontade. Retornaremos a este assunto ainda neste primeiro momento.

Sobre a interpretação da declaração silenciosa, PAULO MOTA PINTO: "o que se interpreta não é apenas uma omissão, e sim todo o comportamento global da pessoa em causa".[28]

Uma última consideração.

Dispõe o art. 111 do Código Civil: "o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração expressa de vontade". De logo, pode-se afirmar que o mencionado artigo era desnecessário. Não se precisa de texto expresso de lei para que se reconheça que o silêncio pode ser exteriorização de vontade relevante juridicamente.

Ocorre que nem sempre o conteúdo desta vontade exteriorizada será de concordância, anuência. A declaração silenciosa pode, por exemplo, ser elemento fático da renúncia (negócio jurídico unilateral) e o seu conteúdo será de abdicar de dada situação jurídica ativa.

3.4. O caso sob consulta. Configuração da renúncia tácita. Comportamento negocial concludente.

Estabelecidas as premissas a partir das quais o presente caso será primeiramente analisado, vamos adiante.

---

27 PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 693.
28 PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 694.

Em setembro de 1984, a consulente (em verdade, a sua antecessora) celebrou um contrato com a A. LTDA. (dita "contratada"), por meio do qual se estabeleceu *(i)* que o transporte das mercadorias vendidas pela contratante seria realizado pela contratada, salvo em caso de exigência do cliente em sentido diverso e *(ii)* que a contratada seria responsável pelo perecimento da mercadoria transportada, tendo como contraprestação o pagamento pela contratante de 0,25% sobre o montante de mercadorias transportadas no mês. O pagamento do mencionado valor deveria ser realizado até o dia 10 do mês subsequente ao do transporte correspondente. É o que se depreende do instrumento contratual de fls. 31-32.

Note-se que as partes não celebraram um típico contrato de transporte, que é essencialmente um contrato bilateral oneroso, por meio do qual alguém se obriga a transportar coisas ou pessoas mediante retribuição (contraprestação) – art. 730 do CC. Bilateral, porque há dependência recíproca entre as situações jurídicas ativas (direitos) e passivas (deveres/obrigações).

É certo que, em se tratando de contrato de transporte de coisas, a obrigação de pagar o frete possa ser, de comum acordo, transferida ao destinatário.[29] Ocorre que não menos certo é que a exigência do "comum acordo" pressupõe a vontade exteriorizada, de forma que não se admite um contrato por meio do qual se obriga genericamente terceiros sequer ainda conhecidos.

Se considerássemos o contrato em análise como um contrato de transporte, deveríamos também considerar que cada transporte executado seria precedido por uma novação subjetiva da obrigação de pagar o frete (mediante o consentimento do destinatário), o que seria um absurdo. Ora, os contratos são fontes de obrigações que são irradiadas para que sejam cumpridas. Vale dizer: é o adimplemento o modo natural de extinção das obrigações, e não a novação. Pensar em um contrato que tem como fim a extinção de obrigações pela novação é contrário à lógica do nosso sistema.

Daí por que é mais coerente considerar que, no caso em análise, o contrato de transporte seria celebrado casuisticamente entre transportador e destinatário, cabendo a este o pagamento do frete. Veja-se que *(i)* ao cliente, como expressão da autonomia da vontade, caberia expressar vontade no sentido de contratar ou não contratar (esta declaração poderia ser tácita); *(ii)* o cliente poderia celebrar contrato com outra transportadora; *(iii)* destinatário e transportador poderiam proceder à "negociação de fretes" (cláusula III do instrumento contratual).

Poder-se-ia, aqui, sustentar que a transportadora contratada deveria obedecer rigorosamente aos preços estipulados pela contratante (cláusula III do contrato). Ocorre que, na medida em que essa mesma cláusula prevê a possibilidade de "negociação" do preço entre cliente e transportadora, a proposição contratual inicial deixa de ser em certa medida eficaz. Vale dizer: dela não decorria a obrigação de adotar o preço estipulado pela consulente, já que lhe era possível pactuar preço distinto.

---

29 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 378.

Ao que parece, a primeira proposição contratual aqui referida tinha como efeito o estabelecimento de "preços máximos", de forma que se teria obrigado a contratante a não propor valor superior a título de frete aos clientes, como forma, inclusive, de salvaguardar uma boa imagem entre a consulente e seus clientes. É nesse sentido a eficácia da primeira proposição decorrente da cláusula III do contrato. Esta obrigação de não fazer, sim, decorria do contrato de fls. 31-32, mas ela não se referia a qualquer contrato de transporte específico já celebrado – o que parece ser intuitivo. Em se tratando de obrigação de não propor preço superior, pressupunha futura proposta e, portanto, eventual, futuro e novo negócio jurídico bilateral.

Imagine-se, por exemplo, que o destinatário – conhecendo o "teto" estabelecido – propusesse o pagamento de valor a ele superior (sabemos que isso, na prática, seria difícil de ocorrer). Poder-se-ia dizer que não poderia a transportadora aceitar? Acreditamos que não.

Ainda que se considere, eventualmente, que, no momento da formação do contrato de transporte (casuisticamente, e não o contrato de fls. 31-32), seria relevante a vontade exteriorizada da consulente (também quanto à determinação do conteúdo do seu efeito), isso em nada interfere nas conclusões a que chegamos: *(i)* o contrato celebrado em 1984 não era um contrato de transporte, vale dizer, o seu objeto nuclear não era o transporte de mercadorias em si; *(ii)* este contrato não se confunde com os pactos celebrados antes de cada transporte entre transportadora e cliente (ou entre transportadora, expedidora e cliente).

Pois bem.

O contrato celebrado entre a A. S/A e A. LTDA foi contrato atípico misto, composto por dois núcleos.

No primeiro, irradiavam-se, como obrigações respectivas, de um lado a obrigação de a A LTDA. estar disponível para a realização de dado transporte, acaso assim o cliente o desejasse, segundo cronograma encaminhado pela A. S/A; do outro, a obrigação de a A. S/A não sugerir ao cliente qualquer outra transportadora (obrigação de não fazer) – em outras palavras, se o cliente (a quem caberia pagar o frete) não se opusesse, o transporte deveria ser feito pela contratada. Estas seriam as obrigações principais deste núcleo do contrato. Como visto, havia também a obrigação acessória da contratada de não propor preço além daquele estipulado pela contratante.

No outro núcleo, irradiaram-se as obrigações de a contratada suportar qualquer dano ocorrido na mercadoria durante o transporte e de a contratante pagar o equivalente a 0,25% do valor da mercadoria transportada.

De logo, cabe ressalvar que sequer seria necessário que as partes pactuassem que a transportada seria responsável (objetivamente) por suprir eventuais danos na mercadoria transportada. Cuida-se de efeito legalmente pré-estabelecido. O art. 750 do Código Civil prevê que a responsabilidade do transportador tem seu termo inicial no momento que a coisa lhe é entregue e o seu termo final no momento de entrega ao destinatário ou de seu depósito em juízo, se este não for encontrado.

Demais disso, se cabia ao cliente pagar o frete do transporte, cuidava-se a venda (na relação vendedora/cliente) de uma venda "free on board" (cláusula "FOB"), razão por que a responsabilidade da vendedora existiria até o momento de entrega da mercadoria à transportadora. Assim, nem mesmo no que concerne à relação com o cliente, conseguimos imaginar uma hipótese de responsabilidade solidária entre vendedora e transportadora.

Nada obstante, é certo que a finalidade da cláusula quarta do contrato pressupunha uma obrigação solidária entre vendedora e transportadora em face do cliente para que, uma vez verificado o dano, fosse ele integralmente indenizado pela transportadora, eximindo-se a vendedora de qualquer eventual dever de indenizar, no sentido lá constante.

Ainda que se admita que existia a obrigação da consulente de pagar o equivalente a 0,25% sobre o valor da mercadoria transportada e o correspectivo direito da parte adversa de receber esta quantia, ter-se-ia formado, no caso, a renúncia (negócio jurídico unilateral) tendo em seu suporte fático concreto a exteriorização (declaração) tácita de vontade do titular do direito renunciado.

A renúncia é um negócio jurídico unilateral por meio do qual se extingue uma situação jurídica ativa titularizada pelo renunciante. Como negócio jurídico, a vontade exteriorizada não apenas compõe o suporte fático, mas é relevante ao menos para a escolha da categoria jurídica. Como unilateral, não provoca a correspectividade de efeitos jurídicos.

É consequência jurídica da renúncia a extinção de situação jurídica prévia, e não uma obrigação de renunciar. Pode-se, inclusive, dizer que a vontade exteriorizada é, nesse sentido, performativa. Se houve vontade exteriorizada de renunciar, incidiu a norma jurídica, irradiou-se o seu respectivo efeito: a extinção da situação jurídica.

É pressuposto da renúncia a exteriorização de vontade, que pode ser expressa ou tácita. Como regra, não se veda que uma declaração tácita componha o substrato fático (concreto) do referido negócio. O ordenamento, inclusive, em algumas hipóteses, prevê expressamente a sua admissibilidade, tal como ocorre com a renúncia à prescrição (art. 191 do Código Civil).

Como aqui já se disse, a existência da declaração negocial tácita e o seu conteúdo é decorrente da interpretação dos fatos[30]. Assim como ocorre na "expressa", afirmar a existência de uma declaração de vontade negocial é um julgamento (valorativo) para que seja construído o seu enunciado no jogo de linguagem jurídica, a partir de seus sentidos juridicamente possíveis.

A declaração expressa decorre da interpretação de símbolos (de uma linguagem convencional). Há aí uma relação entre significante e significado, ambos compondo a noção de signo. Sendo certo que este caminho entre significante e significado será percorrido no caso concreto, por meio da interpretação, não se pode negar a existência de um conteúdo semântico inerente ao próprio significante.

30 Nesse sentido, PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 748.

Na declaração tácita, não há símbolos de uma linguagem convencional. Há sinais que, globalmente considerados, conduzem à conclusão de uma declaração de vontade. Esse significado é decorrente de um juízo de inferência a partir das circunstâncias concretas. Certamente, este juízo de ilação não pode ser ilimitado.

A partir disso entra a noção de "concludência" – que "significa que se pode tirar uma conclusão a partir de algo".[31] Esta apresenta duas facetas: ***(i)*** a concludência pode ser entendida em sentido amplo como característica em certa medida de toda declaração negocial, que seria sempre uma conclusão acerca do significado declarativo a partir de um determinado comportamento e ***(ii)*** em sentido estrito, apenas para as declarações tácitas, como um limite objetivo ao juízo de inferência dos sinais para concluir a existência e o conteúdo de uma declaração de vontade.[32]

Nesse sentido, Paulo Mota Pinto:

> "[...] a ilação é aqui realizada a partir dos chamados "factos concludentes". Estes são aqueles factos a partir dos quais, de acordo com o critério interpretativo, se pode concluir uma declaração tácita – podem, portanto, ser todos os que se devem considerar do ponto de vista hermeneuticamente relevante, sejam eles positivos ou negativos, desde que se sirvam para constituir uma "impressão do destinatário" no sentido da existência de uma declaração tácita e que não se trate de símbolos integrantes de uma linguagem (pois então a declaração seria expressa)[33]".

Veja-se que os fatos concludentes – a partir dos quais se pode concluir a existência e o conteúdo da vontade exteriorizada – podem ser positivos e negativos. Afinal, como já visto, o silêncio (em sentido amplo) pode ser juridicamente relevante.

Entre o comportamento concludente no contexto concreto e a declaração tácita, há, pois, um nexo de concludência, decorrente de um juízo interpretativo, em que são relevantes "factores de tipicidade social e factores jurídicos".[34] No juízo de concludência, são relevantes critérios gerais práticos, como a ideia de incompatibilidade do comportamento com significados contrários à declaração, sempre à luz do contexto negocial.

O juízo de concludência é norteado também por critérios normativos, por meio dos quais se adota um padrão normativo de conduta para avaliar e compreender o comportamento do agente[35]. A adoção deste padrão normativo de

31 PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 752.
32 PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 749-750.
33 PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 752.
34 PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 768.
35 Segundo Paulo Mota Pinto: "[...] é necessário, por um lado, adoptar um padrão normativo de conduta para a avaliar e compreender o comportamento do agente, e, por outro, poder pressupor que o agente, com o seu comportamento, não está concretamente a desviar-se, a colocar-se à margem daquele padrão." (PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 783)

conduta como critério da interpretação é manifestação da função interpretativa do princípio da boa-fé (boa-fé como norma, e não como fato)[36].

Nesse contexto, tem-se a "imagem juridicamente relevante" daquilo que poderia ter sido compreendido pelo destinatário. Note-se que o juízo de concludência não é um juízo de certeza acerca da intenção daquele que declara – o que também não se exige no que concerne às declarações expressas –, mas, sim, de alto grau de probabilidade da exteriorização da vontade[37].

Então.

No caso sob consulta, as circunstâncias concretas evidenciam um nexo de concludência que permite interpretar o comportamento da A. LTDA. (e sua sucessora) como declaração tácita de vontade para compor o substrato fático concreto da renúncia da situação jurídica ativa (direito) material.

Com efeito, da cláusula quarta do contrato em análise, ter-se-ia irradiado o direito da contratada de receber 0,25% do preço da mercadoria transportada, que se tornaria exigível quando da ocorrência do transporte. A mencionada cláusula cuidava-se, pois, de negócio jurídico submetido a uma condição suspensiva: a realização do transporte. Uma vez ocorrido o transporte, irradiavam-se os seus efeitos próprios, cujo conteúdo seria estruturado pelo direito de receber a quantia referida e seu respectivo dever. Também com a realização do transporte, o direito seria exigível e, portanto, haveria a pretensão material. Note-se que a pretensão é o direito exigível. A exigibilidade do direito subjetivo é um *plus* à sua existência.

Previa o parágrafo único da referida cláusula que o valor poderia ser pago até o dia 10 do mês subsequente ao mês de realização do transporte. A partir da referida data, portanto, não se caracterizaria apenas a exigibilidade do direito (pretensão material), como também a sua impositividade (ação em sentido material), quando verificado o descumprimento da obrigação.

Como se depreende da própria planilha juntada pela autora aos autos (fls. 460-570), de setembro de 1984 até maio de 1993, a A. LTDA. realizou mensalmente transporte de mercadorias vendidas pela consulente, irradiando-se, pois, a cada mês o direito de receber o montante referente a 0,25% do valor da mercadoria transportada. Direito exigível que se tornava imperativo no mês seguinte.

Assim, com o transporte em setembro de 1984, tinha o direito de receber o valor que lhe era devido, podia exigir o adimplemento da obrigação correspectiva e, no mês seguinte, já podia agir.

Mas nada fez.

---

36 Sobre a função interpretativa da boa-fé objetiva, aduz Nelson Rosenvald: "O recurso interpretativo ao princípio da boa-fé será a forma pela qual o operador do direito preservará a finalidade econômico-social do negócio jurídico e determinará o sentido do contrato em toda a sua trajetória, preservando a relação cooperativa mesmo que a operação hermenêutica contrarie a vontade contratual." (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 90).

37 PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 777

O mesmo ocorreu com os direitos de receber os valores em razão dos transportes realizado em outubro de 1984, em novembro de 1984, em dezembro de 1984, em janeiro de 1985, em fevereiro de 1985 e nos meses seguintes até maio de 1993.

E mais.

Não apenas no mês de dezembro de 1984, por exemplo, não exerceu o seu direito de receber a quantia que lhe seria devida por força do transporte realizado naquele mês, como continuou a não exercer os direitos de receber as quantias que lhe eram devidas em razão dos transportes realizados nos meses posteriores. E este raciocínio deve ser feito no que concerne a todos os meses, durante todo o período em que a relação contratual existiu, de forma que, em junho de 1993, continuava a não exercer as muitas situações jurídicas ativas de que supostamente seria titular.

Mas não foi só. Durante mais sete anos (e, aí, não mais existia relação contratual), permaneceu inerte, silente.

É certo que o silêncio da transportadora com relação às situações jurídicas ativas das quais seria titular é conduta que, considerando o "quadro de circunstâncias do caso", significa declaração tácita de vontade de renunciá-las. Outro significado seria incompatível com o próprio comportamento e seu contexto, principalmente levando-se em consideração o tipo de negócio e porte das empresas envolvidas.

A própria autora alega, na peça inicial, que "a parceria estabelecida entre as partes vigorou por quase nove anos, em perfeita harmonia, com a Autora cumprindo corretamente e com seriedade suas obrigações" (fl. 03). E, em nenhum momento, noticia que tenha praticado qualquer ato no intuito de exercer os direitos dos quais hoje alega ser titular. Houve o completo silêncio da transportadora durante toda a relação contratual, que se deu em "perfeita harmonia". Nada disse, nem nada fez, porque não mais tinha a intenção de dizer ou de fazer.

Considerando, inclusive, que "o transporte realizado pela Autora à Ré correspondia a (sic) maior parte de seu faturamento bruto" (fl. 03), o seu silêncio significou a exteriorização da vontade de renunciar às situações jurídicas concernentes à cláusula quarta do contrato em questão. Foi, por isso, que nada fez a autora nos setes anos que seguiram à ruptura contratual: porque sabia que o seu silêncio nada mais poderia significar senão a vontade de não exercer os direitos.

E, aqui, não cabe a alegação de que o silêncio da transportadora se justificaria por receio de ruptura contratual. Primeiro, porque se cuidava de relação contratual estabelecida entre partes materialmente iguais. Não se caracterizava qualquer espécie de hipossuficiência. Eram duas sociedades empresárias economicamente estáveis e idôneas no mercado. Segundo, porque, mesmo depois de rompida a relação contratual, o silêncio permaneceu.

Como se vê, considerando as circunstâncias do caso, configura-se o nexo de concludência entre o comportamento omissivo da A. LTDA. e sua sucessora e a declaração tácita de vontade para compor o suporte fático da renúncia das situações ativas das quais seria titular. Outro significado seria contrário, incompatível, incoerente ao próprio comportamento.

E não apenas os critérios práticos nos conduzem a este juízo de concludência, mas também os critérios normativos, notadamente a incidência do princípio da boa-fé, em sua função interpretativa. O comportamento omissivo da parte só pode ser compreendido à luz do padrão de conduta de eticidade imposto nas relações interhumanas.

Nas dinâmicas relações contratuais – que são espécies de processo –, exige-se das partes postura cooperativa para o cumprimento das obrigações. Assim, não seria compatível com este padrão interpretar o silêncio da parte como vontade de exercer um direito, sendo-lhe que inexistia qualquer óbice ao seu exercício. E mais. Outra não poderia ser a interpretação dada pela consulente, destinatária da declaração, ao silêncio da outra parte.

Configurado o comportamento concludente negocial, presente o elemento exteriorização de vontade, formaram-se os negócios jurídicos de renúncia de todas as situações jurídicas titularizadas pela autora (ou suas antecedentes). A extinção das situações jurídicas, nesse caso, decorreu de negócios jurídicos unilaterais, em que se fizeram presentes exteriorizações de vontade.

Cabem, aqui, algumas distinções.

Não se configurou hipótese de novação tácita, mas, sim, de renúncia tácita. A novação é um modo de extinção de situações jurídicas (ativa e passiva) por força da criação de novas situações jurídicas, destinadas a substituí-las. A obrigação é extinta porque uma nova foi criada. São pressupostos da novação: ***(i)*** a existência de uma obrigação; ***(ii)*** a constituição de uma nova obrigação para que a outra seja extinta; ***(iii)*** o *animus novandi*[38]. Na renúncia tácita, a situação jurídica ativa (direito/pretensão/ação) e sua correspectiva situação passiva (dever/obrigação) extinguem-se por força do negócio jurídico unilateral, e não da irradiação de novas situações jurídicas. No caso dos autos, a extinção dos direitos e suas correspectivas obrigações da transportadora não decorreu da criação de novas situações jurídicas para substituí-las. A extinção foi decorrente de negócio jurídico unilateral com exteriorização da vontade de abdicar. Não havia o *animus* de novar, mas, sim, o *animus* (exteriorizado) de renunciar.

A renúncia também não se confunde com a prescrição ou a decadência. Já se chegou a afirmar que, com a prescrição ou a decadência, haveria renúncia tácita daquele que não exerceu o direito durante certo lapso de tempo. A prescrição é fato jurídico em sentido lato que tem como pressuposto o não exercício de um direito a uma prestação por um certo lapso de tempo. Sua consequência própria é encobrir a eficácia do direito não exercido (a pretensão) – o direito não se extingue. A decadência, por sua vez, é fato jurídico que tem como pressuposto o não exercício de um direito potestativo durante certo lapso de tempo. Os conceitos de pretensão e ação em sentido material não se referem aos direitos potestativos, mas apenas aos direitos a uma prestação. Por força da decadência, extingue-se o direito potestativo (diferentemente do que ocorre

38 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 163.

com a prescrição). Em ambos, decadência e prescrição, apreende-se a situação fática decorrente da conduta humana omissiva, e não a própria conduta. São, portanto, atos-fatos jurídicos, que não se sujeitam ao juízo de invalidade. Aqui, é irrelevante a vontade exteriorizada do sujeito; o pressuposto é a situação fática que lhe é decorrente.

A renúncia é um negócio jurídico (e não um ato-fato jurídico), que tem como cerne do seu suporte fático a vontade exteriorizada (tácita ou expressa), sendo esta vontade também relevante no plano de eficácia do ato. Aqui, a vontade exteriorizada é essencial para a formação do ato, que se sujeita ao plano de validade, acaso se trate de exteriorização defeituosa de vontade. A extinção do direito decorre de um negócio jurídico, e não de um ato-fato jurídico. Não se pode, portanto, realizar qualquer relação entre o comportamento negocial elemento da renúncia com eventuais prazos prescricionais ou decadenciais.

A renúncia tácita, enfim, não se confunde com a incidência do princípio da boa-fé, que pode irradiar, dentre outras consequências, a *supressio*. Nesta, tem-se a extinção de uma situação jurídica ativa porque o seu titular não a exerceu por tamanho lapso de tempo que criou expectativa legítima de que ela não mais seria exercida. Cuida-se da noção de boa-fé objetiva (norma), que não se confunde com a boa-fé subjetiva (fato). Em se tratando de incidência do princípio da boa-fé, é irrelevante a vontade do agente não atuante. Tutela-se a situação de confiança da outra parte.

Enquanto na renúncia tácita a extinção do direito decorre da vontade exteriorizada da parte; na *supressio*, independe-se totalmente dela. A consequência pode ser, no caso concreto, a mesma, mas a sua causa é distinta. Na renúncia tácita, deve-se averiguar se houve ou não a declaração de vontade de quem não exerceu o direito, por meio de um juízo de concludência, a partir das circunstâncias concretas. Na *supressio*, deve-se averiguar se restou configurada a situação de confiança da outra parte, independentemente de qualquer elemento subjetivo (exteriorizado ou não) das partes. Voltaremos a esta distinção mais adiante.

No caso em análise, como se demonstrou, o silêncio da A. LTDA. deve ser interpretado como declaração tácita de vontade de renunciar à titularidade das situações jurídicas eventualmente decorrentes da cláusula quarta do contrato celebrado em 1984. Outro significado seria incompatível com o comportamento da parte, com as circunstâncias concretas, com o padrão de conduta contratual que deve nortear o processo de compreensão e com a legítima possível interpretação do destinatário da declaração.

Até aqui, analisamos o caso à luz da vontade exteriorizada daquele que adotou o comportamento omissivo.

Ocorre que, sob enfoque diverso, é possível analisar o caso à luz da outra parte, a consulente, para que se verifique se restou ou não configurada a sua situação de confiança.

É o que se passa a fazer a partir de agora.

4. Segundo momento: análise do caso sob o enfoque da situação da confiança da consulente.

4.1. A incidência do princípio da boa-fé nas relações contratuais.

A noção jurídica da boa-fé reflete, entre nós, duas acepções – uma subjetiva, outra objetiva – que são comunicáveis entre si. A boa-fé subjetiva ("Gutten Glauben") traduz o estado psicológico de crença do indivíduo na legitimidade da situação fática que lhe é apresentada. A boa-fé objetiva ("Treu und Glauben") é norma (princípio) de conduta, em consonância com os padrões éticos consagrados em dado tempo e espaço. Vale dizer: a boa-fé subjetiva é pressuposto fático; a boa-fé objetiva é norma. Por isso, inclusive, é pleonástico referir-se ao "princípio da boa-fé objetiva". Não existe um princípio da boa-fé subjetiva.

Nada obstante a sua indeterminação semântica[39], Menezes Cordeiro acentua a duplicidade intrínseca do conteúdo da boa-fé objetiva, em sua delimitação positiva, composta pelos princípios da confiança e da materialidade da regulação jurídica[40]. Assim, o princípio da confiança é parte do conteúdo substancial da boa-fé e legitimaria o reconhecimento e a tutela da situação "em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas"[41].

Como bem observa Anderson Schreiber, a valorização jurídica contemporânea da confiança é expressão da solidarização social humanitária. Após a concepção liberal oitocentista – consagrando a máxima relevância à vontade individual – e a posterior fragilização do ser humano no século XX, a racionalidade contemporânea buscou a proteção da dignidade humana, não mais sob a ótica individualista liberal, e sim à luz da noção de solidariedade. Não se trata, porém, de uma solidariedade coletivista, mas humanitária, já que tem como fim o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, contextualizados no grupo, e não deste em si mesmo[42]. A racionalidade jurídica solidária decorre da própria pluralidade social e jurídica, não aceitando a concepção de um indivíduo descontextualizado[43].

---

39 Sobre a indeterminação semântica do conteúdo da boa-fé, Nelson Rosenvald: "A boa-fé é, portanto, adaptável e proteiforme, uma vez que o seu conteúdo será inferido por juízos valorativos animados pelo tempo, espaços e pessoas que figuram na relação. Esse juízo parte da aferição do setor social a que correspondem os participantes da relação, os seus usos e concepções cristalizados no tráfico jurídico. Com base nessas referências, será possível verificar a compatibilidade entre a atuação humana e concreta e as supremas exigências de justiça." (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 82.)

40 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Ed. Almedina, 2001, p. 1234 e segs.

41 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*, cit., p. 1.234.

42 SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Editora Renovar, 2005, p. 39-55.

43 ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, cit., p. 174.

Consagrou-se, então, o princípio geral de cooperação e lealdade recíproca entre as partes, em decorrência na nova perspectiva da dignidade humana – informada pela solidariedade –, na qual cada indivíduo é responsável pela conservação da dignidade do outro, impondo-se "sobre todos o dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro"[44].

A boa-fé objetiva consagrou-se inicialmente no âmbito do direito civil, notadamente no direito contratual, posteriormente ultrapassando os seus limites para alcançar os demais ramos do direito, como o direito processual e o direito administrativo. A boa-fé objetiva é noção do novo paradigma do direito obrigacional em que se supera o paradigma tradicional, fundado exclusivamente na valorização da vontade humana, para sublinhar o caráter dinâmico e processual da relação obrigacional (obrigação como processo).

Pois bem.

A boa-fé objetiva é princípio cuja incidência faz irradiar situações jurídicas (em sentido lato), dentre as quais o dever de não comportar de forma contraditória (a proibição do *venire contra factum proprium*) Segundo ANDERSON SCHREIBER, não se busca manter a coerência em si, mas notadamente proteger a situação de confiança despertada no outro.

> De fato, a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção de coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízo. Mais que contra a simples coerência, atenta o *venire contra factum proprium* à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não contrariado. Ausentes tais expectativas, ausente tal atentado à legítima confiança capaz de gerar prejuízo a outrem, não há razão para que se imponha a quem quer que seja coerência com um comportamento anterior.[45]

Vale dizer: a incoerência de comportamento ganha relevância jurídica quando ofende expectativas legítimas criadas em outrem por força da conduta anterior.

A boa-fé objetiva é princípio e, como tal, norma imediatamente finalística, em que se estabelece a tutela da confiança como componente do estado de coisas a ser atingido. Diferentemente das regras – que são normas imediatamente descritivas da conduta a ser adotada –, dos princípios decorre o dever de adotar comportamento necessário para a realização do estado de coisas[46]. Daí

44 SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 47-56 e 89.
45 SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 90.
46 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 71.

por que o "não comportar-se contraditoriamente" será juridicamente relevante a partir do juízo de correlação entre os seus efeitos e o estado de coisas posto como fim (em que se encontra a tutela da confiança). Note-se, inclusive, que a incoerência em si é admitida em nosso ordenamento (em alguns casos), como nos casos de revogação da vontade exteriorizada.

Como pressupostos da proibição do comportamento contraditório, há duas condutas praticadas pelo sujeito que são, se isoladamente consideradas, em princípio, lícitas. A ilicitude decorre da violação ao princípio da boa-fé quando se frustram as expectativas legítimas criadas em função do comportamento anterior (o *factum proprium*).

O *factum proprium* não é em princípio um comportamento vinculante (vale dizer, não tem, inicialmente, relevância jurídica). Se já era vinculante, a incoerência posterior estará no âmbito do descumprimento da obrigação irradiada, independentemente da tutela da confiança da outra parte. O *factum proprium* é (inicialmente) não vinculante; "passa a ser vinculante apenas se e na medida em que gera uma confiança legítima na sua conservação".[47]

Nesse contexto, tem-se também a noção de *suppressio* como situação jurídica decorrente da incidência do princípio da boa-fé.

A *supressio* é a perda de uma situação jurídica de vantagem, pelo *não* exercício em lapso de tempo tal que gere no sujeito passivo a expectativa legítima de que a situação jurídica não seria mais exercida[48]; o exercício tardio seria contrário à boa-fé[49] e abusivo. A *suppressio* é efeito jurídico cujo fato jurídico correspondente tem como pressuposto o não exercício de um direito e a situação de confiança da outra parte. Não se exige qualquer elemento subjetivo do sujeito inerte. Tutela-se a confiança do outro. A *surrectio* é exatamente a situação jurídica ativa, que surge para o antigo sujeito passivo, de não mais submeter-se à antiga posição de vantagem pertencente ao credor omisso.

A *supressio* nasceu na jurisprudência alemã, a partir da aplicação da cláusula geral de boa-fé prevista no § 242 do BGB. Em alemão, denomina-se *Verwirkung*. *Supressio* é a designação sugerida por Menezes Cordeiro, de modo a evitar confusão com institutos semelhantes como a caducidade, preclusão, prescrição, decadência, renúncia etc.[50]

A consagração dogmática da *supressio* deu-se por ocasião dos problemas econômicos derivados da primeira grande guerra, sobretudo a inflação. Com aumentos imprevisíveis de preço e as dificuldades na realização de certos fornecimentos, o "exercício retardado de alguns direitos levava a situações de

47 SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 136.
48 "la giustificata aspettativa che il diritto stesso non sarebbe più stato fatto valere". (RANIERI, Filippo. *Rinuncia tacita e Verwirkung*. Padova: CEDAM, 1971, p. 1.)
49 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001, p. 797.
50 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, 2001, cit., p. 797.

desequilíbrio inadmissível entre as partes"[51]. Ao lado disso, havia o direito à correção monetária, construção jurisprudencial, hoje consagrada em lei. Esse direito serve, essencialmente, à proteção do credor, como homenagem à boa-fé, que requer, "pela equivalência das prestações e pelo equilíbrio das situações das partes, que se proceda a reajustamentos destinados a compensar a depreciação monetária"[52]. A *supressio* serve como um "contrapeso dessa proteção": "a mesma boa fé exige que as pretensões de reajustamento, quando caibam, sejam exercidas num prazo razoável, sem o que atingiriam montantes com que o devedor não poderia contar" [53].

É pressuposto da *suppressio* um comportamento inicial omissivo que, em si, não seria ilícito. Aqui, o *factum proprium* seria uma conduta silenciosa (um não fazer). O que é apreendido juridicamente, entretanto, não é a conduta em si, mas a sua situação fática decorrente (a imagem de não exercício) que legitima a situação de confiança do outro. Essa imagem de não exercício pressupõe o tempo. Nesse sentido António Menezes Cordeiro:

> "A não actuação de um direito subjetivo é, pois, facto próprio do seu titular. A realidade social da suppressio, que o direito procura orientar, está na ruptura das expectativas de continuidade da auto-apresentação praticada pela pessoa que, tendo criado, no espaço jurídico, uma imagem de não exercício, rompe, de súbito, o estado gerado[54]."

E conclui o autor: "apenas pela sua continuidade pode, o não exercício, suscitar as expectativas sociais de que essa auto-representação se mantém. O que é dizer: o decurso do tempo é a expressão da inactividade traduzindo, como tal, o *factum proprium*"[55].

4.2. O caso sob consulta. A *suppressio*. A situação de confiança da consulente.

No caso dos autos, o contrato foi celebrado em 1984 e, como visto, desde então, mensalmente, nascia uma situação jurídica titularizada pela contratada (A. LTDA.) de receber o equivalente a 0,25% do valor da mercadoria naquele mês transportada. Em setembro de 1984, nasceu uma situação jurídica (que se tornou impositiva no dia 10 do mês seguinte); em outubro de 1984, outra; em novembro, outra. E assim ocorreu durante os meses subsequentes até o mês de maio de 1993, quando a relação contratual extinguiu-se.

51 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, 2001, cit., p. 801. Sobre a evolução da *Verwirkung*, também, RANIERI, Filippo. *Rinuncia tacita e Verwirkung*, cit., p. 14 e segs.
52 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, 2001, cit., p. 801.
53 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, 2001, cit., p. 802.
54 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, 2007, cit., p. 813.
55 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, 2007, cit., p. 813.

Durante os quase nove anos em que a relação processual desenvolveu-se mediante um bom relacionamento (como afirma a autora), nasceram mensalmente situações jurídicas titularizadas pela transportadora, mas nunca por ela exercidas. E mais. Durante os sete anos seguintes, a transportadora permaneceu adotando o comportamento omissivo. Apenas no ano de 2000 (dezesseis anos depois de celebrado o contrato), procedeu a transportadora a uma notificação judicial afirmando ser titular das situações jurídicas decorrentes da cláusula quarta do contrato celebrado em 1984.

Independentemente de tratar-se ou não este comportamento silencioso de declaração tácita de vontade (de renunciar), não se pode ignorar que o não exercício das situações ativas durante tamanho lapso de tempo levou a uma imagem de não-exercício que fez surgir na consulente expectativas legítimas da continuidade da auto-representação (expectativas legítimas de que o direito não mais seria exercido). Configurou-se a situação de confiança da consulente.

Consoante noticia António Menezes Cordeiro, a tutela jurídica da confiança exige os seguintes fatores: a) situação de confiança conforme o sistema; b) justificação à confiança, identificada pela presença de elementos objetivos que provoquem a crença plausível; c) investimento da confiança, como o exercício de atividades jurídicas sob a crença da confiança, d) a imputação da situação de confiança à pessoa que será atingida pela proteção ao confiante[56].

Este era – e é –o caso dos autos.

Imbuída do espírito de que os direitos de receber as quantias decorrentes da cláusula quarta do contrato não mais seriam exercidos, já que durante 16 (dezesseis) anos a transportadora permaneceu silente (justificação e imputação da confiança), a consulente criou expectativas legítimas em face da imagem do não exercício, sem que houvesse qualquer elemento objetivo que pudesse obstar a sua crença da confiança, à qual aderiu e em função da qual investiu, ao deixar de adotar qualquer prevenção contra a imposição dos direitos que – acreditava – não seriam exercidos (investimento da confiança).

Imagine-se, portanto, quão grande foi a sua surpresa ao deparar-se com a quebra abrupta daquela situação estável de não exercício.

Não se pode questionar a formação da imagem de não exercício idônea a legitimar as expectativas da consulente, notadamente por serem cumulativas as seguintes circunstâncias.

a) Cuidava-se de situações jurídicas surgidas mensalmente durante sete anos. Note-se que o direito de receber a quantia decorrente do transporte realizado em setembro de 1984 durante toda a relação contratual (e durante os sete anos que a seguiram) não foi exercido. Como se vê, além do decurso do

56 CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 52. Estas notas distintivas podem existir em menor ou maior grau em um caso concreto – ou mesmo alguma delas pode não se fazer presente, como afirma Antônio Menezes Cordeiro. É, pois, possível fazer relação com a ideia de sistema móvel que Karl Larenz, por sua vez, relaciona ao pensamento. Os tipos distinguem-se dos conceitos justamente por não exigir a presença de todas as suas notas distintivas, sendo relevante, para a sua caracterização, a imagem global no caso concreto.

tempo, aqui a sucessividade da relação foi expressão da inatividade não apenas com relação aos direitos relativos aos transportes já realizados, mas também daqueles que ainda seriam realizados.

b) Mesmo após o encerramento da relação contratual, passaram-se sete anos sem qualquer exercício de direito.

Veja-se: como se viu, acredito que já se encontravam extintas as situações jurídicas quando a relação contratual foi rompida, notadamente considerando a sucessividade de suas prestações e o seu não exercício durante nove anos. Mesmo que assim não se entenda, depois deste momento, transcorreram mais sete anos.

Presentes encontram-se, *in casu*, os pressupostos do fato jurídico da *suppressio*: a imagem de não exercício (decorrente do comportamento da transportadora) à qual aderiu objetivamente e legitimamente a consulente (situação de confiança). Não se há de averiguar qualquer elemento subjetivo daquele que não agiu. Cuida-se da incidência do princípio da boa-fé. A *suppressio* já é o próprio efeito irradiado: a perda das situações jurídicas ativas.

Pode-se dizer, inclusive, que o caso em análise é exemplo típico de *supressio*. Parece tratar-se de exemplo de *manual*.

Duas distinções são necessárias.

A *suppressio* não se confunde com a prescrição e com a decadência. A prescrição e a decadência, como já se disse, são atos-fatos jurídicos cujo efeito é a perda de eficácia (e não a extinção) de uma situação jurídica ativa (em se tratanto de prescrição) ou a perda do próprio direito (em se tratando decadência) por força do seu não exercício durante determinado lapso de tempo. Não se tutela, aqui, a confiança da outra parte. A *suppressio* é decorrente da incidência do princípio da boa-fé nas relações jurídicas. É a situação da confiança daquele que adere à imagem de não exercício que é tutelada para que sejam extintas as situações jurídicas ativas (e não apenas atingida a sua eficácia).

Nesse sentido, ANDERSON SCHREIBER:

> "Parece, todavia, razoável admitir que, nesse confronto com os casos legais (prescricionais ou decadenciais), o valor da segurança que os inspira ceda em favor da tutela da confiança naquelas hipóteses em que ao simples decurso do tempo se somem comportamentos do titular do direito [...] ou circunstâncias de fato, imputáveis a ele ou não, que justifiquem a tutela da boa-fé objetiva independentemente e acima dos prazos fixados em lei[57]".

Por isso, é plenamente possível que se irradie a *suppressio* quando ainda pendente o prazo prescricional concernente a um determinado direito a uma prestação (depois de operada a prescrição, sequer haveria, em princípio, utilidade de verificar a incidência do princípio da boa-fé).

57 SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 192.

Foi o que ocorreu no caso dos autos.

Além disso, como já antecipado, a *suppressio* não se confunde com a renúncia tácita.

Como noticia Paulo Mota Pinto, notadamente nos latinos, historicamente recorreu-se ao instituto da renúncia tática quando se buscava, em verdade, paralisar o exercício de um direito não em razão da atividade abdicativa do credor, mas, sim, em face da confiança do devedor, baseada na inatividade do primeiro.[58] Assim, o recurso à renúncia tácita serviu, durante algum tempo, para legitimar decisões judiciais proferidas em situações em que estaria vedada a fundamentação com base na boa-fé objetiva, notadamente considerando o dogma da autonomia da vontade consagrado pelo período revolucionário. Verifica-se, assim, uma resistência a aceitar a autonomia do *Verwirkung* (*suppressio*) e de outras manifestações da boa-fé objetiva consagradas no direito alemão.

A renúncia tácita é negócio jurídico em que há a exteriorização da vontade de abdicar a uma dada situação jurídica. Aqui, extingue-se a situação jurídica porque houve declaração de vontade (tácita) nesse sentido. Se não há vontade exteriorizada, não há negócio jurídico, não se irradia os seus efeitos. Deve-se verificar a existência de vontade exteriorizada (no plano de existência do fato jurídico). Fato jurídico inexistente é fato jurídico ineficaz. Em se tratando de ato jurídico em sentido amplo, submete-se ao plano da validade. O vício na vontade exteriorizada torna o ato defeituoso, podendo ser decretada a sua invalidade.

A *suppressio* é efeito jurídico decorrente da incidência do princípio da boa-fé, por meio do qual se tutela a confiança (estado de coisas). A extinção da situação jurídica não decorre de um negócio jurídico, sendo irrelevante a vontade daquele que não a exerceu. Apreende-se juridicamente a imagem de não exercício que legitimou a situação de confiança criada legitimamente por força do comportamento omissivo. Não se averigua, vale frisar mais uma vez, qualquer vontade do que permaneceu silente, mas, sim, a situação de confiança da outra parte. Nesse sentido também, é irrelevante a noção de irrenunciabilidade do direito[59].

Note-se: o efeito jurídico pode ser até semelhante, mas o seu fundamento (fato jurídico que o origina) é distinto.

Afirmamos que, no caso dos autos, o comportamento silencioso da transportadora significou uma declaração tácita de vontade de abdicar das situações ativas das quais era titular, configurado o nexo de concludência entre eles. Outro significado que fosse atribuído ao seu silêncio seria incompatível com o quadro de segurança posto e com o padrão de conduta que deve nortear a atividade interpretativa. Aqui, o silêncio era comportamento negocial contundente, elemento de um negócio jurídico; a vontade exteriorizada era relevante.

O caso foi, neste aspecto, analisado à luz da vontade exteriorizada pelo sujeito.

---

58 PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 123.
59 RANIERI, Filipo. *Rinuncia Tacita e Verwirkung*. CEDAM: Padova, 1971, p. 46.

A boa-fé objetiva foi invocada apenas no que concerne à sua função interpretativa, e não quanto à sua função limitadora. A conclusão de inexistência atual dos direitos afirmados pela autora (sucessora da transportadora) teve como fundamento a configuração de um negócio jurídico e da irradiação dos seus efeitos próprios.

Ocorre que, ainda que se entenda não restar configurada a renúncia tácita, verificou-se a incidência do princípio da boa-fé (em sua função limitadora) para que se tutelasse a situação da confiança da contraparte (a consulente), criada legitimamente em razão da imagem de não exercício decorrente da inatividade do sujeito durante o transcurso do tempo. Como já se disse, aqui é irrelevante se o silêncio da transportadora significou ou não declaração tácita de vontade, já que foi configurada a situação de confiança da outra parte.

O silêncio, nesta perspectiva, não é comportamento negocial, mas, sim, conduta da qual decorre a imagem de não exercício (situação fática) apreendida pelo direito (e que será elemento do fato jurídico). A conclusão da inexistência atual dos direitos afirmados tem como fundamento, aqui, a *suppressio* (efeito jurídico decorrente da incidência do princípio da boa-fé).

Por uma ou por outra via, os direitos estão extintos.

5. Conclusão.

Por tudo quanto foi exposto, conclui-se:

(i) inexistem as situações jurídicas ativas afirmadas pela autora, consistentes no direito de receber o equivalente a 0,25% do valor das mercadorias transportadas de setembro de 1984 a maio de 1993, por ter-se configurado a renúncia (negócio jurídico unilateral), eis que constatada a exteriorização tácita de vontade da transportadora, em razão de um juízo de concludência.

(ii) ainda que se entenda não restar configurada a renúncia tácita, ter-se-ia configurada a situação de confiança legítima da consulente no sentido de que os direitos afirmados não seriam mais exercidos, razão por que incidira o princípio da boa-fé, independentemente da vontade do sujeito inerte (a transportadora), fazendo irradiar a *suppressio* (perda das situações jurídicas ativas).

É o parecer.

Cidade do Salvador, Bahia, em 19 de abril de 2010.

Prescrição e Decadência

A PRESCRIÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

ARNOLDO WALD

1. O vigente Código Civil não se limitou a alterar os prazos prescricionais estatuídos no diploma de 1916. Inseriu na disciplina da prescrição várias alterações geradoras de relevantes consequências, inclusive para a matéria objeto da consulta.

2. Desde logo, deve-se ressaltar que o texto do art. 189 do Código Civil vigente deixa agora patente que a prescrição afeta a pretensão do titular do direito, remanescendo este no mundo jurídico carente de condições para provocar a atividade jurisdicional. Mais ainda, superando questionamentos a respeito, definiu, no seu art. 190, o prazo para a prescrição da exceção, equiparando-o ao da ação. Sendo assim, como pondera **Yussef Said Cahali**, *"pelo sistema do novo Código Civil, porém, prescrita a pretensão de direito material que poderia ser exercitada por meio de ação, toda defesa que se poderia deduzir contra essa pretensão também estará prescrita, como decorre do art. 190"*[1].

3. Por sua vez, **Moreira Alves**, a respeito da mesma matéria, ressalta que:

> *"a disposição visou suprir uma omissão do antigo Código: o artigo quer evitar que, prescrita a pretensão, o direito com a pretensão prescrita possa ser utilizado perpetuamente a título de exceção como defesa. Assim, no caso de compensação, esta somente poderá se basear em crédito ainda não prescrito"*[2].

4. Tal significa que, mantido esse entendimento, reconhecida a prescrição da pretensão dos beneficiários do DPVAT relativamente à Consulente, não poderá o titular da pretensão prescrita invocar o direito a ela correspondente como exceção em eventual litígio com a Consulente.

5. A prescrição, na vigência do Código Civil revogado, era considerada uma exceção substancial, ou seja, matéria de defesa que poderia ou não ser alegada pela parte a quem interessasse. Essa característica de deixar ao alvedrio da

---

1. **Yussef Said Cahali**, Prescrição e Decadência, São Paulo, RT, 2008 p. 41.
2. **José Carlos Moreira Alves**, Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro, *apud* Cahali, *cit.*, p. 42.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 35 (3ª Fase), jan./mar. 2010, p. 11-14.

parte a sua utilização havia sido mantida na redação do Código vigente até o advento da Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006.

6. Referido diploma legal revogou indiretamente o art. 194 do Código Civil, que mantinha a prescrição como exceção substancial suscitável por iniciativa do interessado, quando versasse sobre direitos patrimoniais disponíveis, na medida em que passou a autorizar ao juiz, de ofício e, pois, independentemente de provocação da parte, decretá-la, pondo fim ao litígio *sub judice*.

7. Muito embora a prescrição seja um instituto de direito material, a sua invocação na tela processual era, mesmo antes da promulgação daquela Lei nº 11.280/2006, disciplinada também pelo Código de Processo Civil, que vedava ao juiz dela conhecer, quando cuidasse de direitos patrimoniais. Essa anterior redação do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil veio ser alterada pelo diploma legal mencionado (de 2006) direcionado ao processo, mas repercutindo no plano material.

8. As modificações impostas à disciplina da prescrição pelo novo Código Civil não se limitaram àquelas acima mencionadas. Houve alteração também no que concerne aos prazos prescricionais, com sensível redução em vários deles. Assim é que o prazo geral para a prescrição, ou seja, quando outros especificamente não forem estatuídos, foi reduzido para dez anos. Por sua vez, o prazo para a prescrição das pretensões de reparação civil, também até então sujeito ao prazo comum, foi reduzido para três anos, nos termos do inciso V do § 3º do art. 206 do Código Civil.

9. Como esclarece **Wilson Rodrigues Alves**:

> *"a reparação civil de que se ocupa o Código Civil, artigo 206, parágrafo 3º inciso V, funda-se nessa responsabilidade civil sem o que não se pode aludir à obrigação de reparação mesma. Em se dando violação jurídica preexistente, com lesividade a outrem, há em princípio ato ilícito, como estatui o art. 927 do Código Civil"*[3].

10. No mesmo sentido, o Professor **Junqueira de Azevedo**, em parecer datado de 2008, a respeito dos prazos prescricionais no Código Civil escreve:

> *"No direito brasileiro anterior ao atual Código Civil, a* ***reparação civil*** *era entendida como a resultante do ato ilícito, prevista no antigo art. 159. Veja-se o verbete 'reparação civil' da Enciclopédia Saraiva: 'Reparação civil: Ressarcimento em favor de quem teve o seu direito prejudicado, feito por aquele que praticou o ato ilícito ofensivo a tal direito. No direito civil brasileiro a reparação civil ocorrerá sempre que, por ação ou omissão voluntária, negligência*

3. **Wilson Rodrigues Alves**, Da Prescrição e da Decadência no Código Civil de 2002, Servanda Editora, Campinas, 2008, p. 378.

ou imprudência, alguém cause prejuízo a outrem (CC, art. 159)".

Entretanto, a evolução doutrinária e legislativa bem como os próprios princípios hermenêuticos tornam impossível, hoje, o entendimento de que a prescrição da ação de reparação civil esteja limitada ao ato ilícito do atual art. 186, correspondente ao anterior art. 159. O inciso V do § 3º do art. 206 do atual Código Civil é ***novo****, isto é, não tem correspondente no direito anterior. Ele tem que ser entendido com autonomia em relação ao passado. Em primeiro lugar, a expressão ampla 'reparação civil' não permite ao intérprete distinguir onde a lei não distingue. Segue-se daí que também as ações resultantes, por exemplo, de responsabilidade objetiva, em que há fato e não ato ilícito, estão incluídas naquela disposição.*

Em segundo lugar, o inciso V, do § 3º do art. 206 do Código Civil é disposição genérica, de aplicação subsidiária, permanecendo inaplicável aos casos específico. Segue-se daí, por exemplo, que as ações de indenização por avaria de mercadoria transportada por estrada de ferro (Dec. 2.681, de 1912) e as ações por danos relativos a contratos de transporte (Lei 11.2, de 2007) têm ambas prescrição de um ano. Continuando: é de dois anos a prescrição geral das ações fundadas no Código Civil Brasileiro de Aeronáutica; é de cinco, a prescrição das ações dos consumidores; ***idem****, as de direitos autorais, as de propriedade industrial, etc. etc. São disposições específicas.*

Por outro lado, se não há prazo especial e a ação é de reparação de danos, qualquer que seja sua fonte, o prazo é o de que estamos tratando, ou seja, de três anos. Não importa se a responsabilidade é extra-contratual ou contratual; sendo a ação de reparação civil, o prazo é o da lei, três anos"[4].

11. Também o professor **Rui Stocco**, no seu Tratado de Responsabilidade Civil esclarece que:

"A jurisprudência nascida em período anterior ao Código Civil de 2002 fica superada, pois assentada com supedâneo no Código Civil revogado.

Como o Código Civil de 2002 reservou previsão expressa para a pretensão de reparação civil, sem fazer distinção entre ação direta e ação regressiva, para a hipótese de a pessoa condenada voltar-se contra o responsável mediato pelo dano, quer parecer que o prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3º, V, aplica-se às duas espécies.

Não prevalece, portanto, a regra comum do caput do art. 205, pois o inc. V do § 3º do art. 206 estabelece prazo menor."[5]

---

4. **Junqueira de Azevedo**, parecer em vias de publicação.
5. **Rui Stocco**, Tratado de responsabilidade civil, 7ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 716.

12. Finalmente, os professores **Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza** e **Maria Celina Bodin de Moraes** reconhecem que:

> *"Inova o CC ao dispor, nos prazos especiais de prescrição, sobre a pretensão de reparação civil. Na ausência de prazo específico no CC/1916, o prazo prescricional para a pretensão por perdas e danos decorrente da responsabilidade civil era vintenário, salvo lei especial dispondo sobre a matéria, consoante disposto no art. 177 do CC/1916. Verifica-se, com isso, uma redução brutal do prazo prescricional que antes era de vinte anos, e agora passa a ser de apenas três anos. Importante notar que o dispositivo tem incidência tanto na responsabilidade civil contratual como extracontratual, haja vista a dicção ampla do preceito*[6].

13. Verificamos, pois, que esse prazo de 3 anos aplica-se a todas as pretensões de responsabilidade civil que não são contempladas em leis especiais. A redução do prazo para o exercício de pretensão à reparação civil ensejou críticas infundadas, considerando-se que a redução de prazos prescricionais atende ao dinamismo do direito, provocado pela evolução constante da sociedade e inserida naquilo que se denominou civilização de urgência.

14. Não há mais como se manter uma escala de prazos prescricionais que foram adequados quando da promulgação do Código Civil hoje revogado, e que não mais atendem aos interesses da sociedade que aspira a uma rápida solução de conflitos e, consequentemente, uma limitação do tempo de pendência de pretensões inatendidas. Até porque, a prescrição se apresenta como forma de eliminação desses conflitos pelo decurso do tempo acoplado à inatividade do titular da pretensão. A redução dos conflitos pela incidência da prescrição, provoca indiretamente o desafogo dos Tribunais, o que também justifica, ainda que de forma oblíqua, a redução dos prazos prescricionais.

15. Fixado o prazo prescricional para a reparação civil, preponderantemente decorrente de ilicitude de condutas, o legislador de 2002, resolveu inovar no plano dos prazos especiais para a prescrição de pretensões. Ao inserir, no elenco do § 3º do art. 206, o inciso IX, que cuida de prazo da prescrição de pretensões lastreadas em seguro obrigatório de responsabilidade civil, o legislador pretendeu parificar situações essencialmente parelhas no que concerne às pretensões de natureza indenizatória. Assim, fixou o prazo de três anos para a prescrição de pretensões do beneficiário contra o segurador e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

---

6. **Gustavo Tepedido, Heloisa Barbaza e Maria Celina Bodin de Moraes**, Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, v. 1, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 407.

Obrigações

DIREITO
ROMANO

DA IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO, CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR (*)

Luiz Roldão de Freitas Gomes

1. *Da impossibilidade da prestação*

1.1. *Conceito de impossibilidade. Distinção de dificuldade*

Duas correntes disputam a primazia em torno da conceituação de impossibilidade: a de seu conceito lógico e a de seu conceito jurídico. Para a primeira, impossível é aquela prestação que não se pode realizar de forma absoluta. Como exemplo, cita-se a obrigação de transportar mercadorias através do rio que gelou.

A segunda propõe uma noção mais ampla, admitindo igualmente como impossível a prestação cujo *cumprimento* exija do devedor esforço extraordinário e injustificável.

Segundo *Hedemann,* compreende-se no conceito jurídico de impossibilidade:

a) a impossibilidade jurídica *stricto sensu;*

b) a inexigibilidade econômica;

c) a inexigibilidade psíquica.

Juridicamente impossível é a prestação cujo cumprimento for impedido por vedação legal.

Impossível economicamente seria a prestação que exigisse do devedor gasto absurdo, que o sacrificasse inteiramente, sujeitando-o à perda material intolerável. Configurar-se-ia na hipótese de ter o devedor de fretar um avião para a entrega de mercadoria de valor insignificante, porque estivessem em greve, há vários dias, os transportes rodoviários e marítimos.

A inexigibilidade psíquica se daria, quando, para cumprir a prestação, tivesse o devedor de expor-se a excessivo risco pessoal ou suportar intolerável constrangimento moral. Concretizar-se-ia no caso de exigir-se de um ator que entrasse em cena no momento em que sua mulher estivesse moribunda.

1.1.2. Forçoso é admitir-se que se não confunde a impossibilidade com a dificuldade de prestação, ainda que esta decorra de sua excessiva onerosidade. Com efeito, a dificuldade implica possibilidade mediante um certo esforço, devendo-se sempre ter em consi-

(*) Trabalho apresentado na disciplina de Direito Civil Aprofundado no Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFRJ, em 1975.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 21 (2ª Fase), jan./jun. 1985, p. 65-76.

deração a conduta de um homem-tipo, para que seja caracterizada. Não se identifica, por igual, com a impossibilidade relativa, como adiante se verá.

É verdade que, muitas vezes, não é fácil demarcar os limites entre uma e outra, para o que se deverão levar em conta a presumida intenção das partes, a boa fé e os costumes.

1.2. *Distinção entre impossibilidade originária e subseqüente, objetiva e subjetiva*

1.2.1. A impossibilidade da prestação pode apresentar-se no momento da conclusão do contrato ou, se se cuida de legado, ao tempo da abertura da sucessão, ou aparecer apenas posteriormente. Nos dois primeiros casos, temos a impossibilidade *originária;* no último, a *subseqüente.* Neste, a relação obrigatória já existente se modifica ou se extingue.

1.2.2. Designa-se impossibilidade *absoluta* ou *objetiva* aquela que é de ordem geral, atingindo a prestação em si e existente com relação a qualquer indivíduo que se encontre em situação análoga à do obrigado. Chama-se impossibilidade *relativa* ou *subjetiva,* também denominada *impotência,* aquela que é limitada à pessoa e aos meios de ação particulares do devedor.

A impossibilidade absoluta, decorrendo da natureza objetiva da coisa, pode ser de natureza física ou jurídica: física, quando se vende um cavalo já morto; jurídica, p. ex., ao alienar-se coisa fora do comércio.

Como já se ressaltou, a impossibilidade relativa não se confunde com a mera dificuldade, embora seja pessoal ao obrigado. *Reconhece-se* que a separação entre ambas nem sempre se revela nítida, restando ao juiz certa liberdade de apreciação das provas para distingui-las. Destarte, a Corte de Paris, por aresto de 7 de janeiro de 1910, considerou uma afecção dentária de um escritor, que alegou ter sido por ela impedido de trabalhar durante três semanas, o que o impossibilitou de entregar ao empresário uma peça teatral no termo convencionado, como caso de força maior (Citado por *Bonnecase, Traité Théorique et pratique de Droit Civil,* de *Baudry-Lacantinerie;* Supp. III, págs. 538-539, *apud Arnoldo Medeiros da Fonseca, Caso Fortuito ou de Força Maior, pág. 155).*

Contudo, consoante o ensinamento do jurista pátrio, Impossibilidade *absoluta* ou *objetiva* será a que existir normalmente para qualquer homem, em análoga situação de tempo, lugar, meio e objeto da prestação, sem considerar as condições pessoais do devedor, desde que estas não tenham conexão necessária com a própria prestação. Impossibilidade *subjetiva* ou impotência é aquela que, ao contrário, é limitada à pessoa e aos meios de ação particulares do devedor, sem atingir, de qualquer modo, a prestação em si.

1.3. *Efeitos da impossibilidade originária*

O contrato pelo qual se promete uma prestação impossível é nulo: *ad impossibilium nulla est obligatio (Cf. Enneccerus-Lehmann, In Derecho de Obligaciones,* ed. 1954, Bosch Casa Editorial, pág. 155). A assertiva é válida com respeito à impossibilidade objetiva, não à subjetiva, pois, como salientam os autores citados, se alguém promete a prestação de coisa que não lhe pertence, o contrato será, entretanto, válido e obrigará à prestação dessa coisa, sendo que, se não a logra obter, ver-se-á obrigado a indenizar o credor. Lembram que um contrato eficaz que não gere um crédito dirigido à execução é como a faca de *Lichtenberg,* sem lâmina e sem cabo.

Por conseguinte, a parte que, na época da conclusão do contrato, sabia ou deveria saber que a prestação era impossível, responde à outra pelo prejuízo que esta sofreu pelo fato de confiar na validade do contrato.

Essas ligeiras considerações se aplicam tanto à impossibilidade definitiva como àquela que, posteriormente, pode ser sanada. Assim, se compro uma coisa que me pertence, o contrato continuará nulo, ainda que, mais tarde, eu deixe de ser o proprietário.

1.4. *Efeitos da impossibilidade subseqüente*

1.4.1. *Generalidades*

Para o tema da modificação das obrigações, apenas importa a impossibilidade subseqüente, seja adjetiva, seja subjetiva, as quais produzem os mesmos efeitos. Basta, portanto, reportar-se à impossibilidade subseqüente como gênero.

Vale ressaltar a distinção entre a impossibilidade originária e a subseqüente, eis que a primeira tem por conseqüência a *nulidade* da obrigação, ao passo que a segunda acarreta a *transformação* ou a *extinção* da obrigação segundo seja ou não imputável ao devedor.

1.4.2. *Efeito liberatório da impossibilidade subseqüente da prestação*

1.4.2.1. *Impossibilidade total subseqüente*

Se a impossibilidade que se produz posteriormente não é imputável ao devedor e tem caráter definitivo, aquele se libera, quer se trate de impossibilidade objetiva ou subjetiva.

Há uma exceção no que tange às obrigações genéricas, em face do art. 877 do Código Civil, o qual nega se possa alegar perda ou deterioração nesta espécie de prestação. É o corolário do princípio *genus nunquam perit,* o qual, porém, pode ser afastado quando ocor-

ra verdadeira impossibilidade absoluta, na hipótese, *v.g.*, de um monopólio instituído pelo Estado, situação em que se resolve a obrigação.

1.4.2.2. A dificuldade extraordinária, a seu turno, equipara-se à impossibilidade, se não se pode exigir do devedor vencê-la (prestação exorbitante). É o caso em que os objetos só podem ser obtidos pelo devedor por meios opostos à moral e aos bons costumes.

1.4.2.3. Nas obrigações alternativas, o devedor só se libera se todas as prestações se tornaram impossíveis.

1.4.2.4. Se se trata de obrigações recíprocas, o devedor se libera se a prestação resulta impossível por circunstância não imputável a ele, podendo, todavia, o credor exigir a indenização, ou respectiva pretensão, que o devedor tenha obtido em virtude daquela circunstância (valor do seguro em caso de incêndio). Nesta hipótese, o credor tem de realizar a contraprestação, ainda que proporcional ao valor da indenização.

De outra parte, se a prestação se tornou impossível por causa imputável ao credor, o devedor se libera segundo a regra geral, e o credor tem de satisfazer a contraprestação.

1.4.2.5. Se a impossibilidade é de natureza transitória, de modo a que desapareça breve, tornando-se possível, mediante prestação posterior, atingir-se o objeto do contrato, a obrigação não se extingue, estando apenas o devedor desobrigado da prestação pelo tempo que permaneça a impossibilidade, a saber, não incorre em mora nesse período.

1.4.2.2. *Impossibilidade subseqüente parcial*

Nesta hipótese, o devedor se libera parcialmente, reduzindo-se, proporcionalmente, seu direito à contraprestação, nas obrigações recíprocas. Cumpre destacar que a prestação é também impossível em parte, quando, ainda que se possível como prestação, só pode ser realizada com objeto de qualidade inferior.

1.4.3. *Responsabilidade pela impossibilidade subseqüente da prestação*

1.4.3.1. *Impossibilidade total subseqüente*

A impossibilidade da prestação se considera definitiva não só quando, de antemão, se exclui toda previsão de que desapareça o obstáculo que se antepõe à prestação, mas também quando seu desaparecimento só pode ter lugar em virtude de um fato cuja probabilidade é tão remota que, racionalmente, não é de esperar que se realize *(Enneccerus-Lehmann, ob. cit.,* pág. 250).

Neste caso, o devedor a quem é imputável responde por ampla indenização. Consoante os princípios que regem a matéria, a impossibilidade subseqüente, por si só, não constitui uma causa de liberação, mas apenas quando se lhe acresce a circunstância, que elimina o direito da inimputabilidade, a qual tem de ser provada pelo devedor.

Caso a impossibilidade seja transitória, o devedor a quem é imputável incorre em mora assim que concorram os demais requisitos desta.

1.4.3.2. *Impossibilidade subseqüente parcial*

Se a prestação se torna parcialmente impossível por fato imputável ao devedor, o credor tem, em contrapartida, os mesmos direitos que no caso da impossibilidade total, mas limitados à parte que resultou impossível. Pode, em conseqüência, exigir, além da execução da parte possível, a indenização pelo impossível.

Ainda nesta hipótese, considera-se impossibilidade parcial a que atinge uma prestação que só pode ser efetuada em qualidade inferior.

De outra feita, a impossibilidade imputável meramente temporal enquadra-se no conceito de mora.

1.4.4. *Ônus da prova*

O ônus da prova da impossibilidade da prestação — e de sua imputabilidade — varia de acordo com as conseqüências derivadas desses fatos. Como uma das regras de caráter geral, pode-se dizer que o credor fica isento dessa prova, se pleiteia, primeiramente, a prestação originariamente devida.

Caso o devedor alegue a impossibilidade sem produzir a prova da exoneração de que aquela não é imputável a ele, o credor tem opção dentre as perdas e danos, o substitutivo da prestação e, se o contrato é bilateral, a resolução.

Quem quer, porém, que tenha declarado que está exonerado de sua prestação por impossibilidade subseqüente e ainda assim exige a contraprestação, tem que provar que a impossibilidade é imputável a outra parte.

2. *Caso Fortuito ou de Força Maior*

2.1. *Conceito. Divergências doutrinárias: correntes objetiva e subjetiva*

Segundo a concepção tradicional adotada pelo Código Civil, o caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir (parágrafo único do artigo 1.058).

Seu conceito, entretanto, não é pacífico na doutrina. De há muito, duas correntes se opõem em torno de sua formulação: uma objetiva, buscando caracterizá-lo com elementos decorrentes dos próprios acontecimentos, abstração feita das condições pessoais e da diligência do obrigado; outra subjetiva, propondo a identificação daquela noção com a ausência de culpa.

Nosso Código orientou-se pela teoria objetiva naquela conceituação, embora perdure a divergência entre os juristas.

De ressaltar-se, porém, que, no campo do Direito das Obrigações, um novo elemento se acrescenta nas referidas definições: a impossibilidade da obrigação.

2.1.1. Firmaram-se determinadas opiniões em torno do assunto naquele Direito, que, porém, não resistem a uma investigação científica mais rigorosa.

Dentre estas a de que o caso fortuito se caracterizaria pela impossibilidade de ser previsto e a força maior pela de ser vencida, passagem atribuída a *Ulpiano.*

Contudo, como bem precisaram alguns autores, diante dos textos do *Corpus Iuris Civilis,* parece inexistir qualquer distinção entre a *vis major* e o *casus*.

A grande questão residiria, no entanto, na identificação, ou não, dos conceitos de ausência de culpa e de força maior.

De acordo com o entendimento mais fundamentado, não se confundiriam aquelas noções. Trechos do *Corpus Iuris* não a identificam; é o que decorre das observações de *Ulpiano* com relação ao edito do pretor, referente à responsabilidade dos barqueiros e estalajadeiros pela restituição das coisas que lhes houvessem sido confiadas. Essa responsabilidade persistiria ainda que a coisa se houvesse danificado ou perecido sem culpa do obrigado, cessando, todavia, se o efeito fosse da força maior.

2.1.2. *O Direito Comparado*

Resulta, primeiramente, do estudo das diversas legislações a verificação de que a distinção entre o caso fortuito e a força maior se encontra em declínio.

Na França, é repudiada pela maioria dos autores em face dos textos do Código Civil e da exegese dos Tribunais. Assim também na Itália e na Espanha.

No Direito alemão, procura-se mantê-la, entendendo-se a força maior como exceção liberatória admissível nas hipóteses de responsabilidade ampla, estabelecida em determinadas relações jurídicas, independentemente da idéia de culpa, constituindo, assim, uma noção diversa do caso fortuito, que abrangeria os acontecimentos não culposos da parte do devedor.

No que tange à prevalência da corrente subjetiva ou objetiva, ressalte-se que elas disputam, com maior ou menor número de adeptos, a preferência dos juristas, notando-se um revigoramento da tendência subjetiva.

Os Códigos, de um modo geral, podem ser classificados em dois grupos: um, constituído dos que, como o francês e o italiano, reportam-se à força maior ou ao caso fortuito como causa excludente de responsabilidade sem defini-los; o outro, abrangendo aquelas codificações que, à semelhança do Código Civil brasileiro, procuram fixar os seus requisitos.

2.2. *Inexistência de distinção entre caso fortuito e força maior no Direito brasileiro*

2.2.1. Refere o Prof. *Arnoldo Medeiros da Fonseca,* em sua alentada *obra citada,* pág. 120 — que "entre os nossos civilistas antes e depois de promulgado o Código Civil da mesma forma que entre os nossos comercialistas, muitos não estabelecem ou assinalam qualquer distinção entre as duas expressões".

"Nessa corrente incluem-se *Ribas, Spencer Vampré, Carlos de Carvalho* e *Orlando,* aos quais, já agora, podemos juntar *Nehemias Gueiros, Carvalho Santos,* este, à vista dos textos do Código, embora em tese, não negue a sua possibilidade". "Outros, porém, como *Clóvis Bevilacqua, J. X. Carvalho de Mendonça, Bento de Faria, João Luiz Alves* e *Tito Fulgêncio,* aceitam a velha concepção que distingue os eventos produzidos pelas forças ininteligentes, os quais seriam *casos fortuitos,* da *força maior,* constituída pelos fatos nos quais a ação do homem representaria um certo papel"

2.2.2. Os arestos dos Tribunais não apresentam maior profundidade científica na definição de caso fortuito ou força maior, de molde a se poder afirmar que a maioria propende pela identificação dos seus conceitos ou não. Contudo, salienta *Arnoldo Medeiros da Fonseca (ob. cit.,* pág. 121), em julgados do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, encontram-se a expressão *caso fortuito* designando acontecimentos decorrentes de *forças naturais,* e a locução *força maior* a indicar *fatos de terceiros,* aludindo-se, às vezes, às mesmas como se traduzissem duas causas diversas de exoneração de responsabilidade.

2.2.3. Em face de nossos textos legais — Cód. Civil, legislação comercial e a Lei de Acidentes do Trabalho — argumenta o saudoso jurista pátrio não haver qualquer distinção entre *caso fortuito* e *força maior.*

Além da definição constante do parágrafo único do artigo 1.058 do Cód. Civil, onde as expressões estão meramente separadas pela

alternativa "ou", invoca os dispositivos dos artigos 877, 957, 1.208, 1.253, 1.412, 1.419 e 1.527, n.º IV, do mesmo Código, onde as mesmas estão equiparadas.

Conclui, afirmando que "em nosso direito positivo, não havendo base segura para qualquer distinção entre *caso fortuito* e *força maior*, nem mesmo em face da legislação especial trabalhista, e estando generalizado o uso das duas expressões como sinônimas, preferimos aceitar também essa equivalência, tanto mais quanto os variados e contraditórios critérios diferenciais propostos aconselham ainda, do ponto de vista prático, a orientação que adotamos".

2.3. *Requisitos do caso fortuito*

2.3.1. Entendido o caso fortuito em perfeita sinonimia com a força maior e ambos abrangendo todo acontecimento *inevitável, necessário,* cujos efeitos não seria dado a nenhum homem prudente prevenir ou obstar, resta estabelecer-lhe os elementos indispensáveis à caracterização.

Afiguram-se dois, na lição do saudoso professor, ora invocado, que dissertou, com profundidade, sobre a matéria, um *interno de ordem objetiva:* a *inevitabilidade,* ou impossibilidade de impedir ou resistir ao acontecimento, objetivamente considerado, tendo em vista as possibilidades humanas, atendidas em toda sua generalidade, sem nenhuma consideração pelas *condições pessoais* do indivíduo cuja responsabilidade está em causa; outro, externo, de *ordem subjetiva:* a *ausência de culpa.*

2.3.2. O caso fortuito prende-se conceitualmente à ausência de culpa. Com efeito, dado seu caráter de *inevitável,* não pode decorrer de ato culposo do obrigado, pois, se tal sucede, não era inevitável. De outra parte, quando o devedor se expõe culposamente aos efeitos do evento irresistível, pela concorrência de culpa sua, ainda assim não se considera o fortuito, sob o prisma jurídico. Por exemplo, se o comodatário transporta a coisa emprestada para lugar diverso daquele em que deveria usá-la e esta vem a ser destruída por uma inundação, não se exclui sua responsabilidade por via do fortuito.

2.3.3 Quanto à inevitabilidade, é mister que seja sopesada, conforme o ensinamento de *Arnoldo Medeiros da Fonseca,* "tendo em vista a realidade concreta de cada caso, encarado objetivamente em toda sua generalidade, atendidas as possibilidades humanas, mas com abstração completa da pessoa do devedor considerado e do grau de diligência a que estivesse obrigado". Cuida-se de uma impossibilidade objetiva ou absoluta "que ocorreria, pela natureza dos fatos, em relação a qualquer homem prudente em idênticas circunstâncias de tempo, lugar e meio, tendo em vista o objeto da prestação".

Não se reputa, ao contrário de alguns, a imprevisibilidade um elemento especial a destacar. Realmente, ou "o acontecimento, pela sua imprevisibilidade, se tornou irresistível, aparecendo aquela como simples razão da inevitabilidade, que permanece como único requisito; ou o obrigado poderia resistir ao acontecimento, embora imprevisível, e *estará em culpa se o não fizer*". "E a inevitabilidade, em tais condições, fica sendo o único requisito objetivo que subsiste, quer decorra da própria *imprevisibilidade do evento,* quer do *modo irresistível* pelo qual este se manifeste".

2.3.4. Do exposto, conclui-se que não é possível generalizar-se com a assertiva de que há eventos que, aprioristicamente, são sempre considerados casos fortuitos, eis que dependem, para tanto, das condições em que se verifiquem.

Todavia, é fora de dúvida que ocorrem fatos cuja natureza de inevitável é notória, como uma requisição militar.

2.3.5. No Direito das Obrigações, novo requisito acresce aos demais para a configuração do fortuito: *a impossibilidade de executar*.

Para uma interpretação válida do artigo 1.058 do Cód. Civil, faz-se necessário que resulte uma impossibilidade *absoluta* ou *objetiva, permanente* ou *temporária, total* ou *parcial*. Não a mera dificuldade ou onerosidade excessiva, que não exoneram o devedor, resolvendo o vínculo obrigatório.

2.3.6. No entanto, não se confunde o fortuito com a mera impossibilidade de prestar. Destarte, se a coisa perece, por motivo de vícios intrínsecos, não imputáveis, não há que falar em fortuito, por falta da irresistibilidade, mas na simples impossibilidade de prestar.

2.4. *Distinção entre ausência de culpa* e *caso fortuito*

2.4.1. Na doutrina francesa mais recente, admite-se a distinção entre ausência de culpa e caso fortuito, balizando-a por uma questão de prova.

Assim, quando se tratasse de ausência de culpa, seria suficiente, de parte do devedor, comprovar uma conduta normal relativamente às circunstâncias, não se preocupando em demonstrar a causa do evento danoso. Contudo, se se trata de caso fortuito ou força maior, é de se exigir a prova de um acontecimento determinado, não culposo, que acarretasse, necessariamente, a impossibilidade absoluta de executar a obrigação.

2.4.2 Melhor critério se impõe, adotado pelo Professor *Arnoldo Medeiros da Fonseca* (*ibidem,* pág. 165): a ausência de culpa é o gênero, do qual o caso fortuito é a espécie.

Com efeito, o elemento subjetivo, ínsito à noção de ausência de culpa, deve figurar também no caso fortuito, porém, ao lado de outro elemento objetivo, a inevitabilidade do evento. Indaga-se: se a ausência de culpa provém do fato do expedidor ou do destinatário, no contrato de transporte, pode-se dizer que haja caso fortuito? Não, consoante a legislação específica e a doutrina.

Portanto, "somente quando se tratar de um fato certo, de origem conhecida, cuja inevitabilidade possa assim ser plenamente comprovada, é que a impossibilidade de execução dele resultante — e que também implica na ausência de culpa — chamar-se-á *caso fortuito*".

2.4.3 Orientando-se por esta linha de princípios, nosso Código revela-se, em muitos casos, mais rigoroso e exige a prova do caso fortuito, ou de força maior, ou de outros fatos precisos e inimputáveis como condição indispensável à exclusão de responsabilidade.

Destarte, no depósito voluntário, o depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e a diligência que costuma ter com o que lhe pertence (art. 1.266). A prova de ausência de culpa, *in concreto,* é suficiente para exonerá-lo.

Em se cogitando, todavia, de depósito necessário de bagagens dos viajantes e fregueses nos hotéis e casas de pensão, a responsabilidade dos estalajadeiros ou hospedeiros, que é agravada, abrangendo atos criminosos de seus prepostos, só cessará, nos termos da lei, se ficar provado ou que os fatos prejudiciais não podiam ter sido evitados, ou a ocorrência de força maior (art. 1.285, I e II).

2.4.4. À vista do exposto, ausência de culpa e o caso fortuito não se confundem, em nosso ordenamento jurídico, representando meios diversos de liberação do devedor, com repercussão probatória diferente.

2.5. *Efeitos do caso fortuito*

A conseqüência de seu reconhecimento é o efeito liberatório da obrigação, expressa no artigo 1.058 do Cód. Civil, ao prescrever que "o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior".

De outro lado, como já foi dito, é mister que não haja concurso de culpa por parte do devedor, isto é, a concorrência entre fato culposo dele e o fortuito, pois este não será reconhecível juridicamente.

No campo das obrigações, impõe-se ainda que o caso fortuito acarrete a impossibilidade objetiva de execução.

Sendo a impossibilidade total e permanente, ocorre a extinção do vínculo obrigacional.

Se for temporária, não se caracterizará a mora.

Caso seja apenas parcial, há que distinguir, podendo o credor obter, de acordo com a natureza e o fim do contrato, o cumprimento da parte que lhe for útil.

2.5.1. *Exceções ao princípio do efeito liberatório do caso fortuito*

Estas podem ser verdadeiras ou aparentes.

As primeiras classificam-se em dois grupos:

a) deslocamento convencional dos riscos em matéria contratual;

b) responsabilidade objetiva — instituída por lei — que compreenda, completa e ilimitadamente, os danos resultantes do caso fortuito, atribuindo-os ao encargo do agente.

2.5.1.1. No contrato de seguro, temos a aplicação do primeiro caso, através do qual a responsabilidade decorrente do caso fortuito existirá, quando o devedor a houver expressamente assumido. No entanto, apenas os riscos oriundos de casos fortuitos que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação, consideram-se assumidos pelo devedor, se dúvida houver, uma vez que as exceções se interpretam restritivamente.

Temos a aplicação do segundo caso — responsabilidade objetiva — na hipótese de acidentes de aeronave em vôo, causando danos a pessoas ou coisas que se encontrem na superfície do solo (Cód. Brasileiro do Ar — Decreto-lei n.º 438, de 8-6-38, art. 97). Só se atenua ou exclui essa responsabilidade por culpa do lesado.

2.5.1.2 São casos de exceções aparentes: o perecimento ou danificação da coisa por fato alheio à vontade do dono; usurpação ou esbulho do alheio; a mora do devedor; prestações de gênero ou dinheiro; a responsabilidade do comodatário; operações arriscadas do gestor de negócios.

Tome-se para exame a mora do devedor. O artigo 1.058 do Cód. Civil estatui que o devedor não responde pelos prejuízos advindos do caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles se responsabilizado, *exceto nos casos dos artigos 955, 956 e 957*. Trata-se — a exceção — da hipótese da mora, em que a regra parece atribuir o fortuito ao encargo do devedor. Contudo, ela apenas agrava, para o devedor, se estiver em mora, o ônus da prova,

pois, normalmente, para este, bastaria comprovar a ocorrência do fortuito. Estando em mora, terá que demonstrar, para liberar-se, que houve isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

Não há, portanto, exceção verdadeira, real deslocamento de riscos, mas, sim, agravação do ônus da prova para o devedor.

2.6. *Ônus da prova*

Allegans casum fortuitum illum probare tenetur: incumbe a quem o invoca a prova do evento inevitável, próprio do caso fortuito. É preciso demonstrar, porém, a relação de causalidade entre o fato material e o prejuízo ou a impossibilidade de executar a prestação.

Nos casos já aludidos — exceções aparentes — de mora do devedor (art. 957), de substituição proibida no exercício do mandato (art. 1.300, § 1.º) e gestão iniciada contra a vontade do *dominus* (art. 1.332), exige-se ainda do devedor, do mandatário ou do gestor, a prova simultânea de que o fato danoso sobreviria ainda que a obrigação fosse oportunamente desempenhada, o mandato não fosse substabelecido ou a gestão não se verificasse, isto é, a ausência de qualquer concorrência de culpa para verificação dos prejuízos, a fim de que a responsabilidade cesse.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. *Ennecccerus-Lehmann, Derecho de Obligaciones,* Bosch Casa Editorial, 1954.
2. *Fonseca, Arnoldo Medeiros da, Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão,* 3ª ed., *Forense.*
3. *Gomes, Orlando, Obrigações,* Forense, 1968.
4. *Gonçalves, Cunha, Tratado de Direito Civil,* vol. 12, tomo 2.
5. *Baudry Lacantinerie e Barde, Trattato Teorico di Diritto Civile. Delle Obbligazioni,* vol. III, *Milano,* 1815.
6. *Lopes, Serpa, Curso de Direito Civil,* vol. 2, 4ª ed.
7. *Mendonça, M. I. Carvalho de, Doutrina e Prática das Obrigações,* tomo II, 4ª ed.
8. *Marty et Raynaud, Droit Civil,* 1962, *Sirey,* tomo II *(Les Obligations).*
9. *Mazeaud et Mazeaud, Leçons de Droit Civil, Editions Montchrestien,* 1969, *tome 2 ème (Obligations).*
10. *Pereira, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil,* ed. Forense, 1968, vol. 2.
11. *Planiol, Marcel, Traité Elémentaire de Droit Civil,* 1949, Paris, vol. II.

A NATUREZA JURÍDICA DAS OBRIGAÇÕES SOLIDÁRIAS

Regis Fichtner Pereira

1. *Introdução*

Uma das questões mais discutidas do Direito Civil tem sido a da determinação da natureza jurídica da obrigação solidária.

Não são poucas as dificuldades que envolvem tão árduo tema, sendo necessário, antes de se passar à sua análise objetiva, que se fixe algumas das características principais do instituto da solidariedade, principalmente no que se refere aos principais efeitos gerados para as pessoas envolvidas nesta modalidade de relação jurídica obrigacional.

Como primeiro requisito inafastável para a existência de solidariedade, surge a necessidade de haver pluralidade de pessoas na relação jurídica negocial, seja no pólo ativo da obrigação (solidariedade ativa), seja no pólo passivo (solidariedade passiva), seja em ambos os pólos (solidariedade mista).

Não basta, porém, para a caracterização da solidariedade, a simples existência de mais de uma pessoa em pelo menos um dos pólos da mesma relação jurídica. Necessário também que, por força da sua vontade ou da vontade da lei, cada uma dessas pessoas:

a) no caso da solidariedade ativa, esteja legitimada a receber, individualmente, o valor integral *(in solidum)* objeto da obrigação;

b) no caso de solidariedade passiva, esteja obrigada a prestar, também individualmente, o valor integral *(in solidum)* objeto da obrigação, se assim o desejar o credor.

Tal possibilidade de concentração do direito de exigir o crédito, ou do dever de pagar o débito, em uma só pessoa do pólo obrigacional, apesar deste ser composto de várias, é a fonte de problemas na determinação do que juridicamente seja a obrigação solidária.

Isto porque este fato pode acarretar que o credor de uma obrigação solidária seja satisfeito integralmente por apenas um dos sujeitos participantes do pólo passivo da relação obrigacional, da mesma forma como pode ocorrer do devedor da obrigação solidária ativa pagar a apenas um dos integrantes do pólo ativo da relação.

Tais fatos podem acarretar o surgimento de uma nova relação jurídica obrigacional, consubstanciada na possibilidade de:

a) no caso de solidariedade passiva, da pessoa que adimpliu a obrigação não ser na realidade aquela que terá de suportar o ônus

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 28 (2ª Fase), jul./dez. 1988, p. 93-102.

final do débito, sub-rogando-se, assim, totalmente ou em parte, no crédito que satisfez;

b) no caso de solidariedade ativa, da pessoa que recebeu do devedor o objeto total da obrigação não ser aquela que, na verdade, tenha direito a integrá-lo definitivamente em seu patrimônio.

Para se chegar a uma teoria que explique satisfatoriamente a natureza jurídica da solidariedade, necessário que não se atente somente à relação jurídica originária, consubstanciada na possibilidade de prestação ou recebimento *in solidum* do objeto da obrigação por cada integrante da relação; necessário, também, que se leve em conta a outra relação jurídica que pode nascer do adimplemento da primeira obrigação, que é efeito direto dela e consiste em se compor as relações de crédito e débito que podem surgir decorrentes do fato de apenas um dos integrantes do pólo passivo suportar sozinho a obrigação por inteiro (solidariedade passiva), ou de apenas um dos integrantes do pólo ativo receber o objeto da obrigação também por inteiro (solidariedade ativa).

2. *Breve Histórico das Teorias Jurídicas sobre a Natureza das Obrigações Solidárias*

A teoria pluralista foi a primeira a tentar explicar a natureza da relação jurídica nas obrigações solidárias, consistente em se entender que dos vários componentes do conceito de obrigação — pessoa, vínculo de direito, prestação e objeto da prestação — apenas este último caracterizaria a unitariedade da obrigação solidária, daí decorrendo que, se há pluralidade de pessoas e de prestações, plúrimos seriam os vínculos que ligam entre si os sujeitos da obrigação, o que acarretaria a existência de tantos vínculos independentes entre si quanto os sujeitos da relação obrigacional. Tal teoria recai no erro de não explicar por que, em tendo havido o adimplemento da obrigação por inteiro por um dos sujeitos passivos, extinta estará qualquer relação jurídica obrigacional do credor para com os outros sujeitos passivos.

Uma segunda teoria sustenta que a solidariedade consistiria em uma obrigação com sujeitos alternativos *(Fitting, Arndts, Serafini & Doveri)*, embasando-se em um paralelismo entre esse instituto e o das obrigações alternativas, aduzindo que nessas últimas há possibilidade de escolha do objeto da prestação e na solidariedade há alternatividade na escolha do sujeito que vai prestá-la. Ocorre que há diferença contundente entre os institutos, sendo a mais importante a que reside no fato de na obrigação alternativa, após ter sido feita a escolha do objeto a ser prestado, desaparece o caráter de alternatividade da obrigação, ao passo que na obrigação solidária,

a possibilidade de escolha do devedor que irá adimplir a obrigação subsiste até esta ser efetivamente satisfeita.

Outra teoria que por muito tempo serviu para explicar a natureza da relação jurídica solidária, e que contou com inúmeras adesões na doutrina (*Brinz, Movrlon, Aubry Etrau, Enneccerus, Mazeaud et Mazeaud, Orozimbo Nonato,* entre outros), é a da representação, que entende gerar a solidariedade uma espécie de sociedade, em que cada um dos sujeitos do mesmo pólo obrigacional seria mandatário dos demais.

Não há, hoje em dia, mais qualquer acolhimento a esse entendimento, porquanto todos os sujeitos participantes da obrigação solidária agem em nome e por conta própria, ao contrário do que acontece no mandato, em que o mandatário age em nome e por conta do mandante. Realmente, na solidariedade todos estão individualmente obrigados a prestar *in solidum,* não agindo, portanto, em nome de um terceiro quando solvem o débito (passivo) ou dão quitação da obrigação (ativa), senão em nome próprio e no seu interesse, pois assim o fazendo estarão se eximindo de uma possível execução ou consignação em pagamento contra si.

Ainda uma outra teoria merece aqui ser mencionada, que é a da identificação da solidariedade com a fiança. Tal teoria não pode ser integralmente aceita, na medida em que existem profundas diferenças entre a fiança e a obrigação solidária, entre as quais destacamos:

a) a fiança resulta exclusivamente da vontade das partes enquanto a solidariedade pode resultar da lei;

b) a fiança é uma obrigação acessória, enquanto a solidariedade obriga todos conjuntamente à prestação.

Há, no entanto, mérito nesta concepção, na medida em que seu criador — *Bonfante* — teria chegado próximo ao cerne da questão, identificando a solidariedade com a fiança sem o benefício de ordem, dizendo que dessa maneira cada qual seria realmente devedor da sua quota e garante dos demais, mesmo que dessa maneira não tenha ele objetivamente explicado o porquê desse fato.

3. *A Teoria da Concepção Unitária do Vínculo*

A teoria hoje dominante e defendida pela grande maioria dos juristas é a da concepção unitária do vínculo, segundo a qual entende-se que na obrigação solidária há um só vínculo obrigacional que liga todos os credores ao devedor (solidariedade ativa) ou todos os credores ao credor (solidariedade passiva) ou todos os devedores ao credor (solidariedade passiva), sendo porém essas ligações entre os vários sujeitos dos dois pólos obrigacionais independentes entre si.

Segundo seus seguidores, existiria uma unidade de fins a explicar o porquê de no momento em que um obrigado solve a dívida, estará desfeito qualquer outro vínculo entre os demais obrigados para com o credor ou o porquê de no momento em que o devedor paga a um dos sujeitos ativos, extinta estará qualquer relação dos outros para com aquele devedor.

Tal teoria se baseia na existência de um fim comum, que, segundo *Pontes de Miranda,* proviria do fato de as obrigações irradiarem-se da mesma relação jurídica, apesar de serem distintas.

Temos que essa teoria surgiu para sanar uma deficiência de todas as outras anteriores, que não conseguiram explicar o porquê do vínculo entre os dois pólos da relação solidária se extinguir quando do pagamento da obrigação por somente um dos obrigados solidariamente (solidariedade passiva) ou do recebimento do valor da prestação por somente um dos sujeitos ativos da relação (solidariedade ativa).

Realmente, com a criação da noção do fim comum, consegue-se essa explicação sem se recair no erro de deixar de se considerar independente a ligação entre cada componente de um mesmo pólo da relação com cada sujeito do outro pólo.

Ocorre, porém, que essa corrente não esclarece uma característica da obrigação solidária que aparece após estar desfeito o vínculo entre os pólos ativo e passivo da relação.

Com efeito, não explica essa teoria o porquê do fato de, após ter havido o adimplemento da obrigação, surgir a possibilidade de criar-se uma relação entre os componentes de uma mesma posição, ativa ou passiva, que, como se verá, não existia antes.

Sustentam os tratadistas, na tentativa de esclarecer esse fenômeno, que haveria uma relação interna entre os "co-devedores" ou os "co-credores", totalmente independente da relação externa existente, que os obriga conjuntamente.

Porém, não se consegue explicitar em que termos se dá essa relação interna ou quanto cada participante tem direito de haver ou dever de prestar, em relação aos outros integrantes do mesmo pólo.

Não há, em verdade, justificação convincente da natureza dessa relação interna, já que, segundo essa teoria, todos seriam por igual *credores* ou *devedores* do todo. Em assim se entendendo, no momento em que, *v.g.*, um satisfizesse a pretensão do sujeito pertencente ao outro pólo da obrigação, desfeita estaria qualquer relação jurídica entre eles.

A mesma indagação pode ser feita também quanto ao princípio de que aquele que arca com o ônus do pagamento da obrigação se sub-roga nos direitos do credor para cobrar dos outros a quota-parte que a cada um deles caberia.

Mas, dentro do prisma enfocado por essa corrente, ainda assim não existe explicação convincente para a maneira pela qual se distribui a obrigação entre os componentes da denominada relação interna.

É verdade que o Código Civil em seu artigo 913 cria a presunção da divisão por igual. Mas, em uma obrigação solidária passiva, após satisfeita a pretensão do credor por um dos obrigados, pode ocorrer que esse que arcou com o ônus total da dívida adquira qualidade para cobrar do seu "co-devedor" o valor total da obrigação por ele satisfeita.

Situação inversa também pode acontecer na hipótese em que da satisfação da obrigação por um dos obrigados não resulte qualquer direito de crédito contra os outros participantes do pólo passivo da relação.

Como justificar então, nessas hipóteses, pela teoria unitária do vínculo, a sub-rogação total no valor da dívida paga ou o não surgimento de qualquer sub-rogação por parte de quem arcou com o ônus da prestação?

Como entendemos que a teoria unitária não oferece esclarecimentos convincentes para tais fenômenos, tentaremos, agora, com base em premissa já sedimentada, trazer maiores luzes para o assunto. Partiremos, para isso, da posição dualista da obrigação.

4. *A Teoria Dualista da Obrigação*

Uma questão sobre a qual têm-se debruçado os doutrinadores é a de se determinar qual a essência das obrigações, ou qual a substância do vínculo que compõe a relação obrigacional.

A questão era enfrentada pacificamente por todos os tratadistas, que entendiam sem maiores dissensões que a obrigação consiste no dever de prestar por parte do devedor e no direito de exigir por parte do credor.

Assim entendia *Savigny*, o qual sustentava que "a essência da obrigação está no poder do credor sobre um determinado ato do devedor".

Essa doutrina, hoje chamada de monista da obrigação, pode ser resumida no fato de que a relação obrigacional gera sempre o direito do credor de exigir do devedor uma determinada prestação a que esse está obrigado a cumprir.

Surgiu, no entanto, no século passado, por intermédio de *Brinz*, uma nova teoria explicativa da essência da obrigação que veio a gerar grandes divergências e conflitos entre os juristas.

Essa segunda corrente, conhecida hoje pelo nome de doutrina dualista da obrigação ou doutrina do débito e da responsabilidade,

veio dar uma nova explicação à natureza do vínculo gerado pela obrigação.

Segundo essa corrente, há que se desdobrar as obrigações em dois componentes: um primeiro de caráter pessoal, a dívida, e um segundo de caráter patrimonial, a responsabilidade.

Esse primeiro vínculo teria um cunho espiritual e consistiria no dever que tem a pessoa de cumprir espontaneamente a obrigação sem haver a necessidade de ser constrangido pelo credor para tal.

O segundo vínculo teria um cunho material e consistiria na possibilidade outorgada pela lei de se constranger alguém a cumprir a obrigação, respondendo o seu patrimônio pelo adimplemento.

Assim, existe um estado de sujeição do patrimônio do devedor *(obligatio)* no caso de não adimplemento da obrigação espontaneamente *(debitum).*

Essa teoria, surgida na Alemanha e lentamente introduzida na Itália, concebe o débito *(Schuld)* como uma relação jurídica independente, cujo conteúdo é um dever jurídico e a responsabilidade *(Haftung)* como uma subordinação a um poder de agressão.

Na grande maioria dos casos, há estreita correspondência entre débito e responsabilidade dentro da relação jurídica obrigacional, regra essa que, no entanto, comporta exceções, conforme se pode depreender dos seguintes exemplos.

Há possibilidade de haver débito sem responsabilidade, como ocorre nas chamadas obrigações naturais, em que o credor não pode tomar nenhuma atitude contra o devedor para receber o que lhe é devido, mas pode reter para si a coisa se essa lhe é entregue espontaneamente.

Da mesma maneira é possível se conceber caso de existência de responsabilidade sem débito, como ocorre na fiança, em que o fiador pode ser constrangido a pagar uma obrigação derivada de de um negócio jurídico do qual ele participou apenas pelo elemento responsabilidade e não pelo elemento débito. Sobrevindo condições ao afiançado para solver a obrigação, é certo que aquele vá cobrar desse o valor que pagou, pois ele reúne em si os dois componentes, *debitum* e *obligatio,* enquanto que o avalista só detinha o componente *obligatio.*

Analisando-se o instituto da solidariedade à luz dessa teoria, chega-se a um resultado ainda mais claro da mecânica dos fatores *debitum* e *obligatio,* conforme passaremos a demonstrar.

5. *A Solidariedade e a Teoria Dualista*

Para explicarmos a natureza jurídica da solidariedade a partir da teoria dualista, será melhor, por questões didáticas, que analisemos separadamente a solidariedade passiva e a solidariedade ativa.

5.1 *A Solidariedade Passiva*

Desenvolveremos nossa posição a partir do exame da solidariedade passiva mais ocorrente no dia-a-dia da vida econômica da sociedade.

Para isso, imprescindível se faz que retomemos as duas principais características da solidariedade, a fim de sobre elas trabalharmos, de maneira que possamos chegar a um resultado definitivo sobre a sua natureza jurídica.

A primeira característica, como vimos, é a que dá ao credor de uma obrigação solidária a possibilidade de cobrar o valor da obrigação por inteiro de cada um dos sujeitos passivos, individualmente.

A segunda, que também pode surgir como conseqüência inerente à obrigação solidária, é a da possibilidade de, após estar cumprida a obrigação para com o credor surgir entre os sujeitos passivos uma relação de crédito e débito derivada daquela anteriormente existente.

A indagação a ser colocada, então, consiste em se saber por que pode aparecer uma relação de crédito e débito entre os vários sujeitos passivos da obrigação se se entende que todos são *devedores* por inteiro?

A resposta se insere no problema da fixação da natureza jurídica da obrigação solidária e, segundo nos propomos neste trabalho, emerge da teoria dualista da obrigação. Com efeito, cada um dos sujeitos passivos da obrigação solidária é responsável pela dívida toda, ou seja, tem a *obligatio (Haftung)* de solver a obrigação total com relação ao credor.

O mesmo não se pode dizer com respeito ao *debitum.* A relação que cada sujeito passivo tem como *devedor* da obrigação é estritamente pessoal, no sentido de que não se comunica aos demais responsáveis. Essa relação pode compreender o total da obrigação, parte dela ou mesmo pode não existir.

Assim, na esfera da *obligatio,* o patrimônio de todos os sujeitos passivos da obrigação solidária é garante da solvabilidade do crédito. Todos têm a expectativa de ser constrangidos a prestar o valor total da obrigação por serem responsáveis pelo seu adimplemento.

Mas o mesmo pode não se dar com a relação devedor-credor — esfera *debitum* — porventura existente. Assim, pode acontecer que todos sejam devedores na mesma proporção e aí o valor total da obrigação que estão garantindo pessoalmente como responsáveis *(obligatio)* se dividirá por igual entre eles, quando se for apurar o valor real do débito de cada um *(debitum).*

Pode ocorrer, também, que apenas um dos sujeitos passivos da obrigação seja devedor *(debitum)* e aí terá de arcar com o ônus final da obrigação seja porque o credor diretamente cobrou dele *(debi-*

tum + obligatio), seja porque o responsável que pagou a dívida se sub-rogou naquele valor pago, para dele exigir restituição *(debitum).*

E que como todos são responsáveis pela obrigação *in solidum* não interessa ao credor apurar com que a qualidade cada um participou da relação obrigacional, importando a ele só a satisfação do seu crédito.

Essa apuração da qualidade de devedor *(debitum)* que cada um tem, só se dará após cumprida a obrigação com relação ao credor *(obligatio),* e tomará por base a verificação da origem daquele débito, com o que se poderá inferir quem assumiu realmente a posição de devedor *(debitum).*

Merece breve consideração a idéia dominante de que existem nas obrigações solidárias duas relações jurídicas, uma externa e outra interna.

E que a única posição que tem os sujeitos passivos na relação oriunda da obrigação solidária é a de estarem *responsáveis* pelo mesmo *debitum.* O patrimônio de cada um deles está potencialmente garantindo o adimplemento da mesma obrigação por inteiro. Aqui se pretende demonstrar que, enquanto pendente a obrigação solidária, a relação obrigacional é *Una,* entre devedores e credor, e repousa só na responsabilidade. As relações internas, entre co-devedores ainda inexistem e só irão surgir com a extinção da obrigação solidária pelo pagamento ao credor.

Com efeito, ocorrendo o fato de a pessoa que suportou a obrigação por inteiro *(obligatio)* ser somente devedora em parte, lógico parece que ela poderá se sub-rogar no direito de cobrar do titular do *debitum* o valor que sobejar a parcela correspondente a seu débito pessoal.

E é isso que provavelmente esse sujeito passivo fará. Ele irá cobrar dos outros sujeitos as parcelas que lhes correspondam como devedores. Daí podemos dizer não ser essa uma relação jurídica preexistente, mas sim uma relação derivada daquela de débito que os sujeitos passivos tinham individualmente para com o credor, cujo crédito se transferiu para esse que suportou débito que não era seu. Em outras palavras, ela só irá surgir após extinção da solidariedade e terá como fato gerador o *debitum,* se existente.

Só então estará criada essa relação jurídica, embora derivada daquela anteriormente existente e que perdurará até que o *debitum* seja saldado pela pessoa que é realmente devedora.

O nosso legislador civil, ao elaborar o instituto das obrigações solidárias aparentemente atentou para o problema da diferenciação entre *debitum* e *obligatio,* ou pelo menos se guiou pelo seu incontestável bom senso jurídico, quando dispôs, no artigo 1.501 do Código Civil, o seguinte:

> Art. 1.501 — "A confusão operada na pessoa do credor ou devedor solidário só extingue a obrigação até a concorrência da respectiva parte no crédito, ou na dúvida, subsistindo quanto ao mais a solidariedade."

E que confusão diz respeito a crédito e débito e ocorre quando há coincidência na mesma pessoa dos dois elementos.

Se ocorresse a hipótese de o credor vir a se tornar também devedor solidário dele mesmo e se se pudesse desse fato exinguir a obrigação solidária por inteiro, esse não poderia mais cobrar dos outros sujeitos passivos a dívida *in solidum,* mas somente a quota em que cada um participe com *debitum,* o que serviria para diminuir em grande parte a garantia que originalmente possuía.

A nossa lei distinguiu, portanto, com extrema perfeição, *debitum* de *obligatio,* quando dispõe no supracitado artigo 1.501 que não se opera confusão entre esses dois componentes da obrigação com relação à solidariedade, justamente porque nessa os dois elementos se encontram em esferas diversas.

5.2 *A Solidariedade Ativa*

Na solidariedade ativa, o fenômeno é o mesmo. Realmente, nela existe, como já vimos, a possibilidade de o devedor pagar a obrigação a qualquer dos sujeitos ativos da obrigação.

Podemos dizer, portanto, que qualquer um dos sujeitos ativos tem qualidade para receber o valor total objeto da obrigação. Como conseqüência, qualquer deles tem o dever jurídico de oferecer quitação ao devedor, se por ele for forçado a tanto.

Esse poder que todos têm de receber, apesar de não serem individualmente credores do todo, é que tem criado certa dificuldade na conceituação do instituto, à semelhança do que aconteceu com a solidariedade passiva.

Se é verdade, de um lado, que a solidariedade ativa visa facilitar ao devedor a liquidação de seu débito, entendmos, de outro, que o que sobreleva nela é que atribui *qualidade* a cada um dos credores solidários de exigir do devedor comum a satisfação total do crédito.

Dentro desse enfoque, propomo-nos, neste trabalho, a explicar a solidariedade ativa através do instituto denominado legitimação extraordinária.

O fato é que o sujeito ativo da obrigação solidária pode receber em nome próprio crédito de outrem. Ou seja, ele tem legitimação para dar quitação de crédito de terceiro, agindo em nome próprio.

É que à semelhança do que acontece na solidariedade passiva há que se fazer a distinção entre sua posição de credor e sua posição de legitimado a receber o valor total do crédito.

Assim, se o sujeito que recebeu o valor total da obrigação era credor dela por inteiro, finda estará qualquer relação jurídica decorrente da obrigação solidária, já que se confundem nele as posições de credor e legitimado.

Porém, se não houver coincidência entre crédito e legitimação para receber e o devedor pagar a obrigação indiscriminadamente, forçosamente daí derivará outra relação jurídica, na qual o credor irá perseguir seu direito de crédito daquele que tinha legitimação para recebê-lo, mas não tem qualidade creditícia para manter consigo o valor da obrigação a ele prestada.

É bom, para evitarmos confusões, deixar bem claro que essa legitimação, para receber aqui defendida, nada tem a ver com a teoria do mandato recíproco já aludida nesse trabalho.

Temos de ter em mente que, segundo a teoria do mandato recíproco cada participante do mesmo pólo obrigacional agiria em nome dos outros, em virtude de um mandato tácito a ele outorgado, ou seja, agiria em nome e por conta de terceiro, ao passo que o legitimado a receber age em nome e por conta própria, em virtude de assim ter sido acordado pelas partes ou em virtude de expressa prescrição legal.

Em conclusão, entendemos que, assim como a solidariedade passiva assenta-se na responsabilidade, a ativa repousa na legitimação extraordinária dada pela lei ou pelo contrato. Também nessa, a relação entre os credores só irá aparecer após a extinção da solidariedade com o pagamento feito pelo devedor comum.

Da assunção de dívida

JORGE LOBO (*)

Conceito e características

A doutrina e a jurisprudência reconhecem que a assunção de dívida ou cessão de débito, *Schuldübernahme* do direito alemão, *reprise*, *transport* ou *transfert de dette* do direito francês, *delegazione* e *accolo* do direito italiano, constitui a sucessão singular na dívida, pela qual um terceiro chama a si um débito, assumindo a obrigação do devedor perante o credor.

Como salienta o professor ANTUNES VARELLA, a transmissão da dívida inculca, desde logo, a idéia de que a obrigação se transfere, sem perda de sua identidade, do primitivo devedor para o assuntor, ficando aquele exonerado a partir do momento em que este se vincula perante o credor (*Das Obrigações em Geral*, vol. II, p. 321).

Destarte, o que caracteriza a assunção de dívida é o ingresso de um terceiro no lugar do devedor na relação obrigacional, a qual se conserva íntegra, sem sofrer qualquer modificação, além da alteração do sujeito passivo.

ENNECCERUS, no seu *Direito das Obrigações*, esclarece que "a assunção de dívida é um contrato abstrato cuja finalidade consiste em colocar, no lugar do devedor, um terceiro que toma seu lugar (ENNECCERUS, HIPP e WOLF, *Derecho de Obligaciones*, tradução espanhola da 35ª edição alemã, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1947, vol. I, § 86, p. 417).

Como se sabe, a doutrina faz a distinção entre assunção de dívida e a novação, na qual se extingue a obrigação primitiva e surge uma obrigação nova, enfatizando que naquela operação há, tão-somente, uma mudança de devedor.

Por outro lado, também não se confunde a assunção de dívida com a chamada promessa de liberação, a assunção de cumprimento ou a simples adesão à dívida, que somente vinculam as partes e não exoneram o devedor originário.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 08 (3ª Fase), jul./dez. 1998, p. 189-197.

Ademais, a assunção não é reforço pessoal da obrigação, nem uma espécie de fiança, nem, tampouco, uma estipulação em favor de terceiro.

Por isso, a assunção de dívida não vincula apenas as partes (cedente e cessionário do débito), mas, outrossim, o credor, quando toma conhecimento da operação e a ela adere, tácita ou expressamente.

Finalmente, negócio obrigacional ou dispositivo, a assunção não altera o conteúdo da obrigação, mas produz, tão-somente, uma mudança na pessoa devedor, no seu sujeito passivo (KARL LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, tradução espanhola, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, § 31, p. 477).

Da assunção de dívida no Direito Brasileiro

Ao fim do século passado, várias legislações estrangeiras consagraram a assunção de débito, conforme se verifica no Código Civil alemão (BGB) (arts. 414 a 419), no Código Suíço das Obrigações (arts. 179 e 180), no Códice Civile italiano de 1942 (arts. 1268 a 1276) e no recente Código Civil Português (arts. 595 a 600).

Essas várias legislações previram tanto a assunção de débito, mediante acordo entre o credor e um novo devedor, correspondente à *expromissio* do direito romano, como a convenção entre o devedor originário e um terceiro, que assume o seu lugar, mediante convenção que necessita ter a adesão do credor, em termos análogos à *delegatio* romana, entendendo-se, em ambas as situações, que não havia novação por permanecer inalterada a obrigação em todos os seus demais elementos, mudando, tão-somente, o sujeito passivo.

Nos países que não conheciam uma regulamentação expressa da cessão ou assunção de débito, a doutrina e a jurisprudência a admitiram como resultado da autonomia da vontade das partes contratantes, como ocorreu na França, na Bélgica e na Itália, na vigência do código de 1865. Neste sentido são as lições do Professor LOUIS JOSSERAND (*Cours de Droit Civil Positif Français*, 2ª ed., Paris, Recueil Sirey, 1993, vol. II, nº 830, p. 449) para o direito francês; de HENRI DE PAGE (*Traité élementaire de Droit Civil Belge*, 2ª ed., Bruxelas, Établissement Émile Bruylant, 1950, tomo II, nº 384, p. 354) para o direito belga, e de ROBERTO DE RUGGIERO para o direito italiano (*Instituições de Direito Civil*, 3ª edição da tradução brasileira, São Paulo, Saraiva, vol. III, § 101, p. 152).

Pelas mesmas razões, sempre se entendeu que a assunção de débito era válida no direito brasileiro. Já era este o entendimento, há mais de meio século, de JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI, Parte I, Rio de Janeiro, Typ. do Jornal do Commercio, 1925, nº 387, p. 343) e de MANUEL INÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA (*Doutrina e Prática das Obrigações*, 4ª ed., RJ, Forense, 1956, tomo II, nº 523, p. 137). O primeiro já

fazia a distinção entre a assunção de dívida e a novação, vendo na aceitação daquela um "grande passo na evolução realizada na matéria das obrigações " (loc. cit.) e o segundo também a distinguiu da delegação por ele considerada "um caso de dação *in solutum*" (loc. cit.).

Mais recentemente, a doutrina aceitou a assunção de dívida de modo manso e pacífico, como se verifica: **(a)** de vários pareceres de PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAMPOS e OROSIMBO NONATO (*Revista dos Tributos*, vol. 330, pp. 87 a 128 e, especialmente, pp. 99, 103, 104 e 125, 126); **(b)** das lições doutrinárias do mesmo PONTES (*Tratado*, vol. 23, p. 358 e seguintes), de ORLANDO GOMES (*Obrigações*, nº 134, pp. 262-362), de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições de Direito Civil*, 1ª ed., Rio, Forense, 1961, vol. II, nº 183, p. 314), de SÍLVIO RODRIGUES (*Direito Civil*, Parte Geral das Obrigações, vol. II, 4ª ed., SP, Saraiva, 1973, nº 180, p. 135, e verbete "Cessão de Débito", **in** *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 14, p. 191), de ANTUNES VARELA (*Direito das Obrigações*, 1ª ed., vol. 2, nº 142, Forense, 1978, p. 364) e de ANTONIO CHAVES (*Tratado de Direito Civil*, vol. II, tomo I, 3ª ed., SP, Revista dos Tribunais, 1984, p. 366); **(c)** das monografias de LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES (*Da Assunção de Dívida e sua Estrutura Negocial*, RJ, Ed. Liber Juris, 1982) e de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO (*Cessão de Contrato*, SP, Saraiva, 1985, p. 138).

Por sua vez, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, tem consagrado a cessão de débito, distinguindo-a da novação e exigindo, para a sua validade, a adesão do credor, conforme deflui de decisões judiciais, como os acórdãos proferidos, em 12 de abril de 1951, pela 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 52.123 (*Revista Forense*, vol. 145/274), pela 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Apelação Cível nº 6.580, em 12 de setembro de 1963 (*Revista Forense*, vol. 234/202), tendo sido esta decisão confirmada pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 70.161 (RTJ 62/395). Existem, ainda, outras decisões no mesmo sentido dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, nos Embargos Infringentes nº 4.786 (*Revista Forense*, vol. 131/489), do Paraná, na Apelação Cível nº 168.832 (*Revista dos Tribunais* 396/186) e do Rio de Janeiro, na Apelação Cível nº 63.008 (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, vol. 25/354) e na Apelação Cível nº 23.031 (*Revista* citada, vol. 7/219) e do 1º Tribunal de Alçada do atual Estado do Rio de Janeiro, na Apelação Cível nº 39.080, conforme minucioso levantamento feito por LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, na obra acima referida.

Cabe ainda salientar que vários projetos legislativos trataram da cessão de débito, a saber:

> **a)** O Anteprojeto de Código das obrigações, de autoria dos eminentes Ministros PHILADELPHO DE AZEVEDO, OROSIMBO NONATO e

HANNEMANN GUIMARÃES, elaborado na época do Estado Novo, que tratou da matéria nos seus arts. 244 a 247;
b) o projeto de Código das Obrigações de autoria de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA de 1965 (arts. 167 a 172);
c) o recente projeto de Código Civil (projeto de Lei nº 634 A Câmara dos Deputados de 1975, arts. 297 a 301).

Do consentimento do credor

É manso e pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que a assunção de débito somente se torna válida e oponível ao credor a partir do momento em que o mesmo manifesta o seu consentimento, que tanto pode ser expresso como tácito.

A propósito, leciona ORLANDO GOMES:

> "De sua natureza contratual, resulta que há de concluir-se pela aceitação de uma proposta partida de qualquer dos interessados em sua realização. A proposta não está sujeita a forma especial. ***A aceitação pode ser expressa ou tácita***, presumindo-se quando o credor, sem reserva de espécie alguma, recebe parte da dívida ou consente a prática de outro ato que faça supor ter o terceiro a qualidade do devedor" (*Obrigações*, obra citada, p. 252).

Posição idêntica encontramos em PONTES DE MIRANDA, no seu *Tratado*, no § 2856, à página 370 do vol. XXIII, no qual salienta:

> "Se a assunção de dívida se concluiu entre o devedor e o terceiro, há dois momentos que se têm de considerar: o em que se inicia a eficácia do contrato entre eles (contrato que pode ser condicionado, por exemplo, ao consentimento do credor dentro de certo prazo, porém não se presume ter sido, ainda em caso de dúvida) e o em que o credor consente, expressa ou tacitamente. Ali, a eficácia é, de ordinário, a partir da conclusão do contrato de assunção de dívida alheia. Aqui, a partir do consentimento, se não foi estabelecido outro momento; mas eficácia *ex tunc*."

E acrescenta o Mestre, à página 383, § 2862:

> "O consentimento do credor pode ser expresso ou tácito. É de entender-se que o credor tacitamente consentiu se recebe, sem reserva, o pagamento parcial que lhe faz o assuntor ou assumente, ou de juros, com alusão a ser em próprio nome, ou se admite a interpretação feita pelo assuntor, ou alegação compensação.
>
> .....
>
> Se o credor exige do assuntor o adimplemento da obrigação, ou interpela o assuntor, ou contra ele exerce pretensão à medida cautelar ou à condenação, ou à execução, há consentimento tácito" (*Tratado* citado, vol. 23, p. 383).

Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*, volume citado, p. 316) também se manifesta pela possibilidade de adesão tácita do credor:

> "Daí assinalar-se que, se a cessão de crédito dispensa a audiência do devedor, e pode operar-se mesmo contra sua vontade (*etiam invitus*), a transferência da razão debitória exige o acordo do credor para que tenha eficácia. Mas não se requer seja esta anuência expressa. Pode ser tácita, como no caso de receber o credor um pagamento parcial ou de juros, ou ainda no de praticar outro ato qualquer que induza acordo ao transpasse da relação debitória".

Em sentido idêntico, Silvio Rodrigues que, por igual, considera, como manifestação de aceitação tácita, o recebimento pelo credor de pagamento do assuntor da dívida ou a prática pelo mesmo de qualquer ato realizado na condição de devedor (*Enciclopédia Saraiva*, vol. 14, p. 192, *in fine*).

O consenso na doutrina brasileira sobre a possibilidade de consentimento tácito do credor tem repercutido na jurisprudência dos nossos Tribunais, como se pode ver no acórdão da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara, relator o eminente Desembargador Martinho Garcez Neto, do qual se destaca o seguinte trecho, que consta na AC. nº 63.008:

> "A assunção de dívida ou sucessão no débito, negócio jurídico de natureza contratual, como o que se retrata na escritura de fls...., celebrada entre terceiro e os devedores principais da apelada, não foi, como se sabe, regulado pelo Direito Civil Brasileiro. (O. Gomes, *Obrigações*, pp. 251 e 252, nºs 127 e 134).
> Isto não quer dizer, entretanto, que a sucessão no débito, com a exoneração do devedor substituído, não seja possível, entre nós, pois a lacuna do nosso ordenamento jurídico positivo não deve ser admitida como repulsa à assunção de dívidas, nos termos em que é definida pela doutrina moderna. (O. Gomes, *ob. cit.*, pp. 262 e 263).
> Mas se a omissão em apreço do nosso direito positivo, diversamente do que ocorre com o direito alemão e o suíço, não é motivo bastante para tornar defesa a cessão de débito, o certo é, porém, que essa transferência exige o acordo do credor, ainda que tácito, para que tenha eficácia" (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara*, vol. 25, p. 355).

Esse entendimento da doutrina e da jurisprudência tem suporte na lei, pois, não exigindo ela, por não requerer a assunção de dívidas, a expressa manifestação do credor, esta pode esta ser tácita, nos termos do art. 1079 do Código Civil:

> "Art. 1079 - a manifestação da vontade nos contratos pode ser tácita, quando a lei não exige que seja expressa".

Na doutrina estrangeira, a matéria é estudada detalhadamente por Andreas Von Thur, que a respeito escreve:

> "La aceptacíon de la oferta de traspaso de deuda puede también, como subraya el art. 176, ap. 3º, ser expresa o tácita. Podrá presumirse su existencia cuando el acreedor, sin hacer reserva alguna, acepte un pago (parcial o de intereses) del transmisionario o de su consentimiento a otro acto que suponga en este la cualidad de deudor (*v. gr.*, a un

> acto de recisión o compensación). Entendendose, naturalmente, que el acto de que se trate no lo realice el transmisionario en nombre del deudor, sino en su propio nombre, pues sólo entonces podrá entenderse que el acreedor le considera como tal deudor. La aceptación tácita de la oferta en traspaso de deuda puede inferirse del hecho de que el acreedor reclama del transmisionario la prestación a adeudada, le denuncie el crédito o le conceda un aplazamiento, o proceda contra él mediante demanda o por la via ejecutiva; si al acreedor se le propone contra el transmisionario o llegar a una transación con él si aceptar el traspaso de la deuda y eximir de ella al deudor" (A. VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, tradução espanhola, 1ª ed., Madrid, Editora Reus, 1934, tomo II, p. 335, *in fine*, e 336).

Aliás, o consentimento presumido é previsto em várias legislações estrangeiras, como por exemplo a Suíça, que, na parte final do art. 176 do Código de Obrigações, esclarece:

> "O consentimento de credor (em relação à assunção de débito do qual ele não participou) pode ser expresso ou resultar das circunstâncias; presume-se quando sem reserva o credor aceita um pagamento ou admite a prática de qualquer outro ato de assuntor na qualidade de devedor".

A aceitação, pelo credor, da assunção de dívida por um terceiro exonera o devedor originário e seus garantes

Como por todos os estudiosos proclamado, uma das principais características da assunção de débito, quiçá a mais importante, é a exoneração do devedor originário.

Neste sentido, LUIS ROLDÃO DE FREITAS GOMES, na sua excelente monografia, funda-se nas lições de VON THUR, BAUDRY e BARDE, PLANIOL e RIPERT, CARVALHO DE MENDONÇA, SILVIO RODRIGUES e PUIG PEÑA, para salientar que:

> "Um dos elementos do conceito de assunção de dívida reside na conseqüente exoneração do devedor originário mediante sua substituição pelo ter-

ceiro na relação obrigatória" (*Da Assunção de Dívida*, pp. 133/134).

Na sua obra didática, Caio Mário afirma:

> "Tal qual a cessão de crédito, a transferência do débito deve ser definida como um negócio jurídico convencional e abstrato, pelo qual o devedor, com a aceitação do credor, transfere a um terceiro os encargos obrigacionais" (*Instituições* citadas, vol. II, p. 316).

Também Manuel Inácio de Carvalho de Mendonça chega à mesma conclusão:

> "O efeito da cessão de dívida é substituir a dívida antiga a cargo do novo devedor" (*Doutrina e Prática das Obrigações*, ob. cit., nº 526, tomo II, p. 141).

Finalmente, é idêntica a posição da melhor doutrina estrangeira, conforme ensina Roberto de Ruggiero, nos seguintes termos:

> "Como já se referiu mais acima, sucessão particular no débito não é qualquer mudança no sujeito passivo da obrigação, mas só aquela que implica substituição de um novo obrigado ao primitivo devedor, o qual fica liberto do vínculo sem que este perca a sua identidade originária. Sai, pois, do conceito tecnicamente entendido qualquer ato que acrescente ao primeiro devedor um segundo, como qualquer convenção que novando a primeira obrigação a extinga, para criar uma outra completamente nova. E não parece que exista, além destes dois, outro meio jurídico para operar uma verdadeira e própria substituição do obrigado com efeito liberatório e ao mesmo tempo sem atacar a própria substância da obrigação".

Mas o direito moderno, tendo abandonado aquelas formas mais restritas e rígidas do direito antigo, não encontra obstáculos para admitir esta substituição integral do lado passivo (*Instituições*, já citada, vol. 3, p. 153).

Se examinarmos a sistemática da legislação brasileira, veremos que existem várias hipóteses nas quais a lei cogitou da cessão de débito, excluindo a solidariedade desde que tenha havido concordância do credor.

Assim, por exemplo, na cessão de promessa de compra e venda de imóveis loteados, determinou o Decreto-lei nº 58, de 10.12.1937, no seu art. 13, § 1º, que a falta de consentimento do credor, no caso de transferência da promessa, importa em solidariedade do cedente e do cessionário. A contrário senso, a anuência do credor importa, necessariamente, em exoneração de qualquer responsabilidade do cedente do débito ou delegante.

Na Lei das Sociedades Anônimas, também se exclui a responsabilidade solidária das empresas decorrente de cisão, quando houver concordância dos credores, impondo-se a solidariedade tão-somente na hipótese de divergência dos credores, a ser manifestada no prazo de 90 dias a contar da data da publicação dos atos de cisão (art. 33, § único da Lei nº 6.404, de 15.12.1976).

Vê-se que, no caso, se admite a concordância tácita para excluir a responsabilidade solidária.

Verifica-se, portanto, pela sistemática da nossa legislação, que o princípio geral é no sentido de excluir a responsabilidade do devedor, desde que tenha havido concordância do credor, expressa ou tácita, sob a forma de assunção de dívida.

(*) Jorge Lobo é Livre-Docente de Direito Comercial da UERJ.

Garantias das Obrigações: Configuração das Garantias Especiais Atípicas

Eugênio Rosa de Araújo*

Sumário

1. Introdução. 2. Tutela da Personalidade: Dignidade Humana e Direito da Personalidade. 3. O Direito Fundamental à Livre Iniciativa. 4. O Princípio da Autonomia da Vontade: Liberdade de Celebração e de Estipulação. 5. Garantias Atípicas: o Caso da Garantia Bancária Autônoma. 5.1. A Garantia Bancária Autônoma. 5.2. Exceção de Não Cumprimento do Contrato. 5.3. Compensação. 5.4. Cláusula *Negative Pledge*. 5.5. Cláusula *Cross-Default*. 5.6. A Consignação de Receita em Garantia. 5.7. Cláusula *Step-in-Rights*. 5.8. *Covenant*. 6. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O presente trabalho, que trata das garantias atípicas das obrigações, pretende situar, de antemão, o tema no âmbito do direito comunitário, do ordenamento constitucional português e no campo da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa, da autonomia da vontade, desenvolvendo os contornos mais estreitos do seu regime jurídico, com destaque para os princípios correlacionados do Código Civil Português da liberdade de forma, boa-fé objetiva, ilicitude de condições, liberdade contratual e proibição do enriquecimento sem causa. Neste sentido, analisa alguns exemplos de garantias atípicas que se podem encontrar no tráfego jurídico, em especial as garantias bancárias autônomas à exceção de não cumprimento do contrato, a compensação, a cláusula *negative pledge*, a cláusula *cross-default*, a consignação de receita em garantia, a cláusula *step-in-rights* e a *covenant*.

Abstract

The present work, which deals with the atypical guarantees of obligations, intends to situate the subject in the field of community law, of the Portuguese constitutional order and in the field of the dignity of the human person, of free initiative, Developing the narrower outlines of its legal regime, with emphasis on the correlated principles of the Portuguese Civil Code of freedom of form, objective good faith, unlawful conditions, contractual freedom and prohibition of unjust enrichment. In this sense, it analyzes some examples of atypical guarantees that can be found in legal traffic, especially the autonomous bank guarantees, the exception of non-compliance with the contract, compensation, the negative pledge clause, the cross-default clause, Guarantee, the step-in-rights clause and the covenant.

* Juiz Federal – TRF-2/RJ.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 70 (3ª Fase), out./dez. 2018, p. 99-123.

Palavras-chave: Obrigações. Contratos. Garantias atípicas. Limitações. Exceção. Compensação. *Negative pledge. Cross-default. Step-in-rights. Covenant.*

Keywords: *Obligations. Contracts. Atypical guarantees. Limitations. Exception. Compensation. Negative pledge. Cross-default. Step-in-rights. Covenant.*

1. Introdução

O presente trabalho tem como foco as garantias especiais atípicas das obrigações, traçando os contornos elementares da autonomia da vontade, a começar pelos fundamentos da dignidade da pessoa humana insertos no Tratado de Lisboa e na Constituição da República de Portugal, nos quais se lastreiam a liberdade de estipulação e celebração dos negócios jurídicos.

Tal liberdade e autonomia expressam, na vertente do seu exercício, o direito de personalidade, na medida em que viabilizam um espaço de criação da própria personalidade humana, suas necessidades, seus desejos e sua persecução do estado de bem-estar, inerentes a qualquer ser humano.

Nesse diapasão, o direito de crédito recebe a proteção do direito, denominando-se garantia das obrigações, cujo conteúdo consiste em certificar ao credor os meios necessários para realizar seu direito no caso de seu descumprimento, a teor do disposto no art. 601 do Código Civil Português, segundo o qual a garantia geral é comum a todos os credores e consiste na possibilidade de estes se pagarem com o patrimônio do devedor.

Por outro lado, a garantia especial implica a preferência a um credor de ser pago preferencialmente antes dos demais credores, tais como a penhora e a preferência no caso de declaração de falência e que se sobrepõe à garantia geral já mencionada.

Acrescenta-se que as garantias especiais consistem em situações em que a posição do credor vem a ser um reforço que sobeja àquela que resulta da simples responsabilidade patrimonial do devedor[1], podendo-se afirmar que sempre haverá uma garantia especial quando existir algum reforço da posição jurídica do credor, em contraste com a posição de outros credores.

Ainda no campo das garantias especiais, serão pessoais caso haja um direito subjetivo com a finalidade de garantia ou um bem determinado objeto de prestação ou, ainda, numa coisa – caso em que a garantia especial será uma garantia real.

Assim, as garantias pessoais sujeitam um terceiro à execução de seu patrimônio, em caso de não cumprimento pelo devedor, como, por exemplo, a fiança e o aval[2]; as garantias reais, por outro lado, se visualizam pela possibilidade de o credor obter

[1] LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. vol. II. p.303.
[2] Como observa Menezes Leitão, *op. cit.*, p.304: "Para esse efeito, os terceiros assumem uma obrigação própria, através da qual ficam subsidiária ou solidariamente responsáveis pelo cumprimento da obrigação do principal devedor".

o pagamento preferencial do seu crédito pela venda de bens ou seus rendimentos. Constituem-se, por isso, em categoria de direitos reais de garantia, visto que oneram bens determinados, independentemente da sua titularidade, como, por exemplo, o penhor, a hipoteca, o privilégio e o direito de retenção.[3]

Ainda no campo das garantias de créditos, podemos identificar casos especiais de garantias, as quais não se reportam a quaisquer dos tipos já mencionados, a saber, a separação de patrimônios, a prestação de caução e a cessão de bens aos credores.

No presente trabalho, tratar-se-á dos contornos convencionais, constitucionais e legais das denominadas garantias especiais atípicas. Tais garantias não nos permitem o reenvio às garantias pessoais ou reais, pois não se *ubicam* em nenhuma das modalidades já referidas.

Como dito, o percurso será o de localizar a autonomia da vontade no ordenamento comunitário, no ordenamento constitucional português e no ordenamento legal português com ênfase nos preceitos do Código Civil Português, a teor dos artigos 219º (liberdade de forma), 223º (estipulação de forma especial), 227º (boa-fé objetiva), 271º (condições ilícitas ou impossíveis), 280º/281º(desconformidade com a lei), 335º (colisão de direitos), 405º (liberdade contratual) e 473º (enriquecimento sem causa) do referido diploma.

2. Tutela da Personalidade: Dignidade Humana e Direito da Personalidade

Desde já, é preciso destacar o caráter central da pessoa humana no âmbito do Direito Comunitário, bem como no ordenamento constitucional e infraconstitucional portugueses, os quais necessitam de interpretação e aplicação conjugada e sistemática, dentro do âmbito mais espraiado do sistema protetivo da pessoa humana no continente europeu.

Sublinha-se, desde já, a redação do Tratado de Lisboa, que, em seu artigo 2º, afirma que:

> A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade da pessoa humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.

[3] Leitão, *op. cit.*, p.304, destaca que os credores titulares de garantias reais dizem-se credores preferenciais por oposição aos outros credores comuns ou quirografários.

No campo específico do ordenamento constitucional português, o art. 1º da Constituição da República Portuguesa diz que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Consagrando a validade e eficácia internas do já citado Tratado de Lisboa, o art. 8º.4 da Constituição Portuguesa preceitua que as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas de suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático.

Oportuno, neste passo, frisar que a dignidade da pessoa humana não se confunde com os Direitos Fundamentais nem com os Direitos da Personalidade[4].

A dignidade da pessoa humana ilumina e funda todo o ordenamento constitucional e infraconstitucional e se volta, basicamente, à promoção do mínimo

[4] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria Geral*. Introdução. As pessoas. Os Bens. Direito Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. I. "A dignidade da pessoa humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social. Esses direitos devem apresentar um mínimo que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem". "Assim se funda a categoria dos direitos da personalidade" p.59; "não há equivalência entre direitos fundamentais e direitos da personalidade. Antes de mais, a preocupação da abordagem é diferente. As constituições têm em vista particularmente a posição do indivíduo em face do Estado e provavelmente a do cidadão, que continua a ser destinatário de muitas previsões".p.61; "Na ordem jurídica portuguesa, o preceito fundamental da lei ordinária em matéria de direitos da personalidade é o art. 70 CC, cujo nº 1 determina: 'A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral'".p.65; "Este preceito contém um princípio preciso: o da generalidade da tutela da personalidade. Para que um direito de personalidade seja reconhecido, não é necessária específica proteção legal: basta que decorra da personalidade ontológica". p.65; "É essencial compreender que o preceito não se limita a qualquer noção formal de pessoa, pois então teríamos critério para demarcar o seu âmbito: é vicioso dizer que tudo o que respeita ou atinge uma pessoa singular é considerado violador da personalidade. A lei pressupõe a personalidade ética, especificando-as nas suas duas vertentes física e moral. Por isso, o art. 70 tem necessariamente de ser considerado como janela aberta no sistema positivo, pela qual se dá a intromissão dos conteúdos ônticos. A aplicação do artigo pressupõe uma permanente valoração à luz desses conteúdos". p.66; Em sentido semelhante, FERNANDES, Luis A. Carvalho, *in*: *Teoria Geral do Direito Civil*, vol I, 6ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, que, ao discorrer sobre os direitos da personalidade, afirma: "Não basta afirmar a suscetibilidade de direitos (o poder de ser titular) envolvido na noção técnico-jurídica de personalidade, *qua tale*; o princípio, enquanto referido a uma mera qualidade jurídica, ficaria esvaziado de sentido, se lhe não fosse dado conteúdo significativo e útil, e uma inerente proteção, assegurando-se a cada pessoa jurídica – e pelo simples fato de o ser – um conjunto mínimo de direitos, inerente a essa qualidade e de que dela se torna imediatamente titular, ao adquirir personalidade". p.84; "Esses direitos, por serem mera projeção da imanente dignidade do homem, prendem-se, assim, com bens fundamentais da própria pessoa, desde logo no plano físico e moral, mas também no jurídico, para o princípio ganhar conteúdo significativo e plena eficácia no seu campo específico de atuação – o do Direito". p.84; "Pode-se assim afirmar que personificar o homem envolve o reconhecimento de um conjunto mínimo de direitos, de conteúdo fundamentalmente não patrimonial". p.84; "Esses, numa designação bastante corrente, são os direitos da personalidade, fórmula que tem a virtude de, por si só, chamar a atenção para o fato de se tratar de poderes jurídicos determinados pelos modos de ser fundamentais da pessoa". p.84; Em obra clássica, Pires de Lima e Antunes Varela, no *Código Civil Anotado*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol. I, afirmam sobre o art. 70 do Código Civil Português que: "O artigo limita-se a declarar, em termos muito genéricos e muito sucintos, a ilicitude das ofensas ou das ameaças à personalidade física ou moral dos indivíduos, sem descer à minuciosa referência analítica a que recorre por exemplo, o anteprojeto do Código Francês (arts. 151 e ss.); 'Mas daquela referência genérica pode, sem dúvida, inferir-se a existência de uma série de direitos (à vida, à integridade física, à liberdade, à honra, ao bom nome, à saúde, até ao repouso essencial à existência física etc.), que a lei tutela nos termos do nº 1 do artigo'". p.104.

existencial da pessoa singular, pois se constitui no conjunto mínimo de direitos autônomos de que toda pessoa é titular, bem como são emanações da própria dignidade da pessoa.

Assim, a cláusula geral da dignidade da pessoa humana no ordenamento português assegura um tratamento ao semelhante que lhe garanta a possibilidade de prestações mínimas como saúde, educação, assistência social, trabalho, segurança e acesso ao Judiciário.

Tal preceito fundante da ordem constitucional ornamenta todo o ordenamento constitucional de forma positiva, impedindo atuação a ele contrária, bem como guiará a atuação da aplicação da lei e da produção legislativa.

Dizer dignidade na vida social significa a garantia de um mínimo que assegure um espaço para o desenvolvimento da personalidade e um máximo que lhe dê efetividade. Basta que a pessoa exista como personalidade ontológica para a fruição do direito à personalidade.

Disso resulta que a possibilidade de entabulação de negócios jurídicos atípicos encontra amparo no Tratado de Lisboa, na Constituição da República Portuguesa e no Código Civil, na vertente de possibilidade de atuação para fruição da dignidade da pessoa e do direito da personalidade na busca do mínimo existencial.

3. O Direito Fundamental à Livre Iniciativa

No ordenamento constitucional português, a livre iniciativa é, em primeiro lugar, mencionada como democracia econômica e princípio fundamental da república, conforme o art. 2º da C.R.P., reaparecendo como princípio da organização econômica no art. 80º, letra "c", ambos da Carta Constitucional.

Sem embargo destes preceitos expressos, a leitura sistemática do texto nos leva a realizar interpretação conglobante de outros artigos da Constituição, tais como 9º, letras "a" e "d" (tarefas fundamentais do Estado para criar condições econômicas e promover o bem-estar e direitos econômicos), bem como os arts. 16º (âmbito e sentido dos direitos fundamentais), 26º.1 (desenvolvimento da personalidade), 61º.1 (liberdade de iniciativa privada), 82º.3 (setor privado como princípio da ordem econômica) e 86º.1 (incentivo a pequenas e médias empresas), os quais nos permitem afirmar que a livre iniciativa se constitui em direito fundamental acatado no ordenamento constitucional português, apto a gerar pretensões negativas de proteção contra o Estado e positivas de pretensões perante o Estado e terceiros.

De forma muito sucinta, pode-se afirmar que esta liberdade é o espaço de atuação na economia independente da compressão do Estado.

Essa liberdade – de iniciativa – será exercida na atividade econômica de produção, circulação, distribuição e consumo de bens e serviços, dentro do mercado, palco onde atuam os agentes econômicos que são o Estado, os empresários, os trabalhadores e os consumidores.

É evidente que, para que alguém se lance numa atividade lícita, é necessário que se tenha ciência da possibilidade de exercício da atividade, a que chamaremos de sensibilidade (saber que existe a possibilidade), bem como tenha acesso à atividade econômica eleita, a que chamaremos de acessibilidade (acesso ao desempenho da atividade econômica eleita para ser exercida).

Uma vez no exercício da atividade econômica, o agente deve desfrutar da faculdade de contratar ou não; deve poder escolher com quem contratar e que tipo de negócio efetuar, fixando o conteúdo do contrato, bem como podendo mobilizar o aparelho estatal para que se faça cumprir o avençado entre as partes.

Aqui fica patente que o direito fundamental da livre iniciativa se desdobra em: liberdade de investimento ou de acesso (direito à empresa), liberdade de organização e liberdade de contratação (direito de empresa)[5].

[5] *In*: MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Económico*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988: "O direito de livre iniciativa econômica privada é considerado agora, depois da revisão constitucional de 1982, como um autêntico direito fundamental e de um modo autônomo, sem ser colocado na dependência de um outro direito fundamental". p.14; "Este direito compreende várias vertentes quais sejam a liberdade de criação de uma empresa e a de gerir autonomamente ou sem interferências externas". p.141; "Já se conhecem contudo os limites que, para este direito fundamental, decorrem os princípios da reserva de empresa pública e da livre iniciativa dos poderes públicos". p.141; "Conclui-se assim que não foi seu conteúdo máximo mas sim seu conteúdo mínimo que a Constituição consagrou tal direito fundamental". p.141; "A concretização do direito de livre iniciativa econômica privada ou de livre empresa compreende a preservação do seu conteúdo múltiplo enquanto liberdade de acesso ao mercado e de exercício ou cessação da atividade empresarial". p.142; "nenhum destes aspectos poderá ser eliminado em favor de outro; a manutenção de todos eles é condição necessária da afirmação do direito de livre empresa privada". p.142; "Nesta conformidade, a defesa constitucional do direito de livre empresa privada implica claras tomadas de posição do legislador ordinário quanto a questões como as do condicionamento industrial e licenciamento dos estabelecimentos industriais, defesa da concorrência, regime de preços, proteção às pequenas e médias empresas e, de um modo geral, quanto à estratégia geral da política de fomento económico". p.143; "Restrições ao seu regime, e para concluir, pode a lei levá-las a cabo, pois que se trata de direitos subjetivos alicerçados num princípio de valor que é o da dignidade da pessoa humana, e como tais virtualmente exclusivistas como aliás todos os valores éticos". p.143; "O seu conteúdo oscila assim entre um máximo e um mínimo essencial. É neste último sentido que a lei os deve interpretar, de modo a viabilizar o seu tratamento jurídico sem esquecer o virtual concurso de outros direitos e valores. Descer abaixo daquele conteúdo mínimo é transformar a lei em serva do poder". p.149; VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*. A ordem económica portuguesa. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998: "Sabemos já que o legislador constitucional configura este direito como um direito fundamental dos cidadãos e que sua inserção formal nos direitos 'sociais' não prejudica a aplicação do regime dos 'direitos, liberdade e garantias', na medida em que a iniciativa econômica privada é garantida como direito essencialmente 'negativo' ou 'de defesa', revestindo-se de natureza análoga aos 'direitos, liberdades e garantias' e beneficiando, assim, do regime destes (*cfr.* art. 17º)". p.164-165; "A liberdade de iniciativa econômica privada tem o seu fulcro sensível na liberdade de empresa, quando esta se entenda nas suas três vertentes ou subliberdades: liberdade de investimento ou de acesso (direito à empresa), liberdade de organização e liberdade de contratação (direito de empresa)". p.165; "A liberdade de investimento significa o direito que possui o titular de um capital de colocá-lo na atividade ou indústria que julgue conveniente. O investimento pode levar à criação de uma empresa, à aquisição de empresas já existentes ou ao aumento de capital dessas empresas. Em sentido negativo, esta liberdade significa o direito de retirar o capital investido quando o proprietário o julgue conveniente". p.165; "A liberdade de organização é o direito de organizar livremente o processo de produção, isto é, definir objetivos, combinar os fatores de produção e dirigir a atuação das pessoas empregues na atividade empresarial". p.165; "esta liberdade é inerente à atividade empresarial, pois esta consiste basicamente na combinação trabalho/capital para a obtenção de um produto. Ao empresário compete maximizar a produção, minimizando os custos, de modo a assegurar rentabilidade ao capital investido". p.165; "A liberdade de contratação ou liberdade negocial significa o direito do empresário de escolher os seus fornecedores e os clientes dos seus produtos, assim como fixar o preço das mercadorias. Também significa a liberdade de contratação da mão de obra e a fixação de salários e de outras condições de

Claro que esta liberdade não é absoluta em face da conexão existente no interior do próprio ordenamento constitucional quando se tratar de atividade tipicamente estatal ou cooperativista, sendo certo que esta atividade será menos livre quanto mais intervenha o Estado, via intervenção direta na atividade econômica, ou que venha a sofrer abusos do poder econômico ou ainda que venha a exercer atividade objeto de monopólio (participação estatal na economia por exclusão da iniciativa privada).

Disso resulta que a liberdade de iniciativa, como direito fundamental, é plenamente aplicável às situações de contratação onde se estabelecem os princípios

---

trabalho". p.166; "[...] para que estes preceitos não entrem em contradição com os princípios fundamentais da constituição econômica, impõe-se uma interpretação contida destes preceitos, de modo que fique sempre a salvo a liberdade de empresa privada na sua dupla qualidade de direito subjetivo fundamental e de princípio ou garantia institucional da ordem econômica portuguesa". p.170; FRANCO, António L. Souza *et alii*. *A Constituição Económica Portuguesa*. Ensaio interpretativo. Coimbra: Almedina, 1993. "A iniciativa econômica privada (que tomaremos como prototípica) é, pois, um direito que consiste em tomar todas as iniciativas que sejam conformes ao ordenamento (a constituição e a lei) para produzir bens e serviços. Por vezes, identifica-se livre iniciativa com a liberdade de empresa (iniciativa empresarial), mas esta identificação não é inteiramente correta: a iniciativa econômica abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas, e as empresas são apenas as formas de organização com características substancial e formal (jurídica) de índole capitalista, normalmente contempladas, quando são privadas, como objeto principal ou exclusivo, pelo Direito Comercial. As formas não empresariais da iniciativa tendem a ser residuais em economias capitalistas, nas áreas de indústria e serviços; mas já são muito importantes no domínio do Direito Agrário, no qual também vigora a liberdade de iniciativa privada". p.196-197; SANTOS, António Carlos dos *et alii*. *Direito Económico*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2014: "O direito de iniciativa privada (art. 61º) é explicitamente considerado como um direito econômico e não apenas como um princípio de organização econômica. Trata-se direito independente do direito de propriedade, pesem embora as naturais conexões entre ambos, mas que goza de idêntica proteção (art. 17º e art. 18º CRP)". p.51; "Ele traduz a possibilidade de exercer uma atividade econômica privada nomeadamente através da liberdade de criação de empresas e da sua gestão. Compreende a liberdade de investimento ou de acesso a qual se traduz no direito de escolha da atividade econômica a desenvolver a liberdade de organização, ou seja, liberdade de determinação do modo como a atividade vai ser desenvolvida (incluindo a forma, qualidade e preços dos produtos ou serviços produzidos) e a liberdade de contratação ou liberdade negocial, que abrange a liberdade de estabelecer relações jurídicas e de fixar, por acordo, o seu conteúdo". p.51-52; MIRANDA, Jorge *et alii*. *A Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Ed., 2005: "Num primeiro momento, trata-se da liberdade de iniciativa em sentido estrito ou, de outra óptica, da liberdade de estabelecimento. É o direito de iniciar uma atividade econômica; o direito de constituir uma empresa; o direito que pode ser individual e que pode ser institucional, de organização de certos meios de produção para um determinado fim econômico". p.620; "No segundo momento, é o resultado da iniciativa e, ao mesmo passo, a condição da sua prossecução – a empresa – que ressalta. Trata-se agora da liberdade de empresa, do direito da empresa de praticar os atos correspondentes aos meios e fins predispostos e de reger livremente a organização em que tem de assentar. E este direito tem um caráter fundamentalmente institucional, mesmo quando, porventura, seja ainda uma empresa constituída por uma só pessoa: uma vez criada a empresa, ela adquire maior ou menor autonomia em relação àquele ou àqueles que a tenham constituído". p.621; GOMES CANOTILHO, J. J. *et alii*. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. vol. 1. "Ao reconhecer a liberdade de iniciativa econômica privada (nº 1), a Constituição considera-a seguramente (após a primeira revisão constitucional) como um direito fundamental (e não apenas como um princípio objetivo da organização econômica), embora sem a incluir diretamente entre os direitos, liberdades e garantias (beneficiando, porém, da analogia substantiva com eles, enquanto direito determinável e de exequibilidade imediata). Este entendimento constitucional do direito de iniciativa privada está em consonância com o estatuto da empresa e do setor privados no âmbito da 'constituição econômica'". p.789; "A liberdade de iniciativa privada tem um duplo sentido, por um lado, na liberdade de iniciar uma atividade econômica (liberdade de criação da empresa, liberdade de investimento, liberdade de estabelecimento) e, por outro lado, na liberdade de organização, gestão e atividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade do empresário, liberdade empresarial). No primeiro sentido, trata-se de um direito pessoal (a exercer individual ou coletivamente); no segundo sentido, é um direito institucional, um direito da empresa em si mesma. Ambas estas vertentes do direito de iniciativa econômica privada podem ser objeto de limites ou restrições mais ou menos extensos". p.790.

da autonomia da vontade e seus consectários lógicos da liberdade de celebração e de estipulação, os quais serão enfrentados em seguida.

4. O Princípio da Autonomia da Vontade: Liberdade de Celebração e de Estipulação

Em conexão com o postulado da dignidade da pessoa humana e o princípio do direito da personalidade, o princípio da autonomia da vontade implica o poder que as pessoas têm de dar leis a si próprias e de se regerem por elas, sendo neste espaço de liberdade que as pessoas podem atuar e reger seus interesses entre si da forma que entenderem por meio de negócios jurídicos.

Não se olvida que este espaço de liberdade não é absoluto e tem como limites as leis imperativas, a moral, os bons costumes e a ordem pública e as limitações naturais da natureza das coisas.

Assim, são os negócios jurídicos e não a lei que dão o regime às regulações estipuladas, no caso, o regime será traçado pela vontade das partes interessadas, veiculando a liberdade de celebrar, a liberdade de optar pelo tipo de contrato e a liberdade de fixação do conteúdo do negócio jurídico.[6]

---

[6] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. "Em sentido amplo, a autonomia excede o campo do Direito Civil, e até do Direito Privado, e abrange o conceito de autodeterminação do Direito Internacional Público e o poder constituinte no Direito Constitucional. A autonomia em sentido amplo é o poder que as pessoas têm de se dar leis para si próprias e de se reger por elas". p.14. "Num sentido restrito, a autonomia privada pressupõe um espaço de liberdade em que as pessoas comuns podem reger os seus interesses entre si, como entenderem, através da celebração de negócios jurídicos ou de contratos e do exercício de direitos subjetivos, sem terem de se sujeitar a diretrizes de terceiros. Este espaço de liberdade não é absoluto e tem como limites os ditames da lei e da moral, e as limitações impostas pela natureza. Dentro deste espaço, as pessoas têm liberdade de se autorreger e de criar direito". p.14. Tratando o negócio jurídico como ato de autonomia privada, assevera: "os negócios jurídicos são atos que põem em vigor as regulações queridas pelos seus autores. Como acentua Larenz, são os negócios jurídicos, e não a lei, que dão vigência às regulamentações estipuladas. Diferentemente do que sucede com os atos jurídicos simples e com os meros fatos jurídicos, no caso dos negócios jurídicos, não é a lei que determina unilateral e fixamente as consequências jurídicas. O regime jurídico e as consequências jurídicas dos negócios jurídicos são instituídas pelos próprios negócios. A causa eficiente é a autonomia privada, é o ato da autonomia privada, é a ação das partes e não a lei". p.362. "A liberdade de celebração postula uma livre decisão por parte do autor de celebrar ou de não celebrar o negócio. O negócio é uma ação não vinculada, é uma manifestação do livre arbítrio da pessoa que se decide, que se determina, a interromper a inércia e a vincular de certo modo. Além da liberdade de celebrar, ou não, intervém também no negócio jurídico a liberdade de determinar o seu conteúdo. Na celebração do negócio, o papel do livre arbítrio não se confina à livre determinação quanto à sua celebração; o autor tem também o poder de determinar em que termos se quer vincular, qual o conteúdo da regulação que com o negócio vai se por em vigor, quais os moldes em que o negócio vai produzir modificações na sua esfera jurídica". p.368. Quanto aos limites da iniciativa privada, leciona que: "A autonomia privada não significa a liberdade de estipulação de quaisquer conteúdos negociais. São vários os preceitos legais, no Código Civil, que limitam a liberdade de estipular o conteúdo dos contratos e dos negócios. Desde logo, o artigo 405º do Código Civil estatui em geral que a formação do conteúdo contratual deve conter-se 'dentro dos limites da lei'. Ainda que geral, os artigos 280º, 294º e 398º a 401º do Código Civil limitam a liberdade de estipulação e submetem-na à lei, à moral, à ordem pública e à natureza. Noutros locais do Código e na demais legislação, as limitações à liberdade de fixação de conteúdos negociais são multidão, embora, em regra, se apliquem a domínios setoriais e muito específicos da vida negocial privada e, por vezes, pouco ou nada acrescentem às limitações mais genéricas já contidas no Código Civil". p.374. Na dicção de José Engrácia Antunes, discorrendo sobre o princípio da liberdade contratual, assevera que: "Tal princípio jusprivatístico geral possui, desde logo, uma primeira dimensão: a liberdade de celebração dos contratos (*abschluBfreitheit*,

freeedom of contract) consistente na faculdade de os sujeitos jurídicos livremente concluírem contratos ou recusarem a sua celebração". p.125. Destaca o autor as exceções ao princípio: "Tais exceções consubstanciam-se em obrigações legais de contratar (*AbschluBzwan*), impostas por normas cogentes ou imperativas, que, suprimindo a autonomia e liberdade negocial dos sujeitos de diversos contratos mercantis (usualmente, o seu sujeito ativo, isto é, o empresário), fazem recair sobre estes um dever jurídico de os concluir". Prossegue aduzindo que: "Os exemplos desta contratação mercantil forçosa ou obrigatória são inúmeros, multiplicando-se *'ad nauseam usque'*. É o caso dos numerosos contratos celebrados por empresas concessionárias de serviços públicos, os quais, independentemente de se tratar de empresa pública ou privada, estão impedidas de recusar a celebração de contratos com os utentes dos seus bens ou serviços que preencham os requisitos legais ou regulamentares exigidos". p.127. Acrescenta, afirmando que: "O princípio da liberdade contratual possui ainda uma segunda dimensão fundamental: a liberdade de modelação ou estatuição dos contratos (*Inhaltsfreihei*) consistente na faculdade conferida aos contraentes de fixar livremente o conteúdo ou os termos do contrato. Semelhante dimensão encontra também hoje relevantes exceções no domínio da contratação mercantil, traduzidas em regimes legais de controle do conteúdo contratual que visam essencialmente a assegurar os pressupostos de uma efetiva autodeterminação e igualdade das partes contraentes: estão, neste caso, o regime das cláusulas contratuais gerais. (LCCG, aprovada pelo Decreto-Lei nº 446/85, 25 de outubro) e do abuso de dependência econômica (art. 7º da LGC)" p.129. Arremata dizendo que: "O conjunto destes novos processos, alternativos e especiais, de contratação mercantil tem o significado de uma crise do modelo legal clássico da formação contratual previsto no Código Civil, tornando necessária uma reflexão sobre o verdadeiro alcance e atualidade dos paradigmas legais e dogmáticos tradicionais no âmbito do Direito Comercial: goste-se ou não da ideia, a verdade é que a formação e a celebração dos contratos mercantis mais relevantes e mais complexos deixaram, há muito, de se realizar segundo o modelo único e arquetípico previsto pelo legislador civil". p.132. Segundo Mario Julio de Almeida Costa, dissertando sobre a liberdade contratual: "Do referido princípio derivam várias consequências: os contraentes são inteiramente livres, tanto para contratar ou não contratar, como na fixação do conteúdo das relações contratuais que estabelecem, desde que não haja lei imperativa, ditame de ordem pública ou bons costumes que se oponham (art. 405º) a declaração de vontade das partes não exige, via de regra, formalidades especiais (art. 219º) e pode ser expressa ou tácita (art. 217º)". p.207. Prossegue afirmando que: "[...] convirá explicitar o pensamento legislativo que, no seu máximo âmbito, comporta analiticamente três aspectos. Assim: a liberdade de celebração quer dizer, é à iniciativa privada que pertence a decisão de realizar, ou não, o contrato; a liberdade de seleção do tipo contratual – no sentido de que cabe à vontade dos particulares a escolha do contrato a celebrar, tipificado na lei ou qualquer outro; e a liberdade de estipulação que se reconduz à faculdade de os contraentes modelarem, de acordo com os seus interesses, o conteúdo da espécie negocial eleita". p.207. Pires de Lima e Antunes Varela, no seu *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1987 a fl. 355, lecionam que: "O princípio da liberdade contratual é uma aplicação da regra da liberdade negocial, sendo ambos eles um corolário do princípio da autonomia privada, só limitado, em termos gerais, nas disposições dos artigos 280º e seguintes (*cfr.* art. 398º) e, em termos especiais, na regulamentação de alguns contratos". Prosseguem: "Em virtude da liberdade contratual, ninguém pode ser compelido à realização dum contrato. Esta regra também tem exceções. Há, por ex., obrigação de celebrar um contrato, se essa celebração for o conteúdo dum contrato preliminar, chamado contrato-promessa (*cfr.* arts. 410º e ss.)". Aduzem que: "Pelo próprio texto do artigo, se verifica que o princípio da liberdade contratual se desdobra em vários aspectos, a saber: a) a possibilidade de as partes contratarem ou não contratarem, como melhor lhes aprouver; b) a faculdade de, contratando, escolher cada uma delas, livremente, o outro contraente; c) a possibilidade de, na regulamentação convencional dos seus interesses, se afastarem dos contratos típicos ou paradigmáticos disciplinados na lei (celebrando contratos atípicos) ou de incluírem em qualquer destes contratos paradigmáticos cláusulas divergentes da regulamentação supletiva contida no código civil". Arrematam ao afirmarem que: "A liberdade contratual, no entanto, é apenas reconhecida – diz logo no começo do nº 1 – 'dentro dos limites da lei'". E são cada dia mais numerosas e intensas as limitações que a lei põe à autonomia privada. Uma dessas limitações, visando à proteção do contraente mais fraco ou menos experiente, foi recentemente estabelecida, no domínio dos contratos de adesão, pelo Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro, que disciplina através de preceitos de natureza imperativa as chamadas cláusulas contratuais gerais". (p.356). Importantes as lições de *Francisco Amaral*, em seu Direito Civil, Introdução. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.343 e ss., ao discorrer sobre a autonomia privada: "[...] poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, *i.e.*, o poder de alguém dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal". "[...] constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente em espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo e nessas condições, legisladores sobre seus

Neste sentido, é preciso destacar que são vários os preceitos que limitam a liberdade de estipular, podendo ser mencionados, numa relação meramente exemplificativa, os seguros obrigatórios de veículos, o casamento, as cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei nº 446/85) e o contrato-promessa.

Disso se constata que a liberdade de celebração, a liberdade do tipo contratual e a liberdade de estipulação sofrem a compressão da dignidade da pessoa humana, o direito da personalidade, a ordem pública, como limite de proteção à sociedade e aos bons costumes, como proteção da mentalidade datada de um povo, implicando que a atipicidade dos negócios jurídicos encontra um dique no Direito Comunitário, na Constituição da República, no Código Civil, especialmente nos artigos 219º, 223º, 227º, 271º, 280º, 281º, 335º, 405º e 473º bem como na legislação especial de cunho imperativo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça já enfrentou o tema, destacando-se o seguinte julgado, *verbis*:

> 1. O regime jurídico da garantia bancária autônoma, à primeira solicitação (*on first demand*), é determinado pelas cláusulas acordadas e pelos princípios gerais dos negócios jurídicos (arts. 217º e ss. do CC) e dos contratos (arts. 405º e ss. do CC).
>
> 2. A função da garantia autônoma não é a de assegurar o cumprimento de um determinado contrato, mas antes a de assegurar que o beneficiário receberá, nas condições previstas nos termos da garantia, uma determinada quantia em dinheiro. E, por isso, perante uma garantia autônoma à primeira solicitação, de nada servirá vir-se esgrimir com argumentos retirados do contrato principal, pois a garantia tem fins próprios, autossuficientes, servindo, como diz Galvão Telles, como um simples sucedâneo de um depósito em dinheiro.
>
> *3. Contudo, mesmo no caso de tal garantia, deve impor-se a exigência de um limite, cuja violação implicaria um desrespeito de princípios basilares da ordem jurídica portuguesa e que o contrato em questão, mesmo dotado da referida autonomia, não pode pôr em causa.*

próprios interesses". (p.347). "Os limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes. Ordem pública como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica. E bons costumes como o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual, da proibição de lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc." Na mesma toada, o clássico Inocêncio Galvão Telles, no seu Direito das Obrigações, 7ª ed., Coimbra: Coimbra Editora: "A liberdade, em princípio, refere-se ao se e ao como do contrato: se há de ser lembrado e como há de sê-lo. Dentro dos limites da lei, as partes são livres de celebrar, ou não, o contrato e de atribuir a este o conteúdo que lhes aprouver, fazendo figurar nele as cláusulas do seu agrado". p.62. "A determinação do conteúdo pode inclusivamente afastar-se dos modelos expressamente previstos na lei (contratos típicos), adotando fórmulas da sua inventiva ou apenas consagradas pelos usos ou pela prática (contratos atípicos). Podem também formar contratos resultantes da conjugação de cláusulas correspondentes a dois ou mais tipos regulados na lei (contratos mistos). O princípio da liberdade contratual está formulado no artigo 405º". (p.62).

> *Podendo o garante recusar o pagamento quando, comprovadamente, for manifesta a improcedência do pedido. Pois a autonomia da garantia bancária tem, desde logo, como limite, a ofensa dos princípios gerais de direito, como sejam os do abuso de direito, da boa fé e da confiança.*
>
> 4. E está entre esses limites a cessão da posição contratual por banda do dador da ordem, operada entre ele e um terceiro, com a anuência expressa do beneficiário e com o desconhecimento do garante. Pois que a garantia autônoma à primeira solicitação vale somente para o negócio-base nela mencionado, não podendo o mesmo ser afetado com outros sujeitos, sem o consentimento do garante. *(grifo nosso) (STJ 2ª Seção, Serra Baptista, 27/05/2010 – 25878-7)*

Do que se verifica do ordenamento comunitário, constitucional e legal português, a autonomia da vontade, voltada à livre estipulação e celebração de negócios jurídicos, encontra parâmetros aptos à limitação da sua referida autonomia, em razão de postulados maiores e do prestígio de valores imperativos da ordem pública, os quais conferem uma circunscrição para os negócios atípicos, a exemplo da garantia autônoma bancária, e outras, como se verá no ponto seguinte.

5. Garantias Atípicas: o Caso da Garantia Bancária Autônoma

5.1. A Garantia Bancária Autônoma

O contrato de garantia bancária, não se encontrando previsto na legislação Portuguesa, é aquele pelo qual o banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato.

A garantia autônoma é uma figura triangular, supondo três ordens de relações jurídicas: (i) relação entre o garantido e o beneficiário (credor principal); (ii) relação entre o garantido e o garante (banco); (iii) relação entre o garante (banco) e o beneficiário (credor principal).[7]

[7] Conforme anota Luis Manuel Teles de Menezes Leitão, no seu Garantias das Obrigações, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, a respeito das garantias especiais atípicas: "Desde sempre a doutrina reconheceu a existência de certas situações em que o credor possui um reforço da garantia geral, mas que não se reconduzem nem a garantias pessoais, nem a garantias reais, nem sequer às outras modalidades que autonomizámos de utilização de propriedade em garantia e garantias especiais sobre direitos ou sobre universalidades. Para alguns autores, trata-se de garantias eventuais, uma vez que o efeito de o credor se subtrair ao regime do concurso com outros credores aparece como resultado de um instituto, cuja função primordial não é propriamente a de atribuir uma garantia. Outros preferem falar em garantias indirectas. Preferimos, por nosso lado, falar em garantias especiais atípicas, em ordem a referir os institutos que, representando um reforço da posição dos credores, não se deixam reconduzir a nenhuma das modalidades acima referidas". (p.279). *Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte*, em trabalho já clássico, Garantias de Cumprimento, Coimbra: Almedina, 1994, ao se referirem às garantias indiretas, asseveram que: "A imaginação dos interessados,

Nela estão em jogo três negócios jurídicos: (i) o contrato-base, em que são partes o garantido, o mandante da garantia e o beneficiário; (ii) o contrato qualificável como de mandato, mediante o qual o mandante incumbe o banco de prestar garantia ao beneficiário; e (iii), por último, o contrato de garantia, celebrado entre o banco e o beneficiário, em que o banco se obriga a pagar a soma convencionada logo que o beneficiário o comunique de que a obrigação garantida venceu e não foi paga e solicite o pagamento, sem possibilidade de invocar a prévia excussão dos bens do beneficiário ou a impossibilidade da obrigação por este contraída.

Entre as situações de garantia autônoma, figura a garantia *on first demand*, que se pode traduzir por uma promessa de pagamento à primeira interpelação ou solicitação, não podendo ser discutido o cumprimento ou incumprimento do contrato, bastando a interpelação do beneficiário da garantia, autonomia que a distingue, assim, da fiança.

A garantia autônoma à primeira solicitação vale somente para o negócio-base nela mencionado e, ocorrendo cessão da posição contratual pelo garantido, operada entre ele e um terceiro, com a anuência expressa do beneficiário e com o desconhecimento do garante, a garantia extingue-se, sendo legítima a recusa do garante.

---

associada com a autonomia privada, permite criar um sem número de figuras jurídicas, mediante as quais se pode obter uma garantia de cumprimento de deveres obrigacionais. A multiplicidade das situações depende dos casos concretos, mas sempre se podem indicar dois institutos que, indiretamente, podem apresentar uma função de garantia de cumprimento". (p.84-85). Outro trabalho de relevo é o de *L. Miguel Pestana de Vasconcelos*. Direito das Garantias, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, leciona sobre as garantias atípicas que: "Grande parte das garantias são já antigas e estão previstas e reguladas na lei: exemplo claro é o da fiança. São garantias típicas. Outras vezes, são fruto da autonomia privada, da constante necessidade de se criarem figuras mais aptas aos fins que se pretendem alcançar e que aqui se ligam à tutela do crédito. A permanente criação de novas garantias é mesmo uma das características deste quadrante. Essas figuras, embora, por vezes com contornos bem fixados na prática negocial, não estão previstas e reguladas na lei, sendo, nessa medida, garantias (legalmente) atípicas. Contudo, como se deixou antever, são muito frequentemente socialmente típicas. Exemplo claro, entre nós, é a garantia autônoma à primeira solicitação". (p.70-71); Sobre as garantias autônomas, escreveu Antônio Menezes Cordeiro em seu Manual de Direito Bancário: "A função de garantia autônoma não é, tanto, a de assegurar o cumprimento dum determinado contrato. Ela visa, antes, a assegurar que o beneficiário receberá, nas condições previstas no texto da própria garantia, uma determinada quantia em dinheiro. Por isso, perante uma garantia autônoma à primeira solicitação, de nada servirá vir esgrimir com argumentos retirados do contrato principal: a garantia tem fins próprios, autossuficientes, servindo, nas palavras de Galvão Telles, como um simples sucedâneo de um depósito em dinheiro. Mas não um equivalente perfeito, uma vez que, em casos de má-fé manifesta, ela pode ser bloqueada. Acessoriamente, a garantia autônoma tem ainda outras finalidades. Ela vem dar credibilidade ao mandante, mesmo no plano do contrato principal. Na verdade, no domínio das relações internacionais, as partes, muitas vezes, não se conhecem. Assim, quando surgem com garantias, elas sossegam-se mutuamente: isso significa que são conhecidas nas respectivas praças e que, pelo menos nelas, uma instituição bancária reconhecida se responsabiliza. Logo, é de se presumir que sejam capazes de honrar a obrigação principal. Um segundo aspecto, acessório mas importante, tem a ver com o papel financeiro das garantias: pelo atalho da garantia, o garante concede fundos ao mandante, entregando-os diretamente ao beneficiário. Tudo visto, resta constatar que a garantia autônoma é um negócio muito enérgico, que requer uma série de cuidados por parte dos intervenientes. O mandante vê-lhe escapar o controle do pagamento. Assim, ele poderá ter de assistir , impotente, ao pagamento, pelo garante, de uma quantia que ele poderia reter e que, depois, ele terá de reembolsar, com juros e comissões, ao próprio garante. O garante, por seu turno, assume uma responsabilidade que terá de honrar, mesmo quando descubra que o mandante não oferece a necessária confiança. Por isso – em regra – a garantia autônoma é prestada mediante contragarantias idóneas ou através de esquemas que tornem comportável o risco que representa." p.764-765.

Neste sentido, esclarecendo os contornos da garantia, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, em arestos insertos no dgsi.pt, sob a rubrica, garantia bancária autônoma, esta se aperfeiçoa como garantia atípica e submetida ao pálio do art. 405 do Código Civil, *verbis*:

> I) *O contrato de garantia autônoma é um negócio atípico, inominado, que o princípio da liberdade contratual – art. 405º, nº 1, do Código Civil – consente.* Com base nesse contrato, o garante, em regra um Banco, obriga-se a pagar a um terceiro *beneficiário* certa quantia, verificado o incumprimento de um contrato-base, sendo mandante ou ordenante o devedor nesse contrato.
>
> II) A independência do contrato de garantia autônoma em relação ao contrato-base é um dos traços distintivos da garantia bancária e uma das características que lhe conferem *autonomia*, que na fiança não existe por esta ser caracterizada pela acessoriedade. A característica da autonomia é mais patente quando a garantia deva ser prestada à primeira solicitação, "*on first demand*".
>
> III) Na *garantia autônoma,* o garante não pode, em regra, opor ao garantido (beneficiário) os meios de defesa ou as exceções decorrentes das relações credor-devedor no contra-base, ao invés do que sucede na fiança, aí o fiador pode opor ao credor, não só os meios de defesa que lhe são próprios, como também os que competem ao devedor/afiançado.
>
> IV) O pagamento à 1ª solicitação *(on first demand),* assumido pelo garante, implica a sua obrigação de pagar ao beneficiário a indenização objeto da garantia, não podendo opor-lhe quaisquer exceções reportadas à relação principal (contrato-base), a menos que haja evidentes e graves indícios de atuação de má fé, nela se incluindo a conduta abusiva do direito.
>
> V) Valendo a garantia autônoma durante o período de vigência do contrato-base e não podendo o garante invocar as relações entre credor e devedor nesse contrato, não se compreende que o garante, quando interpelado pelo beneficiário, possa invocar que a garantia caducou pelo simples fato de este, ante o incumprimento do devedor/ordenante, tenha exigido o pagamento da garantia após a cessação do contrato-base.
>
> VI) *In casu,* a exigência da garantia, depois de cessado o contrato-base, está justificada pela necessidade de, entre o credor e o devedor no contrato-base ter sido acordado que haveria um prazo para *acerto*

de contas, após a revogação do contrato, o que seria decisivo para que o credor/beneficiário da garantia pudesse exigir ao garante a quantia devida pelo incumprimento.

VII) Não se afigura lesiva da boa fé que, na ausência de qualquer prazo para que o beneficiário reclamasse do garante o seu direito, se deva considerar que existe um prazo de caducidade no contrato de garantia para o exercício do direito do beneficiário, sobretudo, se, como é inerente aos contratos em causa (credor-devedor no contrato-base e na relação entre o ordenante e o garante), o beneficiário, além de ter um fundamento para não reclamar logo o *quantum* da garantia, mais não pede que aquilo que, inquestionavelmente, resulta do incumprimento pelo devedor no contrato-base reportado ao tempo por que este vigorou.

VIII) Com a celebração do contrato de garantia autônoma, nenhum crédito *nasce* no momento da celebração do contrato para o *beneficiário*, mas não deixa de existir um seu direito subjetivo logo que verificado o incumprimento do ordenante/devedor, o que implica a sua *proteção*, ainda que no mero domínio da expectativa jurídica do seu potencial direito de crédito, pois o beneficiário sabe que, em caso de incumprimento pelo ordenante seu devedor, obterá imediatamente do garante o pagamento do crédito tão logo o solicite, fazendo prova, em regra, documental do inadimplemento.

IX) O não exercício do direito pelo beneficiário em relação ao garante, na vigência do contrato, ante o incumprimento evidenciado pelo devedor-ordenante que só pôde ser quantificado após a cessação do contrato-base, não demonstra ter havido por parte de beneficiário abuso evidente nem manifesta fraude ou lesão do princípio da boa fé, pelo que a recusa do garante exprime incumprimento do contrato de garantia. (*grifo nosso*) STJ, 7279/08, Rel. Fonseca Ramos, 6ª Seção, 20/03/2012.

Em síntese, não só a doutrina, mas também a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça[8], percebem a garantia bancária autônoma como negócio atípico,

[8] *I – O contrato de garantia autônomo entronca a sua legalidade no princípio da liberdade contratual.*
II – Será através de todas as cláusulas introduzidas na convenção negocial e da interpretação do sentido das declarações de vontade das partes que o contrato de garantia acabará por ser caracterizado (qualificado) de fiança ou de garantia bancária;
III – Tanto a garantia autônoma como a fiança têm um traço comum: estão vinculadas a uma função garantia; mas a garantia é autônoma, porque é independente da validade e subsistência do contrato-base, ao passo que a fiança é acessória, porque subordinada a essa validade e subsistência.
IV – A garantia autônoma assegura ao beneficiário determinado resultado, desde que o beneficiário diga que o não obteve da outra parte, sem que o garante possa opôr ao beneficiário as exceções de que o garantido pode prevalecer-se.

deixando claro que a autonomia da vontade na vertente de celebração de negócios que não estejam tipificados expressamente em lei se submetem aos postulados gerais dos ordenamentos que dialogam em fontes diversas, demonstrando que não há um critério absoluto de formulação absolutamente livre para as garantias atípicas.[9]

V – A recusa de pagamento por parte do garante só pode ter lugar desde que este esteja na posse de prova líquida de um comportamento abusivo do beneficiário. *(grifo nosso). STJ 086426, Miranela Gusmão, 23/03/1995.*
I. Com base no contrato de garantia bancária autônoma, o garante, em regra um Banco, obriga-se a pagar a um terceiro – beneficiário – certa quantia, verificado o incumprimento de um contrato-base, sendo mandante ou ordenante (preferimos "ordenante" a "ordenador") o devedor nesse contrato, sem que o garante possa opor ao beneficiário (credor no contrato-base) quaisquer exceções reportadas ao contrato fundamental.
II. A autonomização em relação ao contrato-base é um dos traços distintivos da garantia bancária e uma das características que lhe conferem autonomia, que, na fiança, não existe por esta ser caracterizada pela acessoriedade. A característica da autonomia é mais patente quando a garantia deve ser prestada à primeira solicitação, "*on first demand*".
III. Dada a característica da autonomia, o garante, sendo a garantia bancária autônoma à primeira solicitação, não pode socorrer-se de meios de defesa senão os decorrentes do próprio contrato de garantia.
IV. A garantia bancária pode ser automática ou não automática. *Sendo automática*, em regra, à *primeira solicitação* (mas podendo não revestir esta modalidade), o garante deve pagar, não podendo discutir ou fundamentar a recusa, reportando-se ao contrato-base, como, no caso, entrar a discutir se houve, ou não, incumprimento do contrato-base.
V. Na garantia *à primeira solicitação*, o garante bancário está obrigado a pagar, em face da autonomia, à potestividade e à automaticidade do contrato, mas esta obrigação não é incompatível com a exigência de prova do incumprimento do ordenante.
VI. A fronteira entre a *garantia automática* ou *não automática* não passa pela consideração de que naquela, o beneficiário pede ao garante e este, sem mais, deve pagar, por contraponto à garantia não automática em que o garante pode, reportando-se ao contrato de garantia, questionar se o pressuposto da sua responsabilidade se verifica, mormente, no caso em que se *acertou* que o pedido de pagamento contemplado na garantia ficava dependente de prova, não de fatos relacionados com o contrato-base (em relação ao qual o garante é alheio), mas em relação ao contrato de garantia.
VII. Na fiança, em função da sua característica da acessoriedade – art. 627º, nº 2, do Código Civil – não existe o efeito automático de responsabilização do fiador ante o incumprimento *lato sensu* do afiançado, porque o fiador, só renunciando ao benefício da excussão prévia – arts. 638º e 640º a) do Código Civil – e assumindo a qualidade de obrigado principal, ou principal pagador, deixa de poder opor ao credor os meios de defesa deste.
VIII. Exercendo o correcorrente a atividade profissional bancária, não pode, como se leigo fosse, prevalecer-se de qualquer equivocidade das suas declarações, sabendo o contexto em que, como no caso, emite uma garantia solicitada pelo ordenante.
Não valendo como ultima ratio *interpretativa a literalidade do texto, não é, contudo, razoável considerar que um Banco, quando presta uma garantia bancária, possa afirmar que prestou uma fiança, escudando-se no fato de o texto da garantia dizer que "se obriga como principal pagador" para sustentar que o que prestou foi uma fiança bancária, sendo que no texto utiliza as palavras "beneficiário" e "parte ordenadora", que, segundo os usos bancários, são utilizadas quando se está perante garantia autônoma, figura diversa da fiança bancária.*
IX. Na *garantia autônoma simples*, sendo ela condicionada e não absoluta, compete ao beneficiário a prova do incumprimento por parte do ordenante/devedor. Tendo o beneficiário executado o garante, pedindo o pagamento da garantia, compete ao executado a prova da inexistência de fatos que evidenciem o preenchimento do requisito de que depende o cumprimento do contrato de garantia.
X. Da junção do contrato promessa, da declaração emitida pelo ordenante e do contrato de garantia, não resultando, desde logo, uma situação de incumprimento pontual das obrigações do ordenante, não se pode afirmar que tais documentos *"importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante seja determinado ou determinável por simples cálculo aritmético..."*, como exige o citado art. 46º c) do Código de Processo Civil, na redação aplicável e, por isso, não dispõe o exequente/beneficiário de título executivo. *(grifo nosso)* STJ 526/12, Rel. Fonseca Ramos, 6ª Seção, 25/11/2014.

[9] Na lição autorizada de *Pedro Pais de Vasconcelos*, em seu Contratos Atípicos, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p.216-217: "Dentro dos contratos atípicos devem distinguir-se desde logo os que são completamente diferentes dos tipos contratuais legais e os que não são. Os contratos atípicos podem ser completamente diferentes dos tipos contratuais legais. São os contratos atípicos puros, que a literatura em língua alemã designa como *'sui juris'*, *'sui generis'* ou ainda *'eigener Art'*. Não é fácil imaginar e criar um contrato que não tenha nada dos tipos já reconhecidos na lei ou na prática. No entanto, nada impede, em princípio, que

5.2. Exceção de Não Cumprimento do Contrato

No que concerne à exceção de não cumprimento do contrato, cujo preceito relativo se encontra no art. 428 e seguintes do Código Civil, considera Luis Menezes Leitão (nota *op. cit.,* p.280) que, embora a exceção não se possa considerar uma garantia típica, "acaba por desempenhar, numa menor medida, a mesma função das garantias de cumprimento".

Isto se dá porque a parte pode se recusar ao cumprimento de sua contraprestação, enquanto a parte adversa não cumprir sua parte no contrato.

Nesse diapasão, Menezes Leitão assinala que "enquanto a outra parte não efetuar a que lhe cabe, implica que aquela seja uma posição superior a dos credores comuns em relação à satisfação do seu crédito, desempenhando assim o *exceptio* não apenas uma função coercitiva, mas também uma função de garantia" (nota *op. cit.* p.280).

Neste sentido, são os seguintes acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça:

> I – A exceção de não cumprimento do contrato é a faculdade que, nos contratos bilaterais, cada uma das partes tem de recusar a sua prestação enquanto a outra não realizar ou não oferecer a realização simultânea da sua contraprestação.
>
> II – Tendo havido estipulação de prazos diferentes para o cumprimento das prestações, a limitação constante da parte inicial do art. 428º, nº 1, do CC, aplica-se apenas ao contraente que esteja obrigado a cumprir em primeiro lugar, continuando a ser admissível para o outro o recurso à exceção de não cumprimento, não entrando em mora se não realizar a sua prestação enquanto a sua contraprestação não for realizada.
>
> III – Esta exceção também se aplica às situações de cumprimento defeituoso ou de incumprimento parcial da prestação contratual.

---

assim aconteça. Tem acontecido com alguma frequência a importação de tipos contratuais originários de outros sistemas e que são muito diferentes de tudo quanto está consagrado tipicamente quer na lei quer na prática. Tal tem sucedido com contratos que são típicos no sistema anglo-americano como, por exemplo o *'leasing'*, o *'factoring'*, o *'franchising'* e que, em grande parte dos ordenamentos europeus continentais, são legalmente atípicos, embora socialmente típicos. Em Portugal, a maior parte deles foi já tipificada na lei. Estes contratos encontram, quer na prática, quer na literatura da especialidade, abundantíssima matéria para a referência do tipo social normativo e para o processo de comparação que permite a analogia e, com ela, a qualificação e a concretização da disciplina, na interpretação e na integração. Estes contratos só legalmente são contratos atípicos puros. Socialmente, nem sequer são atípicos. Na maior parte dos casos, os contratos atípicos não são puros; são construídos a partir de um ou mais tipos, que são combinados ou modificados de modo a satisfazerem os interesses contratuais das partes. Estes são os chamados contratos mistos. Na prática, quase todos os contratos atípicos são mistos. Os contratos mistos não são um *'tertium genus'* em relação aos contratos típicos e aos atípicos nem uma categoria intermédia; os contratos mistos são atípicos, embora estejam mais próximos dos típicos do que os contratos típicos puros".

IV – Nos casos referidos em IV, o alcance da exceção de não cumprimento do contrato deve ser feito em conformidade com o princípio da boa fé e a possibilidade de recurso ao abuso de direito, por forma a que o alcance da exceção de não cumprimento seja proporcional à gravidade da inexecução.

V – Se o preço total da obra era de € 190 000 e a parte retida correspondia ao valor de € 50 000, valor de um prédio dado em pagamento, esta não é excessiva quando os defeitos da obra exigiam uma intervenção em todos os compartimentos do edifício. (4871/07.1TBBRG.G1.S1, 7ª Seção, Rel. Granja da Fonseca, 22/01/2013, unanimidade.)

I. No contrato de empreitada relativo a imóveis de longa duração, tem o dono da obra a obrigação de respeitar dois prazos, com vista a obter a eliminação de defeitos, denunciando-os: um, de cinco anos, durante os quais "pode descobrir defeitos" (prazo de garantia supletiva), outro, de um ano, a partir do conhecimento (descoberta).

Tendo em conta as regras do ônus probatório, cabe ao empreiteiro, enquanto A./Reconvinte, arguir a exceção da caducidade, com vista a obstar ao reconhecimento do direito dos AA., RR./Reconvintes, à eliminação dos defeitos invocados.

Porém, tendo sido respeitados estes dois prazos por parte do dono da obra, irreleva na decisão o incumprimento da sua obrigação de indicação de data precisa da descoberta do vício.

II. É perfeitamente invocar a *exceptio* no contrato de empreitada.

A referência legal à inexistência de prazos diferentes não é obstáculo. Com efeito, o que a lei pretende é que o excepcionante não se encontre obrigado a cumprir antes da contraparte, o que significa que a diversidade de prazos apenas obsta à invocação da *exceptio* pelo contraente que primeiro deve efetuar a prestação, mas já não impede o outro de opô-la.

III. No caso de incumprimento parcial, o alcance da *exceptio* deve ser proporcional à gravidade da inexecução, sob pena de abuso do direito.

IV. Procedendo a *exceptio*, só a partir do cumprimento integral da sua obrigação é permitido ao A./empreiteiro exigir juros dos RR./donos da obra, caso estes não se expliquem atempadamente. (571/2002. P1.S1, 1ª Seção, Relator Urbano Dias, 20/10/2010, unanimidade)

5.3. Compensação

Noutro giro, cumpre destacar a compensação como garantia atípica, como bem assinalou Menezes Leitão (nota *op. cit.* 280), com propriedade, que:

> A compensação possui igualmente uma função de garantia das obrigações na medida em que, para além de facilitar a extinção dos créditos, evitando a realização dos pagamentos, assegura ao credor um meio suplementar de realização do seu crédito, já que ele pode ser extinto, não apenas pelo pagamento, mas através da declaração de compensação com o contra-crédito que sobre ele tem o devedor. (nota – *op. cit.*, p. 280)

O Supremo Tribunal de Justiça, nesse passo, já se pronunciou com os seguintes julgados:

> 1) Tal como prevê o artigo 847º do Código Civil, a compensação é uma forma de extinção das obrigações quando os obrigados são simultaneamente credor e devedor, operando-se o que, em linguagem coloquial, se apoda de "encontro de contas".
>
> 2) Então, o compensante, se demandado (ou interpelado) para cumprir exonera-se do seu débito através da realização do seu crédito, na mesma lide.
>
> 3) A compensação legal ali prevista não é automática mas sempre potestativa, por depender de uma declaração de vontade, ou pedido, do titular do crédito secundário.
>
> 4) Esse pedido surge pela via da reconvenção se o crédito do demandado for superior ao do demandante mas sê-lo-á por exceção peremptória se o contra-crédito for de montante inferior ao pedido.
>
> 5) São pressupostos da compensação legal a validade do crédito principal e uma reciprocidade creditícia.
>
> 6) São requisitos do instituto a exigibilidade, em sentido forte (não mera expectativa, nem resultante de obrigação natural), do contra-crédito, a sua titularidade pelo compensante e a homogeneidade dos créditos, sendo irrelevante a sua iliquidez.
>
> 7) Impedem a extinção por compensação os créditos do Estado (ou outra pessoa coletiva de direito público), salvo exceção legal, a sua impenhorabilidade e a proveniência de fatos ilícitos dolosos (neste dois últimos casos exceto se ambos o forem).

8) O fato ilícito tanto pode, para este efeito, ser gerado no âmbito da responsabilidade contratual como no da responsabilidade aquiliana.

9) O juízo de causalidade numa perspectiva meramente naturalística de apuramento da relação causa-efeito insere-se no plano puramente factual insindicável pelo Supremo Tribunal de Justiça, nos termos e com as ressalvas dos artigos 729º, nº 1, e 722º, nº 2, do Código de Processo Civil.

10) Assente esse nexo naturalístico, pode o Supremo Tribunal de Justiça verificar da existência de nexo de causalidade, que se prende com a interpretação e aplicação do artigo 563º do Código Civil.

11) O artigo 563º do Código Civil consagrou a doutrina da causalidade adequada, na formulação negativa nos termos da qual a inadequação de uma dada causa para um resultado deriva da sua total indiferença para a produção dele, que, por isso mesmo, só ocorreu por circunstâncias excepcionais ou extraordinárias.

12) De acordo com essa doutrina, o fato gerador do dano só pode deixar de ser considerado sua causa adequada se se mostrar inidóneo para o provocar ou se apenas o tiver provocado por intercessão de circunstâncias anormais, anômalas ou imprevisíveis.

13) O disposto nos artigos 916º e 917º do Código Civil é aplicável apenas à venda de coisas defeituosas, que não à denúncia de danos causados pela mora no cumprimento de contratos de compra e venda.

14) O abuso de direito, que dispensa o "*animus nocendi*", tem por base a existência de um direito subjetivo na esfera jurídica do agente, já que tem como principal escopo impedir que a estrita aplicação da lei conduza à notória ofensa do sentimento jurídico socialmente dominante, comportando duas modalidades: "*venire contra factum proprium*" e situações de desequilíbrio, como sejam o exercício danoso inútil, a atuação dolosa e a desproporção grave entre o exercício do e o sacrifício por ele imposto a outrem. (2226/07-7.TJVNF.P1.S1, 11/01/2011, 1ª Seção, Relator Sebastião Póvoas)

I – A compensação é uma forma de extinção das obrigações em que, no lugar do cumprimento, como sub-rogado dele, o devedor opõe o crédito que tem sobre o credor (art. 847º do CC).

II – A compensação legal ali prevista não é automática, mas sempre potestativa por depender de uma declaração de vontade, ou pedido, do titular do crédito secundário.

III – Para que a extinção da dívida por compensação possa ser oposta ao credor, exigem-se a verificação dos seguintes requisitos:

> a) a existência de dois créditos recíprocos; b) a exigibilidade (forte) do crédito do autor da compensação; c) a fungibilidade e a homogeneidade das prestações; d) a não exclusão da compensação pela lei; e, e) a declaração de vontade de compensar.
>
> IV – A referida exigibilidade pressupõe que se configure um direito de crédito, decorrente de uma obrigação civil, vencida, incumprida e ainda não extinta.
>
> V – Isso não ocorre quando, como no caso vertente, o crédito invocado depende de uma condenação, a proferir em processo penal, de pessoas singulares e decorrente atribuição de uma indenização à ré, a pagar solidariamente pelos seus autores materiais, pela autora e outra pessoa coletiva, pelo deve o mesmo ser tido como incerto, hipotético, não dando direito ainda à ação de cumprimento ou à execução do patrimônio do devedor, nem habilitando, quem o invoca, a obter a respectiva compensação. (11148/12.9 YIPRT-A. L1.S1, 1ª Seção, Paulo Sá, 01/07/2014, unanimidade)

5.4. Cláusula *Negative Pledge*

Instigante tema é o da garantia atípica denominada "Cláusula *negative pledge*".

Com efeito, tal garantia gera uma obrigação de não fazer, no sentido de que o devedor deverá se abster de onerar seu patrimônio com outras garantias reais ou pessoais.

Para Menezes Leitão, trata-se de:

> [...] uma garantia fraca, na medida em que não garante ao credor qualquer direito sobre bens presentes ou futuros do devedor, pelo que, em caso de violação da garantia, não se permite ao credor afetado opor a sua posição aos outros credores, mas apenas obter do devedor uma indenização ou, eventualmente, a exigibilidade antecipada de cumprimento (nota *op. cit.* p.284).

5.5. Cláusula *Cross-Default*

Destaca o Prof. Menezes Leitão a garantia atípica da cláusula *cross default*, em sua obra (nota *op. cit.* p.284), lecionando que:

> A cláusula *cross default* determina consequentemente que o cumprimento da obrigação perante um dos credores desencadeie um efeito dominó, permitindo a reação imediata de todos os outros credores. Mas, para além disso, representa uma garantia

da *par conditio creditorum*, evitando que a estipulação de prazos de vencimento das obrigações impeça os outros credores de exigir atempadamente o cumprimento (nota *op. cit.* p.281).

5.6. A Consignação de Receita em Garantia

No que concerne à garantia atípica da consignação de receita em garantia, alerta o Prof. Menezes Leitão (nota *op. cit.* p.285) que tem sido corrente o uso de consignação de receitas de determinado negócio de devedor para garantia do cumprimento de uma obrigação, tais como receitas de filmes ou de estádios de futebol.

Como ilustração pertinente ao tema, deve ser mencionada no ordenamento jurídico brasileiro a recente Lei nº 13.155/2015, que, no seu art. 4º, §6º, considera como receitas dos clubes de futebol, as referentes a transmissão e de imagens, receitas de patrocínios, publicidade, luva e *marketing*, receitas com transferências de atletas, receitas de bilheteria e receitas das atividades sociais dos clubes de futebol.

5.7. Cláusula *Step-in-Rights*

Dita cláusula refere-se ao direito de intervenção e assunção de controle de determinado projeto e consiste no direito do credor de intervir no controle e na administração da sociedade, com a finalidade de resolver determinados inadimplementos e/ou falhas da sociedade do projeto, regularizando as atividades do empreendimento, além de preservar as garantias e contratos do projeto.

Tal garantia tem como finalidade que o financiador possa garantir a integridade do empreendimento como um todo, podendo, inclusive, em situações extremas, preparar o empreendimento para venda por meio da excussão das garantias oferecidas pelo devedor.

5.8. *Covenant*

Trata-se de garantia atípica, que consiste no fato de que as obrigações de fazer ou não fazer, denominadas *covenants*, fornecem importante garantia ao financiador, haja vista que compõem uma disciplina exigente à sociedade do projeto, podendo o financiador monitorá-la diretamente.

Em preciso verbete no seu glossário de Administração Pública, Paulo Cesar Fulgêncio esclarece que:

> *Covenant* – constitui um sistema de garantia indireta, próprio de financiamentos, representado por um conjunto de obrigações contratuais acessórias, positivas ou negativas, ou seja, é um compromisso ou promessa em qualquer contrato formal de dívida, reconhecido em lei, protegendo os interesses do credor e

> estabelecendo que determinados atos devem, ou não, cumprir-se, podendo ser compromissos restritivos ou obrigações de proteção. (Rio de Janeiro: Mauad, 2007. p.175)

6. Conclusão

À guisa de inventário das ponderações alinhavadas a respeito dos negócios atípicos, como produto da autonomia da vontade, vê-se que o *iter* a ser percorrido para sua configuração deve levar em linha de consideração o Tratado de Lisboa, a Constituição da República Portuguesa e a ordem legal interna do Código Civil Português, bem como as leis especiais de caráter imperativo, as quais fornecem o ambiente de conformação e limitação dos referidos negócios.

Os contratos atípicos partem do exercício da autonomia da vontade, sempre com o olhar voltado para a dignidade da pessoa humana (mínimo existencial) e do Direito da Personalidade (espaço de desenvolvimento livre da personalidade), os quais compõem os valores e princípios delimitadores da vontade negocial autônoma.

Destacou-se o princípio da ordem econômica da livre iniciativa como direito fundamental ao lançamento à uma atividade econômica lícita, também visualizado sob a perspectiva do desenvolvimento livre da personalidade, bem assim da autonomia da vontade, nas vertentes da liberdade de celebração e estipulação.

De outra banda, a jurisprudência portuguesa, pela mão do Supremo Tribunal de Justiça, no caso da garantia bancária autônoma, vem no mesmo sentido de esclarecer que a autonomia da vontade sofre conformação ao sistema como um todo, onde encontra sua força normativa e seus limites, cuja inobservância poderá gerar a nulidade da avença.

Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Contratos I*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANASTÁCIO, Gonçalo. *Tratado de Lisboa anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2012.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora. vol. I, 1997; vol. II, 1998.

ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos Contratos Comerciais*. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O Direito*. Introdução e Teoria Geral. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. *Teoria Geral*. Direito Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. vol. I, 2010; vol. II, 3ª ed., 2010; vol. III, 2ª ed., 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et alii*. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. vol. 1.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito Bancário*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Tratado de Direito Civil Português*. Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2010. vol. II.

COSTA, Mario Júlio de. *Direito das Obrigações*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Noções Fundamentais de Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

DANZ, Erich. *A Interpretação dos Negócios jurídicos*. Trad.: Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1941.

FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*. Lisboa: Universidade Católica Editora. vol. I, 6ª ed., 2012; vol. II, 5ª ed., 2014.

FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais*. Teoria geral e Aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRAGA, Luis Alves. *Metodologia da Investigação*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015.

FRANCO, António L. Souza *et alii*. *A Constituição Económica Portuguesa*. Ensaio interpretativo. Coimbra: Almedina, 1993.

FULGÊNCIO, Paulo Cesar. *Glossário de Administração Pública*. Rio de Janeiro: Mauad, 2007, verbete *covenant*.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Transformações Gerais do direito das Obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1980.

LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014. vol. I, 13ª ed., 2016; 9ª ed., vol. II; vol. III, 10ª ed., 2015.

_____. *Direitos Reais*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *Garantia das Obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *O Enriquecimento Sem causa no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005.

LIMA, Pires de. *Código Civil Anotado*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. vol. I.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Garantias de Cumprimento (Estudo teórico-prático)*. Coimbra: Almedina, 1994.

MIRANDA, Jorge *et alii*. *A Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Lições de Direito civil*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. *Direito Económico*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988.

NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da Pessoa Humana*. Coimbra: Almedina, 2015. vol. I.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PONTE, Pedro Fuzeta. *Garantias de Cumprimento*. Coimbra: Almedina, 1994.

PORTO, Manuel Lopes. *Tratado de Lisboa anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2012.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. 19ª ed. Quidjuris, 2015.

_____. *Código de Processo Civil*. 32ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. *Código Civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

PRATA, Ana. *Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. *Verbetes "crédito" e "garantia"*. Dicionário Jurídico. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1990.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOS, António Carlos dos *et alii*. *Direito Económico*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Direito Comercial Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. vol. I.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

_____. *Direito das Obrigações*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*. vol. I, 10ª ed., 2000; vol. II, 7ª ed., 2003. Coimbra: Almedina.

_____. *Código Civil Anotado*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. vol. I.

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito das Garantias*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. *Contratos Atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*. A ordem económica portuguesa. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito Comercial*. Teoria Geral do Contrato. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Jurisprudências

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 25878/07.3 yylsb - A.L1.S1, 2ª secção, Relator Serra Batista, julgamento em 25/05/2010, unanimidade. http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/11abe277ae566bb1802577340035df90?OpenDocument. Acessado em: 27/12/2016.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 7279/08 TBMAL.P1.S1, 6ª secção, Relator Fonseca Ramos, julgado em 20/03/2012, unanimidade. http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/11abe277ae566bb1802577340035df90?OpenDocument. Acessado em: 27/12/2016.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 086426 JSTJ00026890, Relator Miranda Gusmão, julgamento em 23/03/1995, unanimidade. http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5783feb0691284e1802568fc003b3845? OpenDocument. Acessado em: 27/12/2106.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 526/12.3 TBPVZ - A.P1.S1, Relator Fonseca Ramos, julgamento em 25/11/2014, unanimidade. http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2a668ee728231b0380257d9c003f1d55? OpenDocument. Acessado em: 27/12/2016.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 571/2002.P1.S1, Relator Urbano Dias, julgamento em 26/10/2010, unanimidade. http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/92c08f4e45b4842d802577cf00398be8? OpenDocument. Acessado em: 16/03/2017.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 2226/07 – 7TJVNF.P1.S1, Relator Sebastião Póvoas, julgamento em 11/01/2011, unanimidade. http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/70facfcb82cd53d6802578150057a56f? OpenDocument. Acessado em: 16/03/2017.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 11148/12.9YIPRT-A.L1.S1, *1ª*. Secção, Relator Paulo Sá, julgamento em 01/07/2014, unanimidade http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/30dda26db90a26df80257d0900359d06?OpenDocument. Acessado em: 16/03/2017.

Mensalidades escolares e a existência (ou não) de responsabilidade solidária dos pais após o fim da sociedade conjugal: dissolução conjugal e seus reflexos obrigacionais frente a terceiros em relação a eventuais dívidas escolares da prole

Raphael Le Cocq*

Sumário

1. Introdução. 2. Do Direito Obrigacional das obrigações solidárias da solidariedade familiar. 3. Da extinção da sociedade conjugal e da ausência de norma expressa de solidariedade. 4. Dos julgados paradigmas. 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Palavras-chave: Dissolução da sociedade conjugal e dissolução do vínculo conjugal. Separação judicial e divórcio. Registro civil. Obrigações. Solidariedade.

1. Introdução

Inúmeras são as questões no ramo do Direito de Família (ou Direito das Famílias). Ocorre que, diferentemente do que se possa pensar, mesmo após o efetivo divórcio, eventualmente, pode um dos cônjuges vir a ser processado por dívidas feitas em exclusividade por seu ex-cônjuge, mas em benefício da prole comum.

Em resumo, abordaremos nas próximas linhas temas aptos a solucionar as seguintes questões:

- *Respondem solidariamente ambos os pais por dívida educacional (mensalidades escolares inadimplidas)?*
- *Necessário, para que haja a responsabilidade solidária, que ambos os genitores (pais) figurem, em igualdade de condições, como responsáveis financeiros no instrumento contratual firmado frente à instituição de ensino credora?*
- *Necessário que o contrato de ensino expressamente preveja a solidariedade dos pais?*
- *O divórcio e/ou a separação extingue a solidariedade familiar?*

* Pós-Graduação em Direito Econômico Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Especialização em Direito Público e Privado para a Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Advogado.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 85 (3ª Fase), jul./set. 2022 2022, p. 105-114.

Questões que entendemos de relevantíssimo valor, pois, certo é que, ao término de relações conjugais, busca-se, mediante o divórcio, romper-se de forma efetiva vínculos não só sentimentais, mas também patrimoniais. Mesmo havendo eventual prole em comum, nenhum dos cônjuges quer mais viver em sociedade conjugal. Busca-se, por medidas de toda ordem, romper os laços patrimoniais a fim de que condutas de um não possam atingir a esfera patrimonial do outro.

Insta destacar, desde logo, que, a fim de expressar nossa posição, enfrentaremos os pontos abordados nos julgados paradigmas exarados pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos *Recursos Especiais nº 1.472.316/SP* e *nº 1.44.511/SP*.

Neste contexto, traçamos estas breves linhas, visando não só esclarecer as questões jurídicas que norteiam a problemática aqui relatada, mas também para tentar trazer reflexões e conclusões que busquem um resultado justo, apto a nortear a questão em debate.

Feita a delimitação do tema, iniciamos nosso estudo.

2. Do Direito Obrigacional das obrigações solidárias da solidariedade familiar

Como se sabe, para fins obrigacionais contratuais, quando da formação da relação jurídica, é necessária a efetiva expressão da vontade das partes contratantes a fim de se vincularem mutuamente ao que restará estabelecido contratualmente. Assim, afirmamos, pois, em regra, que o contrato não vincula terceiro que não seja expressamente anuente à relação obrigacional em formação.

Consubstanciando o que aqui resta afirmado, suscitamos a celebre expressão forense: "o contrato é lei entre as partes."

Nesta linha, deve-se restar claro que o contrato não é lei para mais ninguém, exceto para àqueles que nele expressaram sua inequívoca vontade, sem vícios, de anuírem para com as regras e obrigações ali avençadas.

Lembre-se que o homem é absolutamente livre para contratar. Mas não só isso. É livre, também, para NÃO CONTRATAR no efetivo exercício de sua AUTONOMIA DA VONTADE.

Res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest.

Todavia, insta ressaltar que há, sim, relações obrigacionais em que terceiros, que, a princípio, restariam desvinculados relação jurídica embrionária, podem ser alcançados e responsabilizados, é o caso da SOLIDARIEDADE LEGAL. Solidariedade obrigacional advinda de comando normativo legal.

Por força de lei, sem que haja expressa declaração de vontade nesse sentido, a solidariedade restará imposta.

No direito de família, resta sempre invocada a solidariedade legal insculpida nas normas dos artigos 1.643 e 1.644 do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10

janeiro de 2002), em que se preceitua que são solidariamente responsáveis ambos os cônjuges, independentemente do regime de bens adotado, pelas dívidas contraídas em favor da economia doméstica.

Provando o credor que a dívida contraída por um dos cônjuges aproveita à economia doméstica da entidade familiar, serão ambos os cônjuges responsáveis solidários pelo seu adimplemento por força de lei (solidariedade legal). Independentemente de terem, ambos os cônjuges, firmado o contrato inadimplido, ambos serão responsáveis ao seu pagamento de forma solidária, clara e indiscutível exceção ao Princípio da Relatividade dos Contratos, insculpido do brocardo jurídico anteriormente suscitado (*res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*).

Consagrou o artigo 1.644 do Código Civil Brasileiro a SOLIDARIEDADE FAMILIAR, a fim de impedir o óbvio locupletamento indevido do cônjuge não contratante (mas que também se beneficiou da avença) frente a terceiro lesado pelo inadimplemento obrigacional.

3. Da extinção da sociedade conjugal e da ausência de norma expressa de solidariedade

O estado de conjugalidade, no sentido de comunhão de desígnios, para em união perseguir o objetivo de constituir família (e patrimônio) em comunhão de esforços, pode ser, em si, encontrado até mesmo na ausência formal de um casamento. Encontrar-se-á verdadeira sociedade conjugal em Uniões Estáveis em que, por uma realidade fática, percebe-se a união de esforços entre pessoas ligadas, primordialmente, pelo afeto para constituir patrimônio único a dar sustentabilidade à família que se está a constituir ou que já resta constituída.

Perceba que a sociedade conjugal nada mais é que uma sociedade advinda de situação fática existente em qualquer esboço familiar, seja em Uniões Estáveis ou em Casamentos formais.

Neste diapasão, deve restar claro que, *uma vez percebida, no mundo fático, a comunhão de desígnios ao fim precípuo de constituir uma família, estaremos diante de uma sociedade conjugal.*

A sociedade conjugal, entendida como a sociedade de fato formada com o desígnio de constituir família, independe do vínculo formal do casamento; representa, em verdade, situação fática juridicamente relevante.

Neste diapasão, resta claro, por via de consequência, que, uma vez operada a inequívoca separação fática dos que assim viviam em família, independentemente da forma legal a que estavam subsumidos, União estável ou Casamento, rompida estará a sociedade conjugal, pondo-se fim inconteste à relação patrimonial até então existente.

Assim sendo, *deve restar claro ao leitor que o fim da sociedade conjugal se opera de forma fática, em dissonância completa ao vínculo conjugal, o qual deve ser desconstituído por ato voluntário formal e/ou por sentença desconstitutiva de divórcio.*

Deixe-se claro:

- *A separação de fato põe fim à sociedade conjugal,* ante a ausência da *affectio maritalis* necessária e imprescindível ao reconhecimento da existência de uma sociedade conjugal.

- *A decretação do divórcio põe fim ao vínculo conjugal*, extirpando todos os direitos até então existentes de cunho não societário, tal como o direito de sucessão *causa mortis*.

Necessária a presente explanação ante a induvidosa relevância destes conceitos paradigmas para que possamos buscar, aqui, a solução adequada às questões a serem respondidas por este breve estudo, para que as partes possam pôr um ponto final irremediável aos seus vínculos patrimoniais após o fim da relação afetiva.

Desta feita, nos parece que, evidenciado que uma vez desfeita a sociedade conjugal pela efetiva separação de fato, é inaplicável aos ex-cônjuges as regras normativas que lhes impõem uma solidariedade obrigacional, advinda da presunção legal insculpida nos artigos 1.643 e 1.644 do Código Civil/2002 de que dívidas contraídas para fins de mantença da entidade familiar são de responsabilidade de ambos os cônjuges.

Se não mais existe sociedade conjugal, não há mais entidade familiar comum, logo, cada qual das partes, após a separação de fato, ao nosso ver, se divide em famílias distintas. Verdadeira cisão, não só afetiva, mas também patrimonial.

Logo, entendemos que dívidas, mesmo que realizadas para o amparo de prole comum, não podem ser tidas como de responsabilidade solidária, por força das normas supracitadas (artigos 1.643 e 1.644 do Código Civil/2002).

Deixe claro que a separação de fato, como dito, rompe a sociedade conjugal e implica a cisão familiar indiscutível, em que cada qual, a partir daí, passa a representar um núcleo familiar dissociado para fins patrimoniais e obrigacionais, mesmo que haja prole em comum.

Pensar diferente é trazer indubitável INSEGURANÇA JURÍDICA eterna às partes envolvidas em um divórcio. Pois certo é que, independentemente das cláusulas e condições previstas em sentenças e/ou acordos, sempre haverá a possibilidade de que comportamentos perdulários do ex-cônjuge frente a obrigações com a prole, produzam reflexos no patrimônio daquele que jamais contribuiu para o ato de inadimplência, bem como jamais se beneficiou de qualquer sorte de tais atos de irresponsabilidade.

Vejamos o simples exemplo em que reste ao ex-cônjuge genitor a responsabilidade alimentar, fixada em sentença, de cobrir todos os gastos da prole comum advindos com educação. Neste caso, por óbvio, o pai irá ao estabelecimento escolar e firmará frente à instituição de ensino contrato em que será único e exclusivo responsável financeiro. Poderá, neste caso, ocorrendo a inadimplência de mensalidades escolares, ser responsabilizada solidariamente a ex-cônjuge genitora?

E, caso esta mesma cônjuge genitora tenha assinado o contrato apenas como responsável acadêmica (termo comum encontrado em contratos de instituições de ensino), ainda assim, poderia ela ser considerada responsável solidária por obrigações inadimplidas por seu ex-cônjuge, pai da prole comum?

E, caso os papéis se invertam, caso seja a ex-cônjuge virago a inadimplente frente à instituição de ensino, poderá ser o pai responsabilizado solidariamente, mesmo não tendo firmado o contrato como responsável financeiro?

Inúmeras são as hipóteses práticas de dívidas que são contraídas por pais e mães em favor da prole comum, mas certo é que inexiste norma expressa que possibilite o alcance do patrimônio de um ex-cônjuge por dívida de outro ex-cônjuge por dívidas contraídas em favor da prole.

Há, sim, normas constitucionais e legais que trazem a responsabilidade comum e igualitária para ambos os genitores de sustento da prole. Mas, não se pode confundir, de forma alguma, responsabilidade comum com responsabilidade solidária.

Alhos não são bugalhos.

Quanto ao tema, restam presentes na jurisprudência pátria dois julgados paradigmas. O primeiro exarado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no bojo do Recurso Especial nº 1.472.316/SP, de relatoria do eminente Ministro Paulo de Tarso Severino. O segundo exarado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no bojo do Recurso Especial nº 1.444.511/SP, de relatoria do eminente Ministro Luis Felipe Salomão.

Decisões que passamos a esmiuçar no próximo capítulo.

4. Dos julgados paradigmas

Em que pese a relevância dos julgados frente ao tema central deste estudo, certo é que o objeto dos julgados não fora propriamente a questão de direito material aqui abordada (se respondem ou não solidariamente os pais, independentemente de estarem ou não ainda em sociedade conjugal).

Como se pode perceber da simples leitura de ambos os julgados, o que efetivamente representa o ponto central, em ambos os julgamentos, se resume a questão se eventual execução pode ser redirecionada àquele genitor que não participou da fase cognitiva do processo.

Resumindo o que fora decidido, a 3ª Turma do STJ entendeu que pode haver o redirecionamento em virtude da solidariedade existente entre os pais.

Já a 4ª Turma decidiu que necessária a participação de ambos os pais desde o início da formação do processo, pois existe um litisconsórcio necessário que deve ser respeitado. *Data maxima venia*, para nós, este é o entendimento a ser seguido ante a boa ordem processual, o devido processo legal e o contraditório.

Todavia, não é essa a matéria objeto deste estudo. Não estamos aqui a abortar os aspectos processuais que trafegam sobre a órbita do tema.

Dizemos isso, pois, como se pode observar a questão efetivamente julgada, não fora a solidariedade dos cônjuges e/ou pais (mesmo que separados/divorciados) por dívidas contraídas por quaisquer deles em prol da prole em comum. O debate existente nos julgados, a questão principal, se deu em torno da possibilidade, ou não, de se atingir em execução o patrimônio de quem não foi parte do processo desde a sua formação.

Em que pese ser o tema central dos referidos julgados, diverso daquele que é o objeto central deste estudo, certo é que, na fundamentação existente em ambos os acórdãos, pode-se extrair conclusões sobre o tema aqui em análise: *Permanecem em solidariedade os genitores mesmo após o rompimento da sociedade conjugal?*

Não há uma resposta efetiva em nenhum dos acórdãos, todavia, em ambos, no bojo de suas fundamentações, pode-se, de forma clara, observar a linha de pensamento dos julgadores sobre o tema deste estudo.

Na fundamentação do julgado exarado pela 3ª Turma (Resp nº 1.472.316/SP), restou assim argumentado:

> Ambos os pais têm o dever de garantir o sustento e a educação dos filhos, compreendendo, aí, também a manutenção do infante em ensino regular (art. 55 do ECA), pelo que deverão, solidariamente, responder pelas mensalidades da escola em que matriculado o filho.
>
> Há de se entender como uma das formas de bem cumprir o direito à educação e à proteção integral do menor ou adolescente, a imposição aos pais da obrigação, solidária, de somar esforços a fazer solvidas as despesas para tanto.
>
> *Essa mútua responsabilidade, própria das dívidas contraídas por apenas um dos pais para o sustento do filho, não deixa de estar presente pelo fato de a dívida ter sido contraída posteriormente à separação/divórcio, pois é no poder familiar que ela encontra sua gênese.*
>
> Poder-se-á, sim, no curso da execução, esclarecer se o genitor que não é nominado no título não mais possui poder familiar, ou alguma outra situação excepcional em que possa sustentar a ausência de responsabilidade, mas, caso contrário, entendo, deverá ser chamado a adimplir com as dívidas contraídas em favor do seu filho. (grifo nosso)

Com base no parágrafo grifado, não nos restam dúvidas de que *os Julgadores da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendem que existe solidariedade, independentemente de estarem os pais em verdadeira sociedade conjugal,* apesar de não constar da ementa do julgado, abaixo transcrita, o trecho acima colacionado:

Mensalidades escolares e a existência (ou não) da Responsabilidade Solidária dos Pais após o fim da Sociedade Conjugal - Dissolução conjugal e seus reflexos obrigacionais frente a terceiros em relação à eventuais dívidas escolares da prole

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MENSALIDADES ESCOLARES. DÍVIDAS CONTRAÍDAS EM NOME DOS FILHOS DA EXECUTADA. AUSÊNCIA DE BENS EM NOME DA MÃE PARA A SATISFAÇÃO DO DÉBITO. PRETENSÃO DE INCLUSÃO DO PAI NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA DO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO PELO SUSTENTO E PELA MANUTENÇÃO DO MENOR MATRICULADO EM ENSINO REGULAR. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ATRAÇÃO DO ENUNCIADO 284/STF.

1. Controvérsia em torno da possibilidade de, no curso de execução extrajudicial baseada em contrato de prestação de serviços educacionais firmados entre a escola e os filhos do recorrido, representados nos instrumentos contratuais apenas por sua mãe, diante da ausência de bens penhoráveis, ser redirecionada a pretensão de pagamento para o pai.

2. A legitimidade passiva ordinária para a execução é daquele que estiver nominado no título executivo.

3. Aqueles que se obrigam, por força da lei ou do contrato, solidariamente à satisfação de determinadas obrigações, apesar de não nominados no título, possuem legitimidade passiva extraordinária para a execução.

4. Nos arts. 1.643 e 1644 do Código Civil, o legislador reconheceu que, pelas obrigações contraídas para a manutenção da economia doméstica, e, assim, notadamente, em proveito da entidade familiar, o casal responderá solidariamente, podendo-se postular a excussão dos bens do legitimado ordinário e do coobrigado, extraordinariamente legitimado.

5. Estão abrangidas na locução "economia doméstica" as obrigações assumidas para a administração do lar e, pois, à satisfação das necessidades da família, no que se inserem as despesas educacionais.

6. Na forma do art. 592 do CPC/73, o patrimônio do coobrigado se sujeitará à solvência de débito que, apesar de contraído pessoalmente por outrem, está vocacionado para a satisfação das necessidades comuns/familiares.

7. Os pais, detentores do poder familiar, têm o dever de garantir o sustento e a educação dos filhos, compreendendo, aí, a manutenção do infante em ensino regular, pelo que deverão, solidariamente, responder pelas mensalidades da escola em que matriculado o filho.

8. Possibilidade, assim, de acolhimento do pedido de inclusão do genitor na relação jurídica processual, procedendo-se à prévia

> citação do pai para pagamento do débito, desenvolvendo-se, então, regularmente a ação executiva contra o coobrigado.
>
> 9. Doutrina acerca do tema.
>
> 10. RECURSO ESPECIAL EM PARTE CONHECIDO E PROVIDO. (REsp 1472316/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe 18/12/2017)

Em contraponto, *essa mesma conclusão não pode ser extraída do julgado proferido na 4ª Turma* daquele colendo Superior Tribunal.

No julgado da 4ª Turma, resta evidenciado que a solidariedade ali reconhecida se refere aos pais ainda em sociedade conjugal. Para que não pairem dúvidas, colacionamos a ementa do julgado em questão:

> RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. CONTRATO FIRMADO APENAS PELO PAI DOS MENORES BENEFICIÁRIOS. PRETENSÃO DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO PARA O PATRIMÔNIO DO OUTRO CÔNJUGE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS PAIS PELAS DESPESAS COM EDUCAÇÃO DOS FILHOS. ECONOMIAS DOMÉSTICAS. PODER FAMILIAR QUE FUNDAMENTA A OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA, MAS É INSUFICIENTE PARA A RESPONSABILIZAÇÃO PATRIMONIAL DE AMBOS OS CÔNJUGES. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.
>
> 1. No âmbito do poder familiar estão contidos poderes jurídicos de direção da criação e da educação, envolvendo pretensões e faculdades dos pais em relação a seus filhos, correspondentes a um encargo privado imposto pelo Estado, com previsão em nível constitucional e infraconstitucional.
>
> 2. *As obrigações derivadas do poder familiar*, contraídas nessa condição, *quando casados os titulares*, classificam-se como necessárias à economia doméstica, sendo, portanto, solidárias por força de lei e inafastáveis pela vontade das partes (art. 1644, do CC/2002).
>
> 3. Nos casos de execução de obrigações contraídas para manutenção da economia doméstica, para que haja responsabilização de ambos os *cônjuges*, o processo judicial de conhecimento ou execução deve ser instaurado em face dos dois, com a devida citação e formação de litisconsórcio necessário.
>
> 4. Nos termos do art. 10, § 1º, III, CPC/1973 (art. 73, § 1º, CPC/2015), se não houver a citação de um dos *cônjuges*, o processo será válido

> e eficaz para aquele que foi citado, e a execução não poderá recair sobre os bens que componham a meação ou os bens particulares do cônjuge não citado.
>
> 5. Há litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes. Nesses casos, a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.
>
> 6. Recurso especial não provido.
>
> (REsp 1.44.511/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, data do Julgamento: 11/02/2020)

5. Conclusão

Levantado o quadro fático e jurídico que abraça a *quaestio* objeto deste estudo, entendemos que não há dúvidas de que, havendo uma sociedade conjugal, seja por meio de um casamento formal ou de uma união estável, independentemente do regime de bens adotado pelo casal, restaram ambos os genitores, responsáveis solidariamente por dívidas contraídas ao sustento da prole comum.

Neste específico caso, entendemos, também, acompanhando o entendimento exarado pela 4ª Turma do STJ no bojo do Resp nº 1.444.511/SP que necessária a formação litisconsorcial, desde a formação do processo, em respeito ao Devido Processo Legal, ao Contraditório e à Ampla Defesa.

Entretanto, uma vez rompida a sociedade conjugal pela separação de fato (lembre-se que sociedade conjugal se rompe pela mera separação de fato, diferentemente do vínculo conjugal, o qual somente se rompe pelo efetivo divórcio), rompida está a solidariedade, assim como rompido qualquer vínculo obrigacional tomado de forma individual por aqueles que não vivem mais em comunhão de desígnios.

Data maxima venia, pensar diferente é ir de encontro a SEGURANÇA JURÍDICA que se espera de sentenças e/ou acordos proferidos em ações de divórcio, partilha de bens e alimentos, pois certo é que, caso se conclua pela eterna responsabilização solidária, nunca haverá segurança para quaisquer das partes envolvidas em litígios que versem sobre o fim de relações conjugais e/ou afetivas onde haja uma prole em comum.

Além disso, importante lembrar que, apesar de atrativa a interpretação de se ter por solidária a responsabilidade de ambos os genitores por dívidas contraídas em favor da prole em comum, mesmo que o tenham sido firmadas de forma individual, certo é que não há precisão legal para tanto.

Lembramos que normas de imposição obrigacional devem ser interpretadas restritivamente, logo, nos parece forçoso estender a solidariedade legal prevista no bojo do artigo 1.644 do Código Civil/2002 de exclusiva aplicabilidade a sociedades conjugais a casos outros em que tal sociedade resta desfeita.

Não há, em nosso ordenamento jurídico, norma alguma que imponha a solidariedade entre genitores que não vivem em sociedade conjugal.

Há, sim, em verdade, normas, constitucionais e legais (art. 229 da CRFB/88, art. 22 do ECA e art. 1566 do CC/2002), que impõem a mútua obrigação de sustento e amparo à prole em comum por ambos os genitores. Todavia, inexoravelmente, a mútua obrigação se distingue, em muito, de uma obrigação solidária.

Deste modo, diante de tudo o que resta exposto, entendemos que a solidariedade entre pais somente resta presente em obrigações contraídas em prol da prole comum quando presente uma sociedade conjugal efetiva, aplicável ao casamento, assim como, extensível às uniões estáveis.

Não havendo sociedade conjugal, prevalece a individualidade patrimonial e obrigacional de cada qual dos responsáveis alimentares.

Não esperamos resolver toda a problemática fática e jurídica que envolve o tema. Todavia, acreditamos que, ao mínimo, estamos contribuindo para que soluções sejam buscadas, mesmo que não seja o caminho traçado netas linhas o escolhido pelos futuros julgados.

Rio de Janeiro, 27 de junho de 2022.

Referências Bibliográficas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Código Civil*. Brasília: Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 26 set. 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2021.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil Brasileiro.* São Paulo: Bookseller, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família – Curso de Direito Civil*. São Paulo: Renovar, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil.* Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Smart contracts, "autotutela" e tutela jurisdicional

Eduardo Talamini*
André Guskow Cardoso**

Sumário

1. Introdução. 2. Os *smart contracts*. 2.1. Origem. 2.2. Conceito e fundamentos. 2.3. Não tão inteligentes assim. 2.4. *Smart contracts* e tecnologia *blockchain*. 2.5. Os atributos da tecnologia *blockchain* a serviço dos *smart contracts*. 2.5.1. Transparência. 2.5.2. Imutabilidade. 2.5.3. Descentralização. 2.5.4. Resiliência. 2.6. Principais características dos *smart contracts*. 2.6.1. Definição em código computacional. 2.6.2. Comandos lógicos e restrições derivadas. 2.6.3. Autoexecutoriedade. 2.6.4. Impossibilidade de interrupção dos comandos. 2.6.5. Registro permanente das obrigações e comandos executados. 2.6.6. A necessidade de coleta de informações externas ao contrato: *oracles*. 2.7. Principais plataformas. 2.8. Principais usos. 3. As relações obrigacionais e os *smart contracts*. 3.1. A natureza das obrigações. 3.2. Impactos da tecnologia sobre as relações obrigacionais. 3.2.1. Automação da execução das obrigações. 3.2.2. A formação da obrigação e as dificuldades derivadas da dicotomia de instrumentos (linguagem natural *versus* linguagem computacional). 3.2.3. Cumprimento e descumprimento das obrigações no contexto dos *smart contracts*: os possíveis motivos de conflito. 3.3. A imprescindível interface com a realidade: mundo real *vs.* mundo virtual. 4. *Smart contracts* e prevenção (impedimento prévio) e solução de conflitos. 5. Autocumprimento e autotutela. 5.1. Extensão útil do conceito de autotutela. 5.2. Cotejo com a dinâmica dos *smart contracts*. 5.3. A natureza obrigacional do *smart contract* – Estado de sujeição (direito potestativo). 5.4. Manifestação tecnológica de arranjos antigos? 5.4.1. *Smart contract* e procuração em causa própria: o procurador automatizado. 5.4.2. *Smart contract* como contrato *escrow*: o agente fiduciário automatizado. 5.5. Mecanismos tecnológicos de autotutela (que não são *smart contracts*). 5.6. O *blockchain* a serviço da autotutela. 5.7. Um teste: pacto comissório e pacto marciano submetidos ao *blockchain*. 5.8. A contribuição do *smart contract* para as relações não digitais: agentes heterônomos. 6. A prevalência prática do *solve et repete*. 7. A tutela jurisdicional e os *smart contracts*. 7.1. Jurisdição estatal ou arbitral. 7.2. Tutela restituitória ou reparatória (desfazimento ou ressarcimento do cumprimento indevido). 7.3. Há espaço para tutela específica *ex ante*? 7.4. A tutela do credor. 7.4.1. Possível força executiva. 7.4.2. Provas, em processo de conhecimento comum ou monitório. 7.5. Limites jurídicos e práticos da jurisdição. 8. Conclusão.

* Doutor pela USP. Mestre pela USP. Professor Associado (UFPR). Livre-docente. Advogado. Sócio de Justen, Pereira, Oliveira & Talamini – Soc. de Advogados.
** Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Membro da Comissão de Inovação e Gestão da OAB/PR. Advogado. Sócio de Justen, Pereira, Oliveira & Talamini – Soc. de Advogados.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 89 (3ª Fase), jul./set 2023, p. 45-93.

1. Introdução

A evolução tecnológica propicia novas formas de relacionamento entre as pessoas, organizações e entidades. O uso difundido de meios de comunicação instantâneos, de intercâmbio de dados e o amplo acesso à infraestrutura de internet acarreta mudanças nos paradigmas tradicionais das relações obrigacionais. Basta verificar a realidade das compras e contratações *online*. Antes relegadas à negociação de produtos e serviços mais simples, essas contratações atualmente abarcam as mais diversas categorias de produtos e serviços, independentemente de seu valor ou localização.[1]

Não há dúvida de que a tecnologia propicia alteração significativa nos modos tradicionais de contratação e estabelecimento de obrigações. No atual estágio de evolução tecnológica, que se costuma denominar de *Quarta Revolução Industrial*, o papel da tecnologia nas relações obrigacionais se amplia.[2] Além da ampliação da *virtualização* das contratações, que passam a ser feitas com recurso a plataformas tecnológicas, tem-se também a possibilidade de *automação* da execução contratual.

A automação das relações negociais e obrigacionais relaciona-se à temática dos contratos inteligentes ou *smart contracts*. Os *smart contracts* envolvem a utilização de código de programação que permite que um determinado arranjo obrigacional seja executado de forma automatizada e sem intervenção humana. A utilização da tecnologia *blockchain* possibilita que esses contratos "traduzidos em código computacional" agreguem, além da automatização da sua execução, as características de imutabilidade e impossibilidade de impedir a execução do comando contido no código obrigacional.

Esse novo panorama, ainda incipiente, tem o potencial de gerar vários questionamentos relativamente à estrutura jurídica das obrigações, bem como à tutela dos direitos das partes envolvidas em tais arranjos automatizados.

O presente texto busca examinar e esclarecer algumas dessas questões. Serão examinadas as principais características dos *smart contracts* e seu impacto sobre o direito das obrigações estabelecidas nesses arranjos automatizados e sobre a respectiva tutela material e jurisdicional.

---

[1] A pandemia da COVID-19 foi um catalisador dessa tendência. As medidas de afastamento social e de restrições ao funcionamento físico e presencial da economia propiciou a ampliação do uso das compras *online* e do trabalho remoto em geral. As relações e contatos comerciais e profissionais passam a ser feitas de modo virtual, valendo-se de recursos tecnológicos que antes eram usados apenas para outras finalidades.

[2] Segundo Klaus Schwab, as novas tecnologias têm o potencial de transformar os modos atualmente utilizados para medir, calcular, organizar, agir e entregar. Constituem novos meios de criar valor para organizações e cidadãos. Segundo o autor, "*These emerging technologies are not merely incremental advances on today's digital technologies. Fourth Industrial Revolution Technologies are truly disruptive – they upend existing ways of sensing, calculation, organizing, acting and delivering. They represent entirely new ways of creating value for organizations and citizens. They will, over time, transform all the systems we take for granted today – from the way we produce and transport goods and services, to the way we communicate, the way we collaborate, and the way we experience the world around us.*" (SCHWAB, Klaus. *Shaping the Fourth Industrial Revolution*. Geneva: World Economic Forum, 2018. p. 106)

2. Os *smart contracts*

2.1. Origem

O conceito de *smart contrats* tem sua origem ainda na década de 1990. A noção de que arranjos obrigacionais poderiam ser definidos (escritos) em código computacional, com a possibilidade de execução automática do previsto nesse código, precede até mesmo o uso e desenvolvimento da tecnologia *blockchain*.

Nick Szabo é um dos precursores do estudo dos *smart contracts*. Para o autor a ideia básica por trás dos *smart contracts* é a de que vários tipos de cláusula contratual (como garantias, títulos, delimitação de direitos de propriedade etc.) podem ser embutidas no *hardware* e *software* com os quais lidamos, de modo tal que o descumprimento do contrato se torne muito custoso (às vezes de forma proibitiva) para a parte que o descumprir. Szabo dá o exemplo de uma máquina automática de vendas como uma espécie primitiva de *smart contract*.[3]

2.2. Conceito e fundamentos

O conceito de *smart contract* relaciona-se à utilização de código computacional, registrado em determinada plataforma tecnológica, para a definição de hipóteses que, uma vez verificadas, acarretam a execução automática de determinadas consequências previamente estabelecidas no código.

Isso permite que sejam utilizados para o estabelecimento de relações obrigacionais simples ou complexas (embora, com relação a essas últimas, a utilização de *smart contracts* possa ser mais problemática, como será examinado mais adiante).

Conforme Shermin Voshmgir, *smart contract* é um ajuste autoexecutável previsto em código computacional e gerenciado por uma rede de *blockchain*. O código contém um conjunto de regras sob as quais as partes daquele *smart contract* ajustaram interagir entre si. Se e quando as regras predefinidas são atingidas, o ajuste é automaticamente executado.[4]

---

[3] *"The basic idea behind smart contracts is that many kinds of contractual clauses (such as collateral, bonding, delineation of property rights etc.) can be embedded in the hardware and software we deal with, in such a way as to make breach of contract expensive (if desired, sometimes prohibitively so) for the breacher. A canonical real-life example, which we might consider to be the primitive ancestor of smart contracts, is the humble vending machine. Within a limited amount of potential loss (the amount in the till should be less than the cost of breaching the mechanism), the machine takes in coins, and via a simple mechanism, which makes a freshman computer science problem in design with finite automata, dispense change and product according to the displayed price. The vending machine is a contract with bearer: anybody with coins can participate in an exchange with the vendor. The lockbox and other security mechanisms protect the stored coins and contents from attackers, sufficiently to allow profitable deployment of vending machines in a wide variety of areas."* (SZABO, Nick. Formalizing and Securing Relationships on Public Networks. *First Monday*, Chicago, v. 2, n. 9, 1997, https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469, acesso em: 29.04.2021)

[4] *"A smart contract is a self-enforcing agreement embedded in computer code managed by a blockchain. The code contains a set of rules under which the parties of that smart contract agree to interact with each other. If and when the predefined rules are met, the agreement is automatically enforced."* (VOSHMGIR, Shermin. *Token Economy*: how Blockchains and smart contracts revolutionize the economy. Berlim: Amazon Media, 2019. p. 88)

Como reconhecido pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1.613/2020, "contratos inteligentes, ou *smart contracts*, são código-fonte em linguagem de programação (*scripts*), que podem ser definidos e autoexecutados em uma infraestrutura de *blockchain* ou DLT. A definição e execução de um contrato inteligente nestes ambientes se dá sem a necessidade de intermediários".[5]

2.3. Não tão inteligentes assim

A automação e autoexecutoriedade propiciada pelos *smart contracts* não significa que se esteja diante de contratos verdadeiramente inteligentes. Pelo contrário, as condições e comandos estabelecidos em código envolvem lógica relativamente simples e direta ("se verificada essa condição, então executar este comando"). Os comandos são executados de forma automática, uma vez verificadas as condições estabelecidas para tanto pelo código computacional.

Não se pretende afirmar, com isso, que a utilização de algoritmos e códigos complexos não seja possível no âmbito dos *smart contracts*. É viável, sob o ponto de vista técnico, definir *smart contracts* estruturados em códigos, algoritmos e definições complexos.

A velocidade de execução dos comandos e a automação que são possíveis pelo uso da tecnologia não se comparam com o ritmo humano de verificação das condições e execução de comandos obrigacionais.[6] Mas seu funcionamento sempre remeterá a uma lógica própria dos sistemas informatizados, baseados na verificação da existência de determinada condição predefinida para a execução de um comando também predefinido.

Ademais, é possível associar à tecnologia dos *smart contracts* sistemas de inteligência artificial (*machine learning* e *deep learning*, por exemplo). A associação dessas tecnologias pode fazer com que os *smart contracts* tornem-se mais "inteligentes". Amplia-se a possibilidade de automação dos próprios comandos ou mesmo da verificação de condições que podem ser estabelecidas por meio de *smart contracts*.

Mas ainda assim, pelo menos num horizonte temporal mais próximo, tais contratos associados a sistemas de inteligência artificial não serão utilizados em larga escala – até por conta das próprias limitações inerentes a essas tecnologias.

Por isso, a despeito de sua denominação, os *smart contracts* devem ser considerados *arranjos obrigacionais automatizados*. A possibilidade de automatização

[5] TCU. *Acórdão nº 1613/2020*. Plenário, TC 031.044/2019-0, Rel. Min. Aroldo Cedraz, j. 24.6.2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1613%252F2020/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=ce034160-bbc6-11ea-ad32-519ab286dea0. Acesso em: 16.01.2021.

[6] Por isso mesmo, a utilização dos *smart contracts* em determinados setores e atividades como no caso de negociação de ações e valores mobiliários, no mercado financeiro, instrumento e meios de pagamento e no âmbito da chamada DeFi – *Decentralized Finance* é uma das mais promissoras – e já vem sendo adotada há algum tempo.

de determinados aspectos das definições obrigacionais é o que caracteriza os *smart contracts*, não a sua suposta "inteligência".

Isso não significa que a automatização de arranjos obrigacionais não seja relevante. Trata-se de verdadeira revolução no campo das obrigações, que faz surgir inúmeras novas questões sobre o direito das obrigações e sua tutela material e jurisdicional.

2.4. *Smart contracts* e tecnologia *blockchain*

Em sua origem, os *smart contracts* não se relacionam e nem dependem do uso da tecnologia *blockchain*. Aliás, quando surgiu a noção de *smart contract* (no início dos anos 1990), a tecnologia *blockchain* nem mesmo havia sido desenvolvida (surgindo por volta de 2008).

No entanto, atualmente, a noção de *smart contract* está intrinsecamente relacionada ao uso das tecnologias e plataformas *blockchain*. Pode-se afirmar que a difusão da utilidade e a ampliação do uso dos *smart contracts* se deu justamente com a evolução da tecnologia *blockchain*.[7] E isso não foi por acaso. Há vários aspectos inerentes às tecnologias *blockchain* que ampliaram as funcionalidades (e a utilidade) dos *smart contracts*.

Uma funcionalidade que foi permitida com o desenvolvimento da tecnologia *blockchain* consiste na possibilidade de se estabelecer contratos inteligentes *autoexecutáveis*. Tais contratos consistem em um código de programação que estabelece comandos que são executados, uma vez verificadas determinadas condições. Esses *smart contracts* ficam registrados nos blocos de uma rede de *blockchain*. Sua posterior execução também fica registrada nos blocos da rede.

Isso permite que os comandos previstos em determinado contrato inteligente sejam executados no futuro independentemente de nova intervenção das partes ou mesmo do concurso de um terceiro.

Para Michèle Finck, os *smart contracts* são uma das várias aplicações descentralizadas que podem ser executadas numa infraestrutura de *blockchain*.[8] Para a autora, o que distingue os *smart contracts* de contratos digitais anteriormente existentes é a execução automatizada. Nas redes de *blockchain*, diante da impossibilidade de modificação do código e das regras previstas pelo *smart contract* registradas nos blocos de uma rede *blockchain*, essa execução não pode ser impedida, a não ser que a possibilidade de interrupção esteja especificamente prevista no próprio código do contrato inteligente.

---

[7] Shermin Voshmgir menciona que "*Although the concept of smart contracts is not new, blockchain technologies seem to be the catalyst for smart contract implementation*". (*Token Economy* (…). Cit., p. 87)

[8] *Blockchain Regulation and Governance in Europe*. Cambridge: Cambrigde University Press, 2019. p. 24.

2.5. Os atributos da tecnologia *blockchain* a serviço dos *smart contracts*

O uso da tecnologia *blockchain* para a elaboração e execução de *smart contracts* produziu uma verdadeira revolução no conceito dos *smart contracts*. Embora, como dito, a noção já existisse antes mesmo do desenvolvimento da tecnologia *blockchain*, foi apenas com a evolução desta última que a implantação e utilização dos *smart contracts* passou a ser factível e mais difundida.

Isso se deu principalmente em razão das peculiaridades e dos atributos da tecnologia *blockchain*. As características peculiares da tecnologia *blockchain* são comuns a todas as redes, em maior ou menor grau. A arquitetura peculiar da tecnologia *blockchain* apresenta algumas decorrências específicas.

2.5.1. Transparência

A primeira delas é a transparência. Em princípio, as informações registradas em determinada rede *blockchain* são visíveis a todos que dela participam (e mesmo a terceiros, no caso das redes públicas). No caso das redes privadas, esse acesso é mais restrito, mas ainda assim as operações e registros realizados na rede *blockchain* podem ser disponibilizados de forma transparente aos seus participantes, ficando registrados nos diversos nós da rede.

2.5.2. Imutabilidade

Outra característica é a imutabilidade das informações registradas em cada bloco de uma rede *blockchain*. A utilização de mecanismos criptográficos de registro e as limitações impostas pelos protocolos de consenso impedem que se altere determinada informação de modo unilateral. Qualquer alteração de uma informação é percebida de imediato em todos os demais nós da rede *blockchain*.

2.5.3. Descentralização

A descentralização (existência de uma rede distribuída) também é uma decorrência da arquitetura peculiar das redes *blockchain*. As informações não estão registradas em determinado banco de dados ou servidor centralizado, mas sim *distribuídas* em todos os nós da rede, independentes entre si e que se relacionam com todos os demais nós.

2.5.4. Resiliência

Disso deriva a resiliência da rede e das informações nela registradas. Ainda que haja algum tipo de ataque a algum dos nós da rede, as informações permanecem registradas nos demais. Não é possível suprimir as informações pela supressão de um determinado nó da rede. Tampouco é viável alterar as informações registradas em blocos acessando apenas um desses nós da rede. Qualquer alteração nesse sentido é detectada pelo sistema e pelos demais nós da rede de *blockchain*.

2.6. Principais características dos *smart contracts*

Esses atributos vêm a refletir-se nas características fundamentais dos *smart contracts*.

2.6.1. Definição em código computacional

Ao contrário dos contratos tradicionais, que são estruturados em linguagem natural, geralmente escrita, os *smart contracts* são definidos em linguagens e códigos computacionais, que são lidos por computadores e plataformas computacionais específicas.

Os *smart contracts* podem ser codificados em diversas linguagens. As mais utilizadas atualmente são *solidity*, *javascript*, *python*, *vyper* e *plutus*. Cada uma dessas linguagens apresenta comandos e sintaxe específicos, inerentes e compatíveis com as plataformas computacionais em que são utilizadas. O registro de tais arranjos obrigacionais em código computacional envolve verdadeira "tradução" do estabelecido pelas partes de uma determinada relação obrigacional para o código.

Nesse sentido, note-se que a própria linguagem natural consiste em código específico, inerente à determinada língua e influenciado pela cultura existente no local. Já o código computacional geralmente apresenta comandos e sintaxe baseados na língua inglesa e que integram a lógica de funcionamento de determinado sistema ou plataforma.

Isso não significa que não possa existir – e normalmente existirá – um instrumento contratual em linguagem natural que preestabeleça os termos, condições e demais regras que serão vertidos para a linguagem computacional. Dificilmente se terá uma avença meramente verbal em linguagem natural diretamente instrumentalizada em linguagem computacional. No mais das vezes, as partes elaborarão instrumento escrito tradicional que será traduzido para o código computacional ou, quando menos, existirão condições gerais escritas predefinidas por uma parte (e que deverão refletir fielmente o objeto e funcionamento do *smart contract*), à qual a outra aderirá. Alude-se, quanto a isso, a *code-and-contract hybrids*.[9]

Essa dicotomia é relevante sob vários aspectos processuais. Primeiro porque eventual divergência entre o instrumento em linguagem natural e o código computacional poderá ser a causa de litígios entre as partes. Caberá identificar critérios de superação dessa "antinomia". Por outro lado, colocam-se relevantes questões sobre a eficácia executiva e a força probatória desses instrumentos. Esses temas são retomados adiante.

[9] "No atual *status quo* de desenvolvimento tecnológico, uma das soluções que tem sido avançada perante estes contratos de maior complexidade é a de verter o conteúdo do acordo negocial em dois suportes distintos: um assente em linguagem natural, no qual se incluem cláusulas dotadas de maior abertura e flexibilidade, como boa-fé, *best efforts*, *hardship*, entre outras; e um segundo, correspondente ao *decentralized smart contract*, onde são incluídas as cláusulas de executoriedade mais rígidas. A este modo de celebração dos *smart contracts* é dado o nome de *code-and-contract hybrids*." (COSTA, Mariana Fontes da. Decentralized smart contracts: entre a autotutela preventiva e a heterotutela reconstitutiva. In: *Direito, tecnologia e empreendedorismo*: uma visão luso-brasileira (Org. Ricardo Lupion e Fernando Araujo). Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p. 488)

2.6.2. Comandos lógicos e restrições derivadas

O código computacional em que são criados os *smart contracts* apresenta lógica específica e inerente aos sistemas computacionais. Trata-se de lógica tipicamente *binária*, digital, ainda que possa apresentar alta complexidade.

As definições, comandos e sintaxe presentes na linguagem computacional utilizada para a elaboração de *smart contracts* são específicos e limitados. Os comandos lógicos de que se valem tais linguagens são diretos e não comportam graus de interpretação quando de sua execução.

Disso derivam várias restrições à elaboração e utilização de *smart contracts*. A linguagem em que são construídos é uma linguagem muito direta e específica. A definição de determinadas obrigações que demandem certa nuance hermenêutica é praticamente inviável, considerando essas condições.

Primavera de Filippi e Aaron Wright ressaltam que alguns direitos e obrigações são facilmente traduzíveis em código computacional, mas outras previsões contratuais não são tão diretas. É o caso de acordos jurídicos que incluem termos abertos que definem determinadas obrigações de execução do contrato, como "boa-fé" e "melhores esforços".[10] Segundo Caíque Tomaz Leite da Silva e Arthur Yuji Katano, "é impossível a representação equivalente de determinados termos jurídicos na linguagem computacional. Alguns dos princípios contratuais são propositalmente abertos e incompatíveis com uma rigorosa lógica matemática, como a boa-fé e a função social, morfologia que, a princípio, impede a incorporação em um software".[11] Os próprios institutos do caso fortuito e da força maior fundam-se em conceitos indeterminados – e, como tais, não têm como ser satisfatoriamente reduzidos a códigos computacionais.

2.6.3. Autoexecutoriedade

Por outro lado, a autoexecutoriedade é uma característica essencial dos *smart contracts*. Uma vez aferida a condição estabelecida, automaticamente se executa o comando previsto pelo código computacional, independentemente de intervenção humana – e sem que essa possa sequer obstar tal cumprimento.

A expressão "autoexecutoriedade" é empregada no direito público como um dos predicados da atividade administrativa. Concerne à possibilidade, dentro

[10] *"Contracts define rights and obligations for each contracting party that are memorialized via context-sensitive legal prose. These promises cover not just individual obligations, but also time – and sequence-dependant actions, which may trigger contractual responsibilities. Some rights and obligations are easily translatable into the strict logic of code – particularly those related to the exchange of value or the transfer of title to a digitally represented asset. These promises are often binary in nature and thus naturally translatable into software. Other contractual provisions, however, are not as clear-cut. Legal agreements tend to include open-ended terms that outline performance obligations. For example, a contracting party may promise to act in 'good faith' because it might be difficult to precisely define what constitutes appropriate performance, while another party may promise to use 'best efforts' to fulfill his or her obligations, because the most cost-effective of efficient manner of performance might not yet be foreseeable". (Blockchain and the law.* Cambridge: Harvard University Press, 2018. p. 77)

[11] Da formalização à informatização das relações negociais: os smart contracts. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias.* São Paulo, v. 10, jan./mar. 2021, versão digital.

de certas condições, de o agente público diretamente atuar sobre a esfera jurídica dos particulares, independentemente da concordância desses ou de intervenção judicial.[12] *Não é esse* o sentido de "autoexecutoriedade" como atributo dos *smart contracts*. Trata-se aqui de um adimplemento automático, conforme o programado pelas próprias partes. Então, "autocumprimento" ou "autoadimplemento" talvez fossem expressões mais adequadas. Mas se utiliza aqui a expressão já consagrada.

A afirmação, acima feita, de que essa é uma característica *essencial* dos *smart contracts* não é gratuita. Há quem sustente que só merece essa designação os contratos preordenados para ser integralmente executados de modo automático, sem intervenção humana. Nessa linha, Kevin Werbach e Nicolas Cornell sustentam que o aspecto distintivo do *smart contract* não é tornar o cumprimento contratual mais fácil, mas sim fazê-lo inevitável. O *smart contract* seria assim um *entire agreement*: "*The contract fully executes with no human intervention*".[13] Para ilustrar essa constatação, Werbach e Cornell valem-se do exemplo da compra *online* de um *e-book* na Amazon: se o comprador utiliza seu cartão de crédito para concretizar a operação, já não se teria aí propriamente um *smart contract*, pois a execução da operação estaria a depender da futura ou paralela intervenção de um novo agente na operação, o administrador do cartão de crédito, e o comprador poderia sustar a cobrança – e assim por diante. Haveria um *smart contract* na hipótese apenas quando fosse usada nessa transação uma criptomoeda, que assegurasse as transferências imediatas e simultâneas do valor do preço e do *e-book*[14] (podemos acrescentar aqui também a hipótese, não cogitada pelos autores, de o comprador ter um crédito pré-pago, um *gift card*, junto à Amazon, do qual se abateria o valor do *e-book*, de modo que a operação seria autossuficiente quanto ao cumprimento automático das obrigações de parte a parte). Por essas mesmas razões, pode-se dizer que o contrato com o Uber também não é um *smart contract* nesse sentido estrito, assim como não o é de aluguel de bicicletas públicas: embora esses contratos valham-se amplamente de meios tecnológicos,[15] não há neles integral automação do cumprimento das prestações.

Por isso, deve-se avaliar em que medida a autoexecutoriedade (ou autocumprimento) do *smart contract* é possível no plano da realidade. Uma coisa é estabelecer que, verificada determinada condição, um comando é executado no âmbito de um sistema computacional. Não há qualquer dificuldade em se produzir esse resultado obrigacional internamente ao sistema informatizado.

---

[12] Ver, por todos, FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2018. p. 312.

[13] "*Because the exchange of value is entirely contained in the smart contract environment, there is no need to look anywhere else. In other words, the contract is the scripting code that tells the network what to transfer and when.*" (WERBACH, Kevin Werbach; CORNELL, Nicolas. Contracts: Ex Machina. In: *Smart Contracts Technological, Business and Legal Perspectives* (Org. Marcelo Corrales Compagnucci, Mark Fenwick and Stefan Wrbka). Oxford: Hart Publishing, 2021, p. 17)

[14] Werbach e Cornell, ob. cit., p. 17. Por isso, aliás, as criptomoedas estão tão associadas aos *smart contracts*: "*For this reason, Bitcoin and other cryptocurrencies are very important for the growth of smart contracts. (...) A blockchain-based smart contract, like a cash transaction, therefore involves the complete exchange of value*". (Werbach e Cornell, ob. cit., p. 17)

[15] E nesse sentido são *data-oriented contracts*.

A questão está justamente em se trazer isso para a realidade, para o mundo físico. De pouco adianta definir um *smart contract* que produza um determinado resultado diante da confirmação de uma condição se esse resultado não se traduzir em prestação efetiva para o credor da relação obrigacional.

É verdade que, à medida que se amplia a utilização de tecnologias e tem-se a maior digitalização das relações sociais e comerciais, torna-se mais plausível e comum a previsão de obrigações e de prestações que são adotadas em ambiente totalmente digital.

Um exemplo permite compreender melhor a situação. Imagine-se determinado *smart contract* que defina que, verificado o transcurso de determinado tempo, será transferida a propriedade de um automóvel do sujeito A para o sujeito B. Nesse caso ainda que se verifique a condição e o contrato execute automaticamente a prestação, produzindo (no âmbito do sistema) a transferência do automóvel, essa somente se efetivará com a entrega do bem (e registro dessa transferência perante a autoridade competente). Se o sujeito A não entregar o bem, a previsão existente no *smart contract* não se perfectibiliza e o sujeito B deverá fazer valer pelos meios tradicionais a obrigação prevista no *smart contract*. Não se tem verdadeira autoexecutoriedade. Até é concebível que o sistema oficial de registro de veículos seja programado para receber comandos de transferência da propriedade do bem. Mas não há, ao menos no atual cenário tecnológico, mecanismo que automaticamente transfira a efetiva posse do bem.

Por outro lado, se, ao invés de um automóvel, o *smart contract* tiver por objeto algum ativo puramente digital, como uma determinada quantidade de criptomoeda existente na plataforma em que o *smart contract* foi criado, uma vez verificada a condição temporal, o *smart contract* automaticamente transfere de A para B a titularidade desse ativo digital. Executa automaticamente a prestação obrigacional prevista e, com isso, há uma alteração efetiva na situação jurídica dos sujeitos da obrigação.

Outra hipótese em que é possível conceber a efetiva autoexecutoriedade do *smart contract* é aquela em que *commodities* são objeto de registro digital numa rede de *blockchain*, por meio da emissão de *tokens*[16] que representam determinada quantidade daquela *commodity*. Nesse caso, pode ser objeto de uma *smart contract* a previsão de que, verificada determinada condição, como a transferência de valores, ocorrerá a transferência de titularidade da quantidade referente do produto. Nesse caso, tem-se situação em que, normalmente, as negociações em bolsas de *commodities* já são feitas considerando-se a virtualização do referido ativo ou produto. Não se transfere

[16] Para Michèle Finck, "*A token or coin is, essentially, a digital good that is artificially rendered scarce and tracked through a blockchain or blockchain-based application. These cryptoassets are artificially scarce, as the prohibition of double spending prevent owner from spending a coin more than once. (…) Tokens can have different purposes and represent anything from goods or services to rights, including voting rights*" (*Blockchain Regulation* (…). Cit., p. 16). Conforme Kevin Werbach, "*Once a token represents scarce value, however, it can be used as more than money. It becomes a cryptographically secured digital asset, or 'cryptoasset'. Cryptoassets can represent physical goods, as in the automobile-lending example earlier in this chapter. They can represent scarce digital entities, like the CryptoKitties collectibles described in chapter 2.*" (*The Blockchain and the new architecture of trust*. Cambridge: MIT Press, 2018. p. 86)

propriamente a posse física de determinada quantidade de produto, mas sim o registro da titularidade sobre a quantidade do produto. Nesse cenário, é perfeitamente possível se valer de *smart contracts* para estabelecer obrigações entre as partes. Participará também desse arranjo obrigacional automatizado um terceiro que mantém o registro e guarda dos produtos e *commodities* que são comercializados.

Esse também é o cenário da comercialização de energia elétrica, que não se funda na transferência física propriamente dita da energia, mas sim da negociação e transferência de registros de determinada quantidade de energia elétrica que é gerada pelos agentes de geração. Em situações como essa, é perfeitamente viável a utilização de *smart contracts*, que irão se revestir de verdadeira autoexecutoriedade.

Portanto, a autoexecutoriedade depende, pelo menos no estágio atual de evolução tecnológica, da *natureza* e do *objeto* das obrigações estabelecidas num *smart contract*. Atos meramente jurídicos e ideais (como emissão de declarações de vontade; transferência de domínio que se aperfeiçoe pelo modo registral; constituição ou desconstituição de situações jurídicas) são em tese compatíveis com o atual estado da arte dos *smart contracts*.[17] Quanto mais virtual ou digital o direito ou ativo objeto da obrigação, maior a possibilidade de estabelecimento de arranjos obrigacionais autoexecutáveis.

A questão tem menos a ver com a natureza personalíssima da obrigação e muito mais com o caráter prático, concreto, do seu objeto. De fato, sempre que se está diante de uma obrigação personalíssima, que envolve prestação pessoal do próprio devedor da obrigação, mesmo que verificada a condição estabelecida pelo *smart contract* e promovida a execução do comando obrigacional preestabelecido, não há meios tecnológicos de se fazer o obrigado adotar a conduta devida. Aliás, em tese, tecnologia para tanto talvez até houvesse, mas não seria legítima essa coisificação do sujeito. No entanto, existem obrigações que, embora personalíssimas, podem ser perfeitamente substituídas por uma alteração de estado jurídico que independe da conduta do obrigado. Por exemplo, as obrigações de prestar declaração de vontade. Se o sujeito não emite a "escritura definitiva" de venda do imóvel, isso é suprível com a transferência direta do bem, que se faz mediante inscrição em sua matrícula – o que, em tese, pode ser diretamente atingido por um mecanismo tecnológico de alteração automática do registro imobiliário.[18] Já a eventual retirada do vendedor da posse do imóvel e sua imissão ao comprador é incompatível com a tecnologia atual. Quanto mais físico, corpóreo, o resultado almejado, menor a chance de se engendrar, no contexto tecnológico vigente, um mecanismo autoexecutivo.

[17] Obviamente, a depender em certos casos da adequação jurídica e tecnológica dos órgãos oficiais para recepção de tais determinações.

[18] Sobre o tema, veja-se o ensaio de RODRIGUES, Nuno Cunha. Contratos inteligentes (smart contracts) e mercado imobiliário: a caminho de um novo *blockchain*? In: *Direito, tecnologia e empreendedorismo*: uma visão luso-brasileira (Org. Ricardo Lupion e Fernando Araujo). Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 543 e seguintes.

2.6.4. Impossibilidade de interrupção dos comandos

Outra característica dos *smart contracts* criados em plataformas *blockchain* e plataformas distribuídas (*DLTs - Distributed Ledger Technologies*) consiste na impossibilidade de interrupção dos comandos estabelecidos no código que os criou.

Essa é uma decorrência da utilização da tecnologia *blockchain*, que envolve registros em blocos sucessivos e cumulativos de informações, que estão distribuídos em vários pontos de uma determinada rede.

Por isso, o comando obrigacional estabelecido em determinado *smart contract* (que, por sua vez, também se encontra registrado em blocos que são replicados em todos os pontos [nós] da rede de *blockchain*) é automaticamente executado uma vez verificada a condição, ainda que se pretenda impedir o funcionamento de um ou mais desses pontos da rede. Não há como se pretender impedir a execução automática do comando existente em determinado *smart contract* registrado em *blockchain*.

Conforme Primavera de Filippi e Aaron Wright: "*Because no single party controls a blockchain, there may not be a way to halt the execution of a smart contract after it has been triggered by the relevant parties. Once the wheels of a smart contract are put into motion, the terms embodied in the code will be executed, and they cannot be stopped unless the parties have incorporated logic in the smart contract to halt the program's execution*".[19]

Um excepcional episódio de mitigação da inexorabilidade dos comandos dos *smart contracts* – por alguns considerado negativo – deu-se com relação à organização autônoma distribuída denominada *The DAO*. O caso do *The DAO* envolve a existência de uma suposta falha na codificação do *smart contract* de uma organização autônoma distribuída estabelecida como uma espécie de fundo de investimento em *startups* (*venture capital*).

A existência desse defeito na codificação permitiu que fosse explorada uma brecha que propiciou a transferência sucessiva de fundos em junho de 2016 em montante superior a 50 milhões de dólares para um indivíduo ou organização.[20] Na época, a questão gerou grande discussão, porque justamente uma parte daqueles que participavam da referida organização autônoma e da própria comunidade de mineradores[21] e investidores entendiam que essa era uma previsão constante do *smart contract* e, por isso, a transferência de fundos realizada pelo fraudador, ainda que de forma não prevista quando concebido o projeto da *The DAO* ou fraudulenta,

[19] *Blockchain and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 2018. p. 74-75.

[20] O episódio foi objeto de matérias nos principais veículos de comunicação, como o *New York Times*. https://www.nytimes.com/2016/06/18/business/dealbook/hacker-may-have-removed-more-than-50-million-from-experimental-cybercurrency-project.html. Acesso em: 26.4.2021.

[21] Os mineradores são aqueles que integram uma rede de *blockchain* e se valem de capacidade computacional para resolver os problemas matemáticos estabelecidos pela rede para o registro de informações em blocos. Eles "mineram" os blocos e recebem como recompensa parcela de criptoativos ou criptomoedas estabelecidas pela rede de *blockchain* quando conseguem resolver os problemas matemáticos estabelecidos pelo sistema e registram um bloco. Isso se dá nas redes que utilizam como protocolo de consenso a chamada *proof of work* (prova de trabalho), como a rede de *blockchain* do *Bitcoin* e a rede de *blockchain* do *Ethereum* (pelo menos na sua origem). O protocolo de consenso é a forma pela qual determinada rede de *blockchain* estabelece que serão registradas as informações e criados os blocos.

deveria ser respeitada porque essa era a previsão contida no código. Outra parcela da comunidade optou por realizar o desfazimento das operações.

Essa disputa gerou uma divisão no âmbito da *blockchain* do *Ethereum*,[22] resultando num *hard fork* que deu origem ao *Ethereum classic* (rede original do *Ethereum*, que foi mantida por aqueles que entendiam que os desvios de fundos, por estarem contemplados pelo *smart contract* em que se baseava a *The DAO*, ainda que feitos de forma fraudulenta, deveriam ser mantidos). A parcela da rede de *blockchain Ethereum* que optou pela modificação na rede e pelo desfazimento das transferências indevidas deu origem à rede do *Ethereum* atual.

O episódio suscita vários questionamentos e ilustra de modo muito claro a questão da impossibilidade de impedimento dos comandos previstos num determinado *smart contract* e seus limites. Mais do que a questão da inexorabilidade dos efeitos do *smart contract*, o caso *The DAO* põe em destaque o tema da dicotomia "avença tradicional" *versus* "avença tecnológica". Esse aspecto da questão será retomado no item 3.2.2.

Por outro lado, esse episódio demonstra que, se houver mobilização da comunidade que mantém determinada rede e plataforma de *blockchain*, é, em tese, possível promover alterações nos registros de blocos que contenham a execução do comando.

Evidentemente, esse tipo de modificação envolve uma mobilização muito grande e é traumática,[23] afetando a todos os usuários e mantenedores da rede. Geralmente, dá ensejo a divisões (*forks*) na plataforma. Não se trata de algo corriqueiro e que possa ser feito sem a mobilização dos próprios programadores, mineradores e usuários da rede. Muito dificilmente pode decorrer de um comando externo, como determinação judicial, por exemplo, por conta das implicações e condições necessárias para a sua execução. Essas dificuldades são ainda mais evidentes na medida em que as grandes plataformas de *blockchain* encontram-se distribuídas por vários países e jurisdições, não existindo um servidor ou nó central.

Por isso mesmo, a afirmação de que os comandos previstos em determinado *smart contract* não podem ter a sua execução interrompida permanece sendo correta.

2.6.5. Registro permanente das obrigações e comandos executados

Outra característica relacionada aos atributos da própria tecnologia *blockchain* consiste no registro permanente e imutável tanto dos próprios códigos computacionais que criam os *smart contracts* como da execução de seus comandos. Esses registros são produzidos nos blocos de determinada plataforma de *blockchain*, que se encadeiam e se relacionam tanto com relação aos blocos anteriores como com os blocos posteriores.

---

[22] Primeira plataforma desenvolvida para executar *smart contracts* – ver item 2.7., adiante.

[23] Como notaram Kevin Werbach e Nicolas Cornell, "*this dramatic step, (…) effectively killed off The DAO and undermined confidence in the Ethereum platform*" (Contracts: Ex Machina, cit., p. 18).

Por isso, não é viável produzir alterações em determinado bloco que tenha registrado um *smart contract*. Qualquer alteração nesse bloco repercutiria nos blocos posteriores e seria imediatamente identificada pelo sistema da plataforma, que impede que seja produzida. Ademais, a distribuição do registro da plataforma em vários nós distribuídos em vários locais faz com que não seja possível a modificação dos registros de um bloco apenas no âmbito de determinado nó ou ponto da rede. Essa alteração seria igualmente detectada pelos demais pontos da rede e pelo sistema e rejeitada.

Em tese seria até mesmo possível a alteração de informações e códigos de *smart contracts* registrados num sistema de *blockchain*. Mas essa alteração dependeria ou da convergência da maioria dos pontos da rede, ou da utilização de grande capacidade computacional para que fossem refeitas todas as cadeias de blocos, após a alteração pretendida. Ocorre que a capacidade computacional (e o tempo) necessários para tanto são tão elevados, que se considera que a operação é, na prática e em termos técnicos, inviável ou muito difícil de ser produzida.

Disso deriva a característica de imutabilidade, do registro permanente dos *smart contracts* e das operações por eles realizadas. Desde a sua gênese, as informações relacionadas a um determinado *smart contract* são registradas na rede de *blockchain* e ali permanecem.

Isso confere grande transparência e estabilidade aos *smart contracts* e às operações por eles realizadas. A verificação de dada condição e a execução dos comandos correspondentes, programados pelo *smart contract* são registradas, juntamente com a data e momento exato em que ocorreram.

Ao mesmo tempo, a característica da imutabilidade e do registro permanente pode ser considerada como negativa, na medida em que inviabiliza alterações no *smart contract*. Na prática, eventuais alterações em determinado *smart contract* dependem do registro de novos *smart contracts* para alterar previsões anteriormente existentes. Essas alterações são registradas em novos blocos da plataforma de *blockchain* e são relacionadas ao *smart contract* anterior. De todo modo, dependem de nova codificação e registro de arranjos obrigacionais automatizados na forma de um novo *smart contract*.

2.6.6. A necessidade de coleta de informações externas ao contrato: *oracles*

Outra característica comum aos *smart contracts* é a necessidade de que tais arranjos obrigacionais em código sejam alimentados com informações externas ao próprio contrato (sejam elas existentes na própria plataforma de *blockchain* em que estão registradas, seja no mundo físico, fora da rede). A verificação das condições estabelecidas, como datas, determinada cotação internacional de um ativo ou a confirmação da ocorrência de uma circunstância podem ser "lidos" pelo código presente no *smart contract* de modo a desencadear as consequências nele estabelecidas.

Essa interface com outras plataformas ou com o mundo físico é feita por meio de pessoas, dispositivos, programas e código que são aptos a colher essas informações e permitir seu acesso ao *smart contract*. Esses meios de verificação comuns

a praticamente todos os *smart contracts* se chamam oráculos (*oracles*). Para Primavera de Filippi e Aaron Wright, "*oracles can be individuals or programs that store and transmit information from the outside world, thereby providing a means for blockchain-based systems to interact with real-world persons and potentially react to external events*".[24]

Os *oracles* detêm papel essencial no funcionamento e execução dos *smart contracts*. Eles são a ligação entre o sistema e informações existentes no mundo real. E eles podem incidir em erro de avaliação, de descrição de conteúdo ou mesmo de modo de transmissão dessas informações exteriores – com o que se frustrarão ou distorcerão os resultados pretendidos pelas partes. Justamente por isso, podem ser uma fonte de disputas e discussões relativamente ao cumprimento e execução das obrigações estabelecidas por meio de um *smart contract*.

2.7. Principais plataformas

A primeira plataforma desenvolvida para executar *smart contracts* é a rede de *blockchain* do *Ethereum*. Além do *Ethereum*, atualmente podem ser mencionadas, entre outras, as plataformas *Neo*, *EOS.IO*, *RSK*, *Cardano* e a plataforma mantida pela *Accord Project*.

Cada uma delas tem suas características peculiares e determinada abrangência. A mais conhecida e mais utilizada sem dúvida é a plataforma do *Ethereum*. Também podem ser mencionadas as plataformas de *blockchain* privadas (não públicas) que também admitem o registro e execução de *smart contracts*, como a *Corda*, a *Hyperledger* (mantida pela IBM) e a *Waves*.

2.8. Principais usos

Atualmente, os principais casos de utilização dos *smart contracts* encontram-se no campo da negociação de criptomoedas e operações financeiras descentralizadas (chamadas DeFi). Essas operações são todas baseadas em *smart contracts*, que definem as regras e condições para essas negociações e transferências de criptoativos. Podem se dar entre pessoas naturais, negociando esses criptoativos, mas também entre pessoas naturais e o próprio sistema ou plataforma *blockchain* em que são registrados e negociados esses ativos.

Mas os *smart contracts* também encontram campo fértil de utilização no âmbito de cadeias de suprimento (*supply chains*) e nas redes de *blockchain* utilizadas para a comunicação de redes de objetos inteligentes no âmbito da internet das coisas (*IoT*). Também apresentam grande utilidade no setor de seguros, em que é possível estabelecer a automatização de procedimentos e apólices. No setor elétrico, os *smart contracts* encontram campo amplo de aplicação nos contratos de compra e venda de energia e mesmo nas redes de geração distribuídas, nas quais a conjugação dos

[24] *Blockchain and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 2018. p. 75.

smart contracts com os medidores inteligentes podem automatizar o uso de energia gerada de forma distribuída e seu acesso à rede de distribuição.

As contratações nacionais e internacionais envolvendo *commodities* também são um campo em que os *smart contracts* podem ser utilizados com grande funcionalidade. A negociação automatizada de grandes volumes de produtos minerais ou agrícolas com cotações em bolsas internacionais é um setor em que o uso e o desenvolvimento de *smart contracts* são aptos a propiciar grande utilidade e liquidez.

Pelo menos atualmente, em grande parte dos casos, a utilização de *smart contracts* não se relaciona a relações entre sujeitos específicos. Muitas vezes, tais arranjos automatizados são utilizados para mediar a troca de informações entre equipamentos e sensores ligados a uma determinada rede *blockchain*. Nesses casos, não se está diante de verdadeiros arranjos obrigacionais automatizados – já que não se pode falar propriamente de obrigações (pelo menos de forma imediata, direta), ante a ausência de sujeitos titulares de obrigações.

Não se descarta que, no futuro, a evolução tecnológica e as necessidades da sociedade passem a exigir alteração nesses conceitos jurídicos, de modo que a noção de obrigação passe a abranger também máquinas e sistemas automatizados. De certo modo, a discussão envolvendo a questão a respeito da titularidade e possibilidade de reconhecimento de direitos autorais relacionados a obras de arte criadas por sistemas de inteligência artificial demonstra esse paradoxo e eventual necessidade de evolução dos conceitos jurídicos atualmente existentes.

Mas isso não significa que tais códigos instituidores de arranjos obrigacionais automatizados não possam ser utilizados para regular as relações obrigacionais entre dois ou mais sujeitos de obrigações (pessoas físicas ou jurídicas) e mesmo o relacionamento entre participantes de uma determinada organização (é o caso das Organizações Descentralizadas Autônomas - DAO's).

É possível, do mesmo modo, a utilização de *smart contracts* para reger as obrigações e relações entre acionistas no âmbito de determinada sociedade. As votações, condições de distribuição de dividendos e emissão de novas ações podem ser objeto de *smart contracts*, o que mostra que o campo do direito societário é igualmente propenso à utilização de tais mecanismos obrigacionais automatizados.

3. As relações obrigacionais e os *smart contracts*

3.1. A natureza das obrigações

A automatização propiciada pelo uso dos *smart contracts* não modifica, em princípio, a natureza das obrigações e das relações obrigacionais. Há modificações na execução das obrigações e implementação do estabelecido pelas partes contratantes que são relevantes, mas que não alteram – em linhas gerais – a substância das obrigações em si.

3.2. Impactos da tecnologia sobre as relações obrigacionais

Isso não significa que os *smart contracts* deixem de exercer impacto relevante sobre as relações obrigacionais. É evidente que automatização de uma fase relevante das relações obrigacionais é algo verdadeiramente revolucionário, na medida em que reduz ou mesmo suprime a vontade do devedor da obrigação relativamente à sua execução.

Há também outros impactos, diretos ou indiretos. Pode-se mencionar, por exemplo, a maior eficiência e velocidade de execução em determinados contratos, como aqueles utilizados no mercado financeiro e na negociação de *commodities*.

A redução do risco de inadimplemento é outro fator relevante, na medida em que a autoexecutoriedade da obrigação, uma vez verificada a condição, é apta a eliminar, em alguns casos, o risco de inadimplemento. Estabelecida a obrigação por meio do *smart contract*, ter-se-á a certeza de sua regular execução, uma vez verificada a condição prevista pelas partes.

O surgimento de uma eventual dicotomia ou divergência entre o estabelecido pelas partes em linguagem tradicional e aquilo que consta do código computadorizado do *smart contract* é um efeito que também não pode ser desconsiderado.

3.2.1. Automação da execução das obrigações

A automação do adimplemento das obrigações é o principal aspecto da adoção dos *smart contracts* para o estabelecimento desses arranjos obrigacionais automatizados.

Portanto, pode-se dizer que a relevância dos *smart contracts* relaciona-se principalmente com a fase de execução desses ajustes obrigacionais.

3.2.2. A formação da obrigação e as dificuldades derivadas da dicotomia de instrumentos (linguagem natural *versus* linguagem computacional)

As fases de negociação, definição e aceitação das condições não sofrem impacto tão significativo com a utilização da tecnologia dos *smart contracts*.

Mas poderá haver impacto, na medida em que as condições estabelecidas pelas partes deverão ser traduzidas em código, na linguagem utilizada na plataforma em que se pretende criar e registrar o *smart contract*.

Barbara Pasa e Larry A. DiMatteo defendem que o uso da tecnologia *blockchain* pode reduzir a necessidade de intervenção e interação humana, mesmo nas fases de negociação e formação dos *smart contracts*.[25]

[25] Segundo os autores: "*The formation of a contract normally requires parties to negotiate terms, to give consent, and, more importantly, to perform their contractual obligations. The high degree of human involvement in the life cycle of a contract is inevitable. Although the performance of a contract may be delegated to a third-party electronic agent, the contract is still directly formed and performed by human beings. A contract formed by blockchain technologies needs only a minimum level of direct interactions between the contracting parties. The blockchain can make and perform a contract. One party creates a blockchain and stores its terms and conditions in a node. Anybody who is willing to make the contract just follows the instructions and accomplishes the*

Até é possível conceber determinadas situações em que a própria definição do contrato pode se submeter a algum tipo de automação, como no caso de contratos de adesão, nas contratações definidas por meio de aplicações descentralizadas (*DApps*) no âmbito da criptoeconomia e nas chamadas contratações realizadas entre sistemas e dispositivos inteligentes da internet das coisas (*IoT*). Mas essas são situações específicas. Em sua grande maioria, não se elimina a necessidade de que as partes estabeleçam determinados consensos a respeito do objeto e forma de execução das obrigações por elas estabelecidas.

Ressalvadas as hipóteses em que a lei impõe forma especial aos contratos como requisito de sua validade ou eficácia, nada impede que todo o consenso seja diretamente realizado apenas mediante linguagem computacional, sem prévia avença em linguagem escrita convencional ou mesmo oral. A direta avença em linguagem computacional não descaracterizará os *smart contracts* como contratos.[26]

Mas também não se pode ir ao extremo oposto e rejeitar a possibilidade de que o consenso prévio se dê mediante linguagem natural. Pode haver definição meramente oral, mas em arranjos obrigacionais mais complexos, normalmente ela se dará por escrito. Isso faz surgir uma dicotomia entre o instrumento escrito em linguagem natural estabelecido pelas partes e a definição da obrigação em código computacional.

Essa "tradução" da linguagem natural para a linguagem computacional pode gerar dúvidas de interpretação ou mesmo quanto ao modo de execução da obrigação definida pelas partes. Se houver divergência entre o instrumento escrito em linguagem natural e a forma de obrigação estabelecida no *smart contract* em linguagem computacional, qual deverá prevalecer? Evidentemente, mesmo num arranjo obrigacional automatizado, não se pode desconsiderar o que foi efetivamente estabelecido pelas partes. Erros ou defeitos na "tradução" para a linguagem computacional não podem ser mantidos apenas sob o argumento de que se trata de um *smart contract*.

O *smart contract* é um instrumento de formalização e execução automatizada de relações obrigacionais definidas pelas partes. Se ele não corresponde ao que foi definido por elas, deve haver mecanismos aptos a corrigir essa distorção, ainda que o registro em uma rede de *blockchain* propicie a autoexecutoriedade da obrigação registrada no *smart contract*.

---

required tasks on the blockchain. The stage of negotiation and formal grant of consent are ostensibly missing". (Observations on the impact of technology on contract law. In: *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 354)

[26] *"Parties must engage. in some expression that displays a shared understanding of the agreement, and a shared intent to bind themselves by its terms. Can smart contracts, simply a chunk of code in a blockchain, constitute such shared expression? Nothing, so far as we can tell, prevents an expression of mutual assent from being formulated in code. In general, mutual assent can take many forms, so long as it clearly implies agreement. As Surden puts it, 'At a minimum, contract laws do not explicitly prohibit expressing contractual obligations in terms of data. More affirmatively, basic contracting principles actively accommodate data-oriented representation'. In the present context, such data-oriented representations could easily include a blockchain. Where one party puts on the blockchain that assets of theirs will transfer to another party if some condition is satisfied, that seems to easily satisfy the requirement of an expression of assent."* (WERBACH, Kevin; CORNELL, Nicolas. *Contracts*: Ex Machina. Cit., p. 12).

Nesse ponto, o já referido caso *The DAO* fornece interessante exemplo sobre as dificuldades que podem advir do divórcio entre as finalidades que eram pretendidas pelos partícipes do negócio e aquelas que são viabilizadas pelos códigos computacionais estabelecidos. Nesse episódio, um *hacker* de identidade desconhecida aproveitou-se de um *bug* no código do *DAO* para apropriar-se de mais de 50 milhões de dólares. Para tanto, valeu-se de uma série de *smart contracts* em perfeita consonância com os termos do código do *DAO* definido em *blockchain*. Como já indicado, a saída encontrada pelos líderes do projeto *Ethereum* foi convencer a maioria da comunidade a implementar um *hard fork*, que dividiu todo o *blockchain Ethereum* em dois caminhos inconfundíveis. Isso permitiu recuperar os fundos que haviam sido desviados de má-fé – mas com elevadíssimo custo: o projeto *DAO* arruinou-se e a confiança na plataforma *Ethereum* foi afetada.

E mesmo diante do prejuízo que sofreria com a apropriação da quantia pelo *hacker*, parte da comunidade discordou dessa solução, mantendo-se no *Ethereum* original (*classic*). Esses que defendiam que o resultado não poderia ser desfeito estavam reconhecendo a prevalência do instrumento em código computacional, que conferia aquele "direito" ao suposto fraudador (que, então, não seria fraudador, mas exercente de um direito estabelecido pelo próprio *blockchain*). Contribuiu para esse posicionamento a circunstância de que no próprio *site* de adesão ao DAO os termos de serviço afirmavam explicitamente que o contrato inteligente no *blockchain Ethereum* era a autoridade legal de controle e que quaisquer documentos ou explicações em linguagem convencional, incluindo aqueles no *site*, estavam sendo "oferecidos apenas para fins didáticos e não substituem nem modificam os termos expressos do código do *DAO* definido no *blockchain*".[27] Mas o fato de que a ampla maioria da comunidade (85%) reputou a operação de desvio do valor fraudulenta, a despeito de formalmente compatível com os termos do código do *DAO* inscritos em *blockchain* – e, mais que isso, o fato de que o *hard fork* implementado por essa parcela da comunidade foi prevalentemente reputado legítimo –, evidencia que o código computacional não tem prevalência absoluta, permanecendo necessário identificar a efetiva vontade das partes, considerar os parâmetros de boa-fé e os fins da operação visada.

É verdade que solução atingida no caso *The DAO* foi de todo excepcional. Implicou verdadeira revolução na plataforma utilizada – com a própria constituição de um novo *blockchain*, seguindo parâmetros técnicos específicos e governança próprios. Na absoluta maioria dos casos, essa será uma solução inviável e será impossível impedir a execução de um *smart contract*.

Mas isso não significa afirmar a absoluta validade e prevalência do *smart contract* em linguagem computacional, em detrimento da avença em linguagem

[27] "*Users signed up to participate in The DAO on a website that stated explicitly, in its terms of service, that the smart contract on the Ethereum blockchain was the controlling legal authority. Any human-readable documents or explanations, including those on the website, were 'merely offered for educational purposes and do not supercede [sic] or modify the express terms of The DAO's code set forth on the blockchain.'*" (WERBACH, Kevin; CORNELL, Nicolas. *Contracts*: Ex Machina. Cit., p. 12)

convencional e dos demais vetores referidos (boa-fé, finalidade da operação etc.). Não estão corretos Werbach e Cornell quando afirmam que "o *smart contract* tem toda a vida do contrato imutavelmente embutido em seu código – o que não deixa espaço para um acordo separado por escrito para especificar a intenção das partes". Tais autores fundam essa assertiva no argumento de que, "se um tribunal concluir que algum escrito reflete melhor o acordo das partes, ele não teria poder para invalidar o *smart contract*; teria que encontrar alguma maneira de reverter a transferência de valor *ex post*".[28]

A inviabilidade de uma tutela jurisdicional específica preventiva ou simultânea apta a impedir a concretização de resultado indevidamente previsto no *smart contract* (i.e., em seu código computacional) não pressupõe nem permite inferir a validade autônoma das previsões obrigacionais em código computacional. Isso deriva de uma limitação *prática* à incidência da tutela específica. A impossibilidade concreta da tutela específica não significa legitimidade jurídica da situação que não tem como ser evitada ou impedida por tal tutela. Significa unicamente a existência de um limite concreto (tecnológico) à tutela específica. A possibilidade de reversão jurisdicional *ex post* do resultado concreto gerado pelos códigos computacionais é a prova de que tem valor jurídico e prevalece a avença em linguagem tradicional, na hipótese cogitada por Werbach e Cornell. A parte terá direito a algum modo de restituição ou ressarcimento justamente com base na avença convencional. Em suma, a impossibilidade de interrupção dos comandos autoexecutivos do *smart contract* é um dado fático-tecnológico e não indicativo da prevalência e autonomia da programação em dados computacionais sobre a avença escrita em linguagem comum. Caberá sempre identificar a intenção da avença das partes e os objetivos negociais almejados – sendo relevante para isso considerar a avença eventualmente realizada em linguagem convencional (a qual pode inclusive conter previsão de que deve prevalecer a avença computacional, em caso de divergência entre uma e outra).

Então, caberá o uso de mecanismos de compensação ou ressarcimento da parte que eventualmente for prejudicada pelo erro ou defeito de "tradução" da avença convencional em código computacional – nos limites práticos e jurídicos em que tal tutela *a posteriori* seja possível. A questão assume grande relevância para a solução jurisdicional dos conflitos envolvendo os *smart contracts*.

3.2.3. Cumprimento e descumprimento das obrigações no contexto dos *smart contracts*: os possíveis motivos de conflito

Por envolverem a automação da execução dos arranjos obrigacionais, os *smart contracts* acarretam uma mudança significativa relativamente à apuração e verificação do cumprimento das obrigações.

[28] *"The smart contract has the entire life of the contract immutably embedded into its code, which leaves no room for a separate written agreement to specify the parties' intent. If a court concludes that some writing better reflects the parties' meeting of the minds, it would be powerless to invalidate the smart contract; it would have to find some way to reverse the transfer of value ex post."* (Contracts: Ex Machina. Cit., p. 18)

Em princípio, não há como se descumprir o que foi estabelecido por meio de um *smart contract* (desde que, como já mencionado, a execução da obrigação possa se dar por meio de execução de comandos no âmbito de um sistema informatizado). Uma vez verificadas as condições estabelecidas pelas partes, a obrigação (consequência prevista para a verificação dessa condição) é automaticamente implementada pelo próprio sistema. Por isso, Michèle Finck aponta que, em um *smart contract*, a execução está integrada no código computacional.[29]

Mas isso não significa que não possa haver descumprimento de *smart contracts*. Em alguns casos, o inadimplemento é possível, especialmente naquelas situações em que haja necessidade de que o complemento da prestação seja cumprido *fora* do sistema informatizado em que está o *smart contract*,[30] como naquelas situações em que a parte devedora da obrigação age de modo a impedir que a condição se verifique ou seja confirmada, agindo de forma contrária à obrigação estabelecida inicialmente pelas partes.

Por outro lado, pode haver erro por parte do oráculo quanto à alimentação de informações externas relevantes para o cumprimento do *smart contract*. E isso obviamente prejudicará o resultado que era pretendido pelas partes, tornando exigíveis e se executando total ou parcialmente prestações indevidas, ou vice-versa. Aí também a autossuficiência do *smart contract* terá sido frustrada, dando azo a conflito entre as partes.

Outra possível causa de litígios, como mencionado anteriormente, pode advir da disparidade entre o ajuste estabelecido entre as partes em linguagem normal (mediante a confecção de um instrumento específico ou a adesão, por uma parte, a condições preestabelecidas pela outra) e sua tradução em código computacional.

Além disso, falhas e *bugs*, implicando ausência da (ou incongruência na) execução das prestações pactuadas, não podem ser descartados – e podem também constituir fontes de litígio.

Ainda, as limitações e especificidades dos comandos e sintaxe na linguagem computacional utilizada para a elaboração de *smart contracts* – com a consequente impossibilidade da consideração de princípios e normas gerais inerentes ao direito contratual (boa-fé, vedação à onerosidade excessiva, exoneração de responsabilidade pelo caso fortuito ou força maior, dever de cooperação etc.) – igualmente poderão ensejar disputas.

De resto, sempre poderá surgir discussão sobre vício de vontade ou mesmo nulidade do *smart contract* por violação a normas cogentes.[31]

---

[29] "*In a smart contract, performance is hard-wired into the code. For example, the software can be used for the automatic transfer of collateral in the event of default or to disburse employee compensation if performance goals are achieved*". (*Blockchain Regulation* (…). Cit., p. 26)

[30] E, como já foi dito, é discutível do ponto de vista conceitual que nessa hipótese se tenha propriamente um *smart contract* (cuja essência está na automação do cumprimento). De todo modo, o problema concretamente se põe – e por isso, independentemente da terminologia adotada, merece consideração.

[31] "Afirmou-se em determinados foros tecnológicos que os *smart contracts* e a tecnologia *Blockchain* criam ou permitem a criação de ecossistema próprio, em certa medida, alheio ao legal. A afirmação não é

Em todos esses casos, serão relevantes os mecanismos para assegurar o cumprimento da obrigação devida – ou a tutela restituitória ou ressarcitória da parte lesada pelo indevido cumprimento.

3.3. A imprescindível interface com a realidade: mundo real *vs.* mundo virtual

As hipóteses indicadas exemplificativamente no tópico anterior evidenciam que a principal fonte de discussões a respeito da execução e cumprimento dos *smart contracts* reside na interface com a realidade. Será justamente na fronteira entre o mundo virtual (do sistema informatizado em que foi criado, registrado e é executado o *smart contract*) e o mundo real que surgirão os problemas. É nessa fronteira que surgirão as principais discussões envolvendo os *smart contracts*.

Como no estado atual de avanço tecnológico não é possível escapar aos pontos de interseção entre o sistema informatizado e a realidade, essa é uma situação que deve ser sempre considerada no exame dos *smart contracts* e de suas consequências.

4. *Smart contracts* e prevenção (impedimento prévio) e solução de conflitos

Os mecanismos de prevenção e solução de conflitos (incluindo-se a tutela jurisdicional e a autotutela) situam-se também nesta fronteira. Grande parte das discussões que surgem a respeito da autotutela e uso dos *smart contracts* e tutela jurisdicional das obrigações previstas num *smart contract* encontram-se aqui.

A possibilidade de automatização do cumprimento das obrigações propicia situações que sugerem uma aproximação da noção tradicional de autotutela. Em que medida esses casos podem ser denominados propriamente de autotutela, tendo em vista a ausência do exercício de qualquer providência ou conduta por parte do credor da obrigação? Afinal, a obrigação se executa automaticamente por meio do código do *smart contract*, verificadas as condições definidas pelas partes.

Por outro lado, na medida em que, pelo menos num futuro próximo, não é viável estabelecer todos os aspectos da vida em sociedade no âmbito de um sistema informatizado, que contemple a execução automática de todas as modalidades de obrigações em sistemas automatizados de solução de todas as controvérsias decorrentes de *smart contracts*, muitas questões ainda precisarão ser dirimidas no ambiente dos modelos tradicionais de composição dos litígios. De resto, e como visto no item 3.2.3., é amplo o leque de motivos que podem gerar disputas entre as

---

de todo certa, pois, se um *smart contract* é um contrato, lavrado em linguagem máquina, isso não implica que se torne alheio aos requisitos que o Direito impõe ao conteúdo das prestações. Tais negócios, nessa esteira, deverão passar pelo filtro da legalidade substancial." (REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 7, n. 3, set./dez. 2019, p. 113). Na mesma linha, entre outros: CARIA, Riccardo de. The Legal Meaning of Smart Contracts. *European Review of Private Law*, Alphen, v. 6, 2019, p. 747-748; CABRAL, Antonio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências. In: *Direito, processo e tecnologia* (Coord. Erik Wolkart e outros). São Paulo: RT, p. 105.

partes do *smart contract*. E esses conflitos serão solucionados com a interpretação adequada das leis e normas atuais que tratam das obrigações jurídicas e de sua tutela (judicial ou não).

Por óbvio, os *smart contracts* constituem novidade impactante o suficiente para suscitar diversas dúvidas e dificuldades no âmbito da tutela extrajudicial e judicial. Essas questões precisam ser enfrentadas com a consciência de que se está diante de inovações tecnológicas que abrem possibilidades até há pouco não consideradas no estudo do processo e do direito como um todo. No entanto, isso não significa reputar que os *smart contracts* estão em um limbo, que constituem outra dimensão, alheia ao direito. Cabe considerá-los em sua dimensão jurídica. Como escreveu Max Raskin: "*One way of reducing uncertainty is by situating the new in the old. While there may be many barriers to the adoption of smart contracts, legal uncertainty need not be one of them. Courts need not upend extant jurisprudence to accommodate smart contracts*".[32]

5. Autocumprimento e autotutela

É frequente a afirmação de que a execução automática dos códigos computacionais com o consequente cumprimento das prestações previstas no *smart contract*, independentemente de intervenção humana, constituiria uma modalidade de autotutela. Alude-se a uma autotutela preventiva, pois incidiriam mecanismos aptos a impedir o próprio descumprimento.[33]

Coube a Max Raskin a primeira e mais conhecida formulação nesse sentido. Raskin primeiro invoca o exemplo do recurso tecnológico pelo qual o *lessor* pode impedir o funcionamento do automóvel objeto do *leasing*, se o devedor-arrendatário não pagar pontualmente a prestação devida. Dentro de certas condições, esse é um mecanismo de autotutela admitido em alguns Estados norte-americanos.[34] Em seguida, Raskin estende o conceito de autotutela para afirmar que a execução automática de um contrato, tal como se dá com os *smart contracts*, constituiria modalidade de autotutela preventiva, na medida em que nenhum recurso a um tribunal é necessário para que se cumpra o contrato.[35]

As duas situações (interrupção de funcionamento de veículo e autocumprimento nos *smart contracts*) identificam-se? Em que medida há propriamente autotutela no autocumprimento do *smart contract*? Em que limites tais mecanismos de imposição automatizada são admissíveis? No que o exemplo dos *smart contracts* pode contribuir para o aperfeiçoamento de mecanismos de cumprimento obrigacional e de autotutela fora do mundo digital?

---

[32] The law and legality of smart contracts. *Georgetown Law Technology Review.* Washington, v. 1, n. 2, 2017, p. 340-341.

[33] COSTA, Mariana Fontes da. *Decentralized smart contracts*: entre a autotutela preventiva e a heterotutela reconstitutiva. Cit., p. 486; CABRAL, Antonio do Passo. *Processo e tecnologia*: novas tendências. Cit., p. 103; FILHO, Augusto Barbosa Santos. *Execução Extrajudicial e Jurisdição*: o Projeto de Lei 6.204/2019 no Sistema de Justiça Brasileiro. Dissertação de mestrado. Salvador: UFBA, p. 169.

[34] RASKIN. *The law and legality of smart contracts*. Cit., p. 329-333.

[35] The law and legality of smart contracts. cit., p. 333-334.

5.1. Extensão útil do conceito de autotutela

Para responder tais questões cabe antes identificar o conceito de autotutela em sua extensão útil, isso é, naquilo que ela tem de essencial, sem se confundir com – ou se sobrepor a – outros meios de solução dos conflitos.

A simples circunstância de um instrumento evitar ou eliminar um conflito sem a necessidade de recorrer-se ao Poder Judiciário não faz dele uma forma de autotutela. Mecanismos autocompositivos (acordos, transações, renúncias...) e heterocompositivos privados (como a arbitragem ou o *dispute board* adjudicatório) também podem propiciar esse resultado.[36] Mais que isso, o conflito pode ser evitado e o recurso ao judiciário dispensado, pela simples circunstância de as partes cumprirem normalmente seus deveres e obrigações na relação em que estão inseridas. Isso pode derivar da simples disposição das pessoas em cumprir seus compromissos e atribuições. Mas pode também ser incentivado pela prévia cominação legal ou a adoção convencional de mecanismos específicos destinados a dar mais segurança e eficácia à relação jurídica (cominação de multas e outras penalidades, instituição de garantias, *design* de formas e mecanismos de cumprimento conjunto ou coordenado de obrigações etc.). Também nesse caso não terá havido autotutela, mas sim o simples desfecho natural, não patológico, da relação jurídica. Portanto, é necessário um conceito mais preciso de autotutela, que não se prenda à pura e simples dispensa de intervenção judicial.

A autotutela consiste na solução de um conflito pela ação unilateral e direta de uma parte contra a outra, fundada num juízo próprio da parte que age (i.e., parcial), para o fim de fazer prevalecer um interesse seu, mediante a supressão ou limitação de bem de vida que vem sendo usufruído ou titularizado pelo adversário.

Desse conceito extraem-se os seguintes dados fundamentais:

- a autotutela é um modo de solução de um conflito de interesses. Ela pressupõe uma pretensão negada ou insatisfeita. Até é concebível uma autotutela preventiva, mas, como toda tutela preventiva, ela pressupõe uma ameaça objetiva e atual de lesão ao interesse autotutelado;

- a autotutela é uma *ação*. A simples omissão, a simples recusa em submeter-se a uma pretensão alheia, não é autotutela;

- há a ação direta de uma parte contra a outra, isso é, sem a intervenção de um órgão jurisdicional (estatal ou arbitral);

- a autotutela é uma ação essencialmente privada. Quando o Estado atua administrativamente (i.e., sem a intervenção jurisdicional) sobre a esfera alheia ou bem, ele está se valendo legitimamente da autoexecutoriedade de seus atos[37] ou está

[36] É de pouca serventia um conceito amplíssimo de autotutela como o de Emilio Betti, que incluía a própria arbitragem, os negócios jurídicos de mera declaração (*accertamento*) e a confissão extrajudicial, entre outros institutos, no âmbito da autotutela. Seriam casos de "autotutela consensual". (BETTI. Autotutela. In: *Enciclopedia del diritto*. v. IV. Milão: Giuffrè, 1959, p. 532-533)

[37] Ver item 2.6.3, acima. Nesses casos, p. ex., nas hipóteses previstas nos enunciados 346 e 473 do STF, costuma-se aludir a "autotutela administrativa". Mas é um termo impróprio (como o é, p. ex., aludir-se a "coisa julgada administrativa"). Trata-se do exercício da função estatal e não de ação direta e imediata. Não

incidindo em puro arbítrio. Não é possível, como fez Alcalá-Zamora, qualificar como autotutela a ação do "Esquadrão da Morte", do período da ditadura militar brasileira, ou das milícias secretas paraestatais, da Espanha franquista.[38] É até concebível que o ente estatal exerça propriamente autotutela, mas apenas quando inserido em uma relação ou situação jurídica em que excepcionalmente se sujeite ao regime de direito privado;

- a ação é necessariamente unilateral: uma parte age contra a outra impondo seu interesse. Não há autotutela consensual. Isso é contradição nos termos. A previsão do mecanismo de autotutela pode ser negocial (por exemplo, a autorização de que, em caso de inadimplemento, o credor pignoratício promova a "venda amigável" da coisa empenhada – nos termos do art. 1.433, IV, do C. Civil).[39] Mas seu *exercício* será sempre unilateral. Se ambas as partes, conjuntamente, adotarem uma providência que solucione o litígio (p. ex., a dação em pagamento, depois de vencida a dívida, prevista no art. 1.428, par. ún., do C. Civil), ter-se-á autocomposição. Se elas atribuírem tal solução a um terceiro, haverá heterocomposição privada;

- a parte que age em autotutela funda-se em um juízo próprio, parcial (no sentido de que não emitido por um terceiro). Põe-se como juíza de seu próprio conflito.[40] Sua atuação fica sujeita ao seu puro arbítrio (aquilo que, em regra, é vedado nas relações jurídicas – C. Civil, arts. 122, parte final, e 489, entre outros). Se o juízo sobre o cabimento da providência invasiva é atribuído, por consenso entre as partes, a um terceiro (um *dispute board*, um fiscal do contrato, um agente custodiante ou fiduciário), já não se tem autotutela, mas um mecanismo de heterotutela, ainda que atípico. A questão então será a de saber até que ponto pode ir esse terceiro, na prática de atos invasivos da esfera das partes;

- a parte que age em autotutela dá ao conflito uma solução egoística,[41] fazendo prevalecer o seu interesse sobre o do adversário;

- pela autotutela, há o atingimento de um bem de vida até então usufruído, detido ou titularizado pelo adversário. Há a supressão ou redução de um interesse do adversário, que se curva ao interesse do autotutelado. Não há necessariamente o uso da força (compreendida como violência física): eventualmente a autotutela pode

---

se trata de mero capricho conceitual. Há enorme diferença sob o prisma das garantias fundamentais. A atuação administrativa (autoexecutória) é necessariamente processualizada, submetida ao contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV). Até se concebem atuações urgentes da Administração, sem o prévio devido processo, mas elas serão subsequentemente processualizadas.

[38] NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 3ª ed. Cidade do México: Univ. Autônoma do México, 1991. p. 45-47.

[39] Questão outra consiste em saber se as partes podem apenas convencionar modalidades de autotutela tipificadas no ordenamento ou se poderiam conceber outras, atípicas, desde que compatíveis com as garantias fundamentais e análogas ou equiparáveis àquelas típicas. Sobre o tema, ver TORRASI, Francessco Paolo. *L'autotutela nel diritto privato*: una funzione, una categoria, un meccanismo. Tese de doutorado. Università degli Studi di Palermo, 2007-2008. p. 35-38; SALLES, Raquel Bellini. *Autotutela nas relações contratuais*. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2019. p. 86-93. Confira-se ainda a nota de rodapé n. 42, adiante.

[40] ALCALÁ-ZAMORA. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Cit., p. 51.

[41] O que não significa que será necessariamente injusta (ALCALÁ-ZAMORA. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Cit., p. 50.

operar providências constitutivas ou desconstitutivas, no plano meramente ideal (por exemplo, no exercício da cláusula resolutiva expressa do contrato de compra e venda, com o consequente retorno do bem alienado à titularidade do vendedor).

É nesses limites conceituais, e com a consideração de tais características, que se deve ter em vista a autotutela para cotejá-la com o autocumprimento dos *smart contracts*.

Não se trata desviar do problema com um mero jogo de conceitos. Independentemente do nome que se dê às figuras aqui examinadas, as questões precisam ser enfrentadas à luz da função desses mecanismos e do modo como se embasam ou interferem tanto sobre aqueles direitos fundamentais que justificam o emprego de meios de tutela fundados na autonomia da vontade quanto sobre aqueles que limitam a incidência desses meios.

Os elementos que fazem da autotutela algo excepcional dentro do ordenamento são precisamente a intromissão unilateral na esfera alheia, eventualmente com violência, e a prevalência do puro arbítrio de uma parte (atribuição de posição meramente potestativa a uma das partes). Essas são as razões pelas quais o ordenamento vê com cuidado a autotutela. Evidentemente, as medidas de autotutela não se põem todas com o mesmo grau de intensidade quanto a esses dois aspectos – e, além disso, eventualmente, os instrumentos não são puros quanto ao seu enquadramento nas modalidades de solução dos conflitos (p. ex., como se vê adiante, o pacto marciano pode reunir mecanismos heterocompositivos e de autotutela). Por isso, cada hipótese merece averiguação específica. Quanto mais intenso algum desses dois aspectos essenciais, mais restrições haverá no ordenamento. Quanto mais atenuadas essas características, mais fácil é admitir-se seu emprego – seja pela aplicação analógica de normas de autorização expressa da autotutela, seja pela pura e simples consideração principiológica e a ponderação de valores.[42] Mas sempre há de se ter em vista esses aspectos essenciais da autotutela.

Uma questão conceitual nunca é apenas uma questão conceitual. O emprego do termo "autotutela" para designar figuras que vão muito além da extensão útil do conceito gera dois riscos em sentidos opostos. Por um lado, pode desnecessariamente dificultar a aceitação de mecanismos que, embora fundados na autonomia da vontade, não se revistam dos traços essenciais que fizeram da autotutela figura de admissibilidade excepcional. Por outro lado, a generalização do emprego de "autotutela" para designar mecanismos sem aqueles traços essenciais traz o perigo de que se naturalize a aceitação da autotutela propriamente dita, aquela que se reveste de tais atributos, sem que se atine para a diferença de um caso e outro.

Até se pode, por acomodação ou apego a uma concepção conceitualista que reconduza o máximo de institutos a uma mesma categoria geral, insistir na concepção ampla e imprópria de autotutela, de modo a abranger mecanismos heterocompositivos e autocompositivos e mesmo medidas que não constituem meio de solução do conflito,

[42] Isso em alguma medida inclusive dá resposta à discussão sobre a possibilidade de previsão negocial de meios atípicos de autotutela – a que se aludiu na nota 39, acima.

mas o normal desenvolvimento da relação jurídica. Mas então será preciso ter em mente que existem "autotutelas" e autotutelas – e que umas são bem diferentes das outras. E assim a utilidade do conceito se esvai.

5.2. Cotejo com a dinâmica dos *smart contracts*

Tomando em conta o conjunto de características destacadas no tópico anterior, evidencia-se que o autocumprimento (autoexecução) dos *smart contracts* não constitui modalidade de autotutela.

Primeiro, há uma questão de pertinência subjetiva. Há uma *autoexecução do contrato* e não uma *autotutela da parte contratante*. No *smart contract*, as partes ao celebrarem a avença computacional já estão nesse momento emitindo suas manifestações de vontade e programando o automático desdobramento dos efeitos. É a ideia do *entire agreement*, já referida.

O automatismo do adimplemento contratual não se confunde com autotutela no sentido próprio do termo porque ele não é uma reação ao inadimplemento, mas o próprio e direto adimplemento do contrato. A autotutela é reação à negação, resistência ou não satisfação de uma pretensão. Esse momento não se põe na dinâmica dos *smart contracts*: ele nem chega a existir. Para contornar esse aspecto, alude-se, como indicado, a uma autotutela preventiva: a autoexecução impediria a própria formação do conflito. Mas o conflito é impedido precisamente porque houve o normal cumprimento das prestações: não há como conceber o adimplemento, ainda que automatizado, como autotutela.[43]

De resto, a autoexecutoriedade não é acionada por uma ameaça real e objetiva, como seria um mecanismo de tutela preventiva. Ela é inerente ao *smart contract*. Ele só existe assim.

Como notam Werbach e Cornell, a autoexecutoriedade do *smart contract* não é um mero acessório adicionado aos elementos essenciais do contrato para mitigar o risco de violação. Os autores retomam a analogia feita por Raskin, com o dispositivo de interrupção de funcionamento de automóvel, para mostrar que, nesse caso, o interruptor de partida é um mecanismo adicional, que não integra o núcleo substancial do contrato de *leasing*. Diferentemente, o automatismo e a inexorabilidade da execução contratual são da essência dos *smart contracts*.[44]

Além disso, não há a imposição unilateral de um resultado por uma parte sobre a outra. A rede de *blockchain* não é controlada por qualquer das partes, de

[43] Raquel Bellini Salles, citando Lina Geri, formula uma crítica em termos gerais, mas que é bem adequada à tese de que o autocumprimento do *smart contract* constituiria autotutela: "a generalidade de enunciações como as anteriormente citadas acaba por colocar no mesmo plano o que diz respeito à situação subjetiva em seu momento fisiológico, de satisfação do interesse, e o que é afeto ao momento patológico, de lesão do interesse. Nesse sentido, assevera Geri, que '*non si deve confondere ciò che attiene alla (regolare) attuazione del rapporto obbligatorio (soddisfacimento in via fisiologica del diritto di credito) con ciò che attiene al momento della tutela conseguente all'inadempimento*'". (*Autotutela nas relações contratuais*. Cit., p. 64)

[44] Werbach e Cornell. Contracts: Ex Machina. Cit., p. 15-16.

modo que nenhuma delas pode alterar o ajuste computacional, com seus códigos e regras, lançado nos blocos da rede. A execução que advirá refletirá o compromisso que cada uma das partes ali lançou.

Se, antes de dormir, eu programar a cafeteira elétrica de minha casa para ela funcionar às 6h30 da manhã e se, pela manhã, vendo o café pronto, minha mulher perguntar-me se fui o responsável por aquilo, não mentirei se disser que sim. Se eu programo o alarme para detectar vazamento de gás na cozinha e mais tarde o alarme soa, denunciando o gás que vaza, é meu o mérito de haver sido cuidadoso. Se vou viajar por alguns dias e deixo cheio de ração e com programação para funcionar duas vezes por dia o comedouro automático do cachorro, poderei dizer que eu o deixei devidamente alimentado. Em todos os casos, os resultados atingidos derivam de escolhas minhas. Em todos eles, eu sabia que esses efeitos iriam ocorrer dentro de certos termos e condições. Sob essa perspectiva, a autoexecutoriedade do *smart contract* pode ser compreendida como a mera extensão do cumprimento voluntário de cada uma das partes.

É bem verdade que, pela avença computacional no *smart contract*, a parte no mais das vezes não expressa a vontade de pura e simplesmente aperfeiçoar uma prestação. Ela normalmente manifesta seu compromisso com dado resultado, *desde que ocorra a condição x* ou *quando advier o termo y*, ou ainda *com a previsão de que o quantitativo das prestações será ainda futuramente determinado, conforme certos parâmetros*[45] – e assim por diante. E esses termos, condições, pressupostos e elementos negociais não são definidos pela própria parte promitente. Mas tampouco o são pela parte credora – o que basta para afastar a autotutela. É a própria rede de *blockchain* que aferirá e (ou) definirá aqueles aspectos – conforme os parâmetros previamente avençados. Também não se ignora que eventualmente a identificação de termos, condições ou valores necessários para o cumprimento das prestações dependa da alimentação da rede com dados exteriores – função atribuída ao oráculo. Mas nem mesmo aí se configurará autotutela. O oráculo não é vinculado a qualquer das partes. Funciona como um terceiro, um arbitrador ou regulador. Trata-se de um mecanismo heterônomo.

Alguém poderia ainda dizer que, nos exemplos cotidianos antes dados, sempre seria possível eu mudar de ideia, resetando a programação da cafeteira, desativando o alarme, retornando à casa e esvaziando o comedouro – de modo que a imputação daqueles atos originais a mim derivaria não apenas de minha ação inicial, mas da minha vontade contínua de manter aquilo que foi programado. No *smart contract*, a impossibilidade de alteração da avença computacional eliminaria ou enfraqueceria substancialmente essa imputação do efeito autoexecutado à vontade da parte. Isso não é verdade. Se eu disparo um revólver e me arrependo no milésimo de segundo seguinte, a impossibilidade prática de eu interceptar o projétil e impedir que ele atinja o alvo não me torna menos autor do tiro.

[45] Exemplos: a parte obriga-se a transferir à outra "cinco por cento do que vier a produzir (ou receber) no período X"; a parte obriga-se a pagar "o valor do bem conforme sua cotação na bolsa Y, na data de aperfeiçoamento da operação" etc. – e esses elementos serão aferidos e definidos pela rede de *blockchain*.

Então, a impossibilidade de interrupção do autocumprimento do *smart contract* também não faz dele, só por isso, uma autotutela. Permanece sendo um adimplemento, ainda que automatizado. A impossibilidade de interrupção deriva de uma inviabilidade prática, para ambos os contratantes. Não advém de um ato de força de um contratante sobre o outro.

5.3. A natureza obrigacional do *smart contract* – Estado de sujeição (direito potestativo)

O automatismo da execução do *smart contract* também já levou estudiosos a negarem a própria natureza obrigacional e contratual do instituto. Se os contratos se caracterizam pela assunção voluntária de um compromisso, a promessa de uma conduta, como neles enquadrar o *smart contract*, pelo qual as partes nada prometem e a nada se comprometem, uma vez que o cumprimento será automático e os efeitos ocorrerão independentemente da conduta futura dos contratantes? Werbach e Cornell levantam tal objeção e eles mesmos a descartam. Os *smart contracts* são mecanismos voluntários que se destinam a alterar os direitos e deveres das partes. Os autores lembram que há contratos em que a transferência do bem opera com a simples manifestação da vontade, sendo dispensada conduta futura ("*A deal may still count as a contract even though it leaves nothing open to be done or performed*"). Eles lembram que um contrato de transferência de um bem (*conveyance*) pode também exaurir-se nele mesmo, implicando *de per si* a transferência de titularidade e dispensando prestação subsequente. Werbach e Cornell ponderam que, como na *conveyance*, o *smart contract* não deixa uma promessa para ser futuramente cumprida. Mas, diferentemente da *conveyance*, o *smart contract* não promove a imediata transferência da titularidade. Essa seria sua peculiaridade.[46-47]

Mas mesmo esse traço não é uma exclusividade do *smart contract*. Por exemplo, no contrato de alienação de um imóvel, a manifestação do vendedor na escritura pública basta como ato de disposição, de modo que nenhuma prestação subsequente do alienante será necessária para a transmissão da propriedade.[48] Mas transferência não ocorre nesse momento. Dependerá do subsequente registro (C. Civ., arts. 1.245). Portanto, nesse caso, há uma dissociação entre o momento da disposição e o momento da transferência. O adquirente tem o direito de levar a escritura a registro e aperfeiçoar

[46] Contracts: Ex Machina. Cit., p. 11-12.

[47] Mas o exemplo da *conveyance* não é apropriado para todas as hipóteses de transferência de bem: talvez seja especialmente adequado para a transferência de bens incorpóreos não submetidos a um registro de transferência nem corporificados em título de crédito. Em nosso sistema, em regra, a transferência dá-se com a tradição da coisa móvel ou o registro da alienação do bem imóvel (C. Civ., arts. 1.245 e 1.267). E algo similar ocorre em outros ordenamentos, inclusive no *common law* (v. KÜMPEL, Vitor Frederico. Sistemas de transmissão da propriedade imobiliária. Partes I a IV. In: *Migalhas*, Coluna Registralhas de 3, 17 e 31.08.2021 e 13.09.2021 – acessível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas). Portanto, nem sempre é a manifestação de vontade de alienação que transfere o bem.

[48] Podem incidir deveres acessórios de conduta, como o recolhimento de encargos para viabilizar o registro. Além disso, poderá haver o dever de permitir a imissão do adquirente na posse do bem – mas isso é irrelevante para a aquisição da propriedade.

a transferência, sem que a isso possa se opor o alienante. Trata-se de um direito potestativo do adquirente – e de um correspondente estado de sujeição do alienante.[49]

Aliás, podem ser invocados aqui também outros negócios jurídicos em que se pactuam direitos potestativos e respectivos estados de sujeição, ainda que sob as vestes de um dever de conduta. Tome-se como exemplo o negócio processual em que, com base no art. 190 do CPC, as partes se "obrigam" a não recorrer da sentença. Se uma das partes pretender violar tal pacto, interpondo recurso, esse simplesmente será tido por inadmissível. A parte "obrigada" (*rectius*, em estado de sujeição) não tem como impedir a eficácia do negócio processual – tanto quanto não o tem o contratante do *smart contract*. Outro exemplo: os votos que desrespeitem o acordo de acionistas são simplesmente ineficazes (Lei nº 6.404/1976, art. 118, § 8). Também aqui se trata da incidência de um direito potestativo, com o corresponde estado de sujeição: não há espaço para inadimplemento. E é interessante notar que não se falará em autotutela nesses casos, mas na normal operação dos efeitos do negócio jurídico.

Nesses exemplos, vemos efeitos jurídicos meramente ideais automaticamente programados. Na dinâmica dos *smart contracts*, a tecnologia permite que sejam programados, para ocorrer independentemente de conduta das partes, efeitos jurídicos que possam ser operados virtualmente (e que também tem significativa carga de idealidade – v. item 2.6.3., acima). Nesse sentido, o *smart contract*, tal como nos exemplos dados, estabelece *direitos potestativos* e *estados de sujeição*. Há uma impossibilidade fática de obstar o autocumprimento.[50] Mas, além disso, ao celebrar o *smart contract*, as partes assumiram juridicamente submeterem-se ao autocumprimento (*estado de sujeição*). É precisamente por isso que, se o autocumprimento estiver em perfeita consonância com a avença celebrada e essa não padecer de nenhum vício, não será devida nenhuma restituição ou reparação ao contratante que teve bens alienados ou limitados por tal autoexecução.

De todo modo, não fica de todo descartado que do *smart contract* advenham propriamente obrigações de prestação de conduta. Primeiro, porque podem existir obrigações decorrentes ou complementares daquelas autoimplementadas que precisem ser cumpridas fora do ambiente informatizado, no mundo não virtual: transferências de bens corpóreos, obrigações de fazer ou não fazer etc. (v. item 2.6.3., acima). Mas, além disso, por uma série de razões, o autocumprimento pode falhar (erro na alimentação de dados externos pelo oráculo; descompasso entre o efetivamente avençado e o código computacional; falhas e *bugs* na programação etc. – v. item 3.2.3., acima) – e aí se poderá pôr a direta exigência de conduta da parte para a realização da prestação que não se autocumpriu. É interessante notar que, no caso dos *smart contracts*, a relação sucessiva que se põe entre direito potestativo

[49] Sobre a distinção entre estado de sujeito e dever jurídico (de que a obrigação é espécie), ver TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 126-127.

[50] "Nesses casos, o controle comportamental não é realizado com o auxílio das especificações nas categorias de permitido/não permitido ou do dever ser, que são típicas para o efeito das normas legais, mas diretamente pela restrição da capacidade (factual)" (HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital* (Trad. Italo Fuhrmann). Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 166).

e obrigação de prestação de conduta é inversa da que ocorre nas obrigações de prestar declaração de vontade (p. ex.: compromisso de compra e venda). Nessas, há originalmente o dever de prestação de conduta (emitir a declaração de vontade definitiva). Descumprida essa prestação, surge posição passiva derivada, de cunho potestativo (estado de sujeição), consistente em submeter-se a uma nova situação jurídica, idêntica à que se estabeleceria caso houvesse sido emitida a declaração de vontade, que será implementada por sentença constitutiva.[51] Já nos *smart contracts* a derivação segue a ordem inversa: inicialmente há o estado de sujeição (submeter-se ao autocumprimento); se esse falhar, surge a obrigação da parte de ela mesma cumprir a prestação que não se autoexecutou. Esse tema será retomado adiante.

5.4. Manifestação tecnológica de arranjos antigos?

A constatação de que o *smart contract* estabelece direitos potestativos (e estados de sujeição) ainda não é suficiente. Há aspecto que o diferencia dos exemplos dados. Retomando-se uma hipótese acima usada para comparação: quando a escritura pública de compra e venda do imóvel já está emitida e o ato de disposição aperfeiçoado, o que falta é apenas a formalidade do registro para que a transferência do bem ocorra. Já no *smart contract*, entre a manifestação de vontade e a transferência do bem, põe-se a necessidade da verificação de termos ou condições ou mesmo da integração de elementos do negócio (como a definição do preço). Ou seja, o ato de disposição ainda não é o título bastante e suficiente para a transferência. Ele é condicionado ou incompleto – e caberá a uma rede de *blockchain* primeiro aferir a ocorrência dos pressupostos (termos, condições, cumprimento de obrigações correspectivas...) ou a integração de elementos negociais faltantes, para só depois promover a execução automática. No *smart contract*, então, as partes não se sujeitam apenas à produção de efeitos já por elas mesmas inteiramente programados. Elas têm igualmente de se sujeitar à aferição de pressupostos e à eventual integração do negócio, além da execução das prestações, pela máquina.

Isso é algo absolutamente novo ou é enquadrável numa figura já familiar? A seguir, faz-se o cotejo com dois mecanismos contratuais amplamente utilizados, para verificar o quanto o *smart contract* seria nele enquadrável ou se ao menos com eles comporta paralelismo ou analogia.

5.4.1. *Smart contract* e procuração em causa própria: o procurador automatizado

Com o nome de procuração em causa própria "designa-se um negócio jurídico que de procuração tem apenas a forma, ou, quiçá, a aparência. Trata-se, a rigor, de negócio de alienação, gratuita ou onerosa".[52] O outorgante de tal procuração em

[51] Ver a respeito TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. Cit., p. 154-155.
[52] GOMES, Orlando. *Contratos*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 355. Já Pontes de Miranda reputava que a procuração em causa própria não configuraria em si mesma o ato de alienação, mas instrumento

verdade pratica ato de disposição de determinado bem, mas ainda sem propriamente transferi-lo. Confere ao procurador um mandato irrevogável e que não se extingue com a morte de qualquer das partes, pelo qual esse pode transferir para si mesmo ou para outrem o bem objeto do mandato, sem ter de prestar contas ao outorgante (C. Civil, art. 684 e 685).

Há assim a dissociação entre o ato (e momento) irrevogável de disposição do bem e o ato (e momento) em que se aperfeiçoa propriamente a sua transferência. Sob esse aspecto, a procuração em causa própria comporta comparação com o *smart contract*, em que também se verifica essa dissociação.

Mas há diferença fundamental.

Precisamente por constituir manifestação irretratável da vontade de transferência do bem, a procuração em causa própria deve conter todos os elementos e observar os pressupostos e forma que aos quais se sujeitaria o próprio ato de transferência.[53] Se o objeto da transferência é bem imóvel, é necessário instrumento público. Se a alienação é onerosa, deve estar ali já dada a quitação ou quando menos definido o preço e a modalidade de seu pagamento – sob pena de ofensa ao art. 489 do C. Civil. Enfim, "o negócio não admite potestatividade em favor do mandatário".[54]

No *smart contract*, o ato de disposição não implica nenhuma outorga de poderes de uma parte à outra. Ambas as partes atribuem ao computador, ao sistema informatizado, a função que poderia ser desempenhada por um mandatário. Há um procurador automatizado. Isso possibilita inclusive que o ato de disposição, no *smart contract*, seja até mais aberto, incompleto e condicionado do que a procuração em causa própria. Afinal, não haverá a constituição de uma posição puramente potestativa de uma parte sobre a outra. Nos limites tecnologicamente possíveis, o sistema em rede de *blockchain* fará a integração dos elementos a serem completados e a verificação dos pressupostos e condicionantes, afastando-se qualquer arbítrio de uma parte sobre a outra.

5.4.2. *Smart contract* como contrato *escrow*: o agente fiduciário automatizado

Sob essa perspectiva, o contrato *escrow* talvez seja o mecanismo em que melhor se enquadre o *smart contract*. Werbach e Cornell já fizeram essa comparação – ainda que para concluir que não é possível a total identificação de uma figura na outra.[55]

Pelo *escrow*, uma das partes deposita bens móveis (dinheiro, títulos, documentos etc.) com um banco ou outra entidade ou mesmo uma pessoa natural (depositário

abstrato para o exercício dos direitos pelo cessionário. (*Tratado de direito privado*. v. XLIII [atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem]. São Paulo: RT, 2012. p. 227)

[53] GOMES, Orlando. *Contratos*. Cit., p. 356; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. II. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 380-381 (com referência a julgado do STF); VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: contratos em espécie. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 270-272.

[54] VENOSA. *Direito civil*. Cit., p. 270.

[55] *Contracts*: Ex Machina. Cit., p. 14-15.

ou agente custodiante ou fiduciário) que se obriga, conforme instruções irrevogáveis acordadas, a restituir os bens ao depositante ou a entregá-los a outra pessoa, em conformidade com os fatos ocorridos e à luz das instruções estabelecidas.[56] O *escrow* consiste em contrato atípico no ordenamento brasileiro, que reúne elementos do depósito, do mandato e dos contratos de garantia. É uma espécie de negócio fiduciário.[57] O *escrow* funciona como um pacto acessório a outro contrato, celebrado entre o depositante e outros sujeitos (que não o depositário), e se presta a assegurar o adequado cumprimento desse outro contrato. Suponha-se que A está comprando de B uma unidade industrial sobre a qual incidem diversas hipotecas. As partes vinculam a exigibilidade de determinadas parcelas do preço à liberação de cada uma das hipotecas. A não pretende desde logo entregar o dinheiro dessas parcelas a B e não ver as hipotecas levantadas. B, por outro lado, teme não receber oportunamente tais parcelas, mesmo cumprindo sua obrigação de desonerar o bem. As partes então constituem um *escrow*. O valor das parcelas é depositado junto a um agente fiduciário, que recebe instruções irrevogáveis no sentido de só entregar a B o valor de cada parcela na medida em que cada hipoteca seja cancelada ou de devolver a A o valor da parcela relativa a cada hipoteca não cancelada. O agente fiduciário funciona assim não apenas como depositário, mas também como fiscal ou arbitrador do contrato entre A e B: cabe-lhe aferir a ocorrência da condição para a liberação dos valores.

Como notam Werbach e Cornell, os *smarts contracts* mimetizam a funcionalidade do *escrow*: código computacional pode manter suspensos no *blockchain bitcoins* ou outros *tokens* de criptomoeda, de modo que não possam ser apropriados e gastos pelo credor de tais valores até que as condições ou contrapartidas avençadas sejam cumpridas.[58]

Os dois autores acabam por descartar que possa haver uma identificação entre as duas figuras, por não haver no *smart contract* a efetiva presença de um terceiro como agente custodiante.[59] Mas a distinção das figuras merece algum aprofundamento. O ponto essencialmente diferente reside em que o *escrow* é um negócio *acessório*, inconfundível com o negócio principal e que envolve um sujeito que é inclusive estranho ao contrato principal. Já o mecanismo da autoexecução integra o próprio *smart contract*, é da sua essência.

Mas a aptidão funcional de o *smart contract* emular o *escrow* não pode ser desconsiderada. Tanto é assim que, como relatam os próprios Werbach e Cornell,

---

[56] FONSECA, Fátima. O contrato de depósito escrow. *Revista de Direito das Sociedades*. Coimbra, v. IX, n. 4, out./dez. 2017.

[57] Compreendido como tal o negócio em que uma parte (o fiduciante) transfere a outra (o fiduciário) o domínio de um bem, ficando o adquirente, conquanto novo proprietário do bem, obrigado a exercer seu direito de acordo com um fim pactuado, podendo caber-lhe inclusive, conforme o caso, restituir o bem recebido (DIAZ-CABAÑATE, Joaquín Garrigues. *Negócios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*. Madri: Civitas, 1978, *passim*; COSTA, Judith Martins. Os Negócios Fiduciários. Considerações sobre a possibilidade do acolhimento do 'trust' no Direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 657, jul. 1990, p. 38-50; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. III. p. 115-126.

[58] *Contracts*: Ex Machina. Cit., p. 14.

[59] *Contracts*: Ex Machina. Cit., p. 15.

há *start-ups* que têm empregado os recursos tecnológicos dos *smart contracts* precisamente para viabilizar novas modalidades de *escrow*.[60] Evidentemente, ao menos na atual fase tecnológica, o *escrow* automatizado pode apenas arbitrar condições relativamente diretas e objetivas, não sendo possível que ele averigue a realização de condições estipuladas com conceitos abertos (v. item 2.6.2., acima). Mas nos limites de sua operacionalidade, ele pode reduzir custos e até mesmo assegurar uma atuação mais objetiva e, consequentemente, mais segura para as partes.

5.5. Mecanismos tecnológicos de autotutela (que não são *smart contracts*)

Em larga medida, a ideia de que a autoexecutoriedade do *smart contract* constituiria autotutela deriva da impropriedade dos exemplos muitas vezes utilizados. Trata-se de casos em que há mecanismos tecnológicos sofisticados envolvidos, mas eles não se configuram como *smart contracts*. No modelo estrito do *smart contract*, o que se tem é a simples transferência virtual de titularidades – submetida à aferição das condições por mecanismos automatizados, com a rede de *blockchain* fazendo as vezes de um "terceiro imparcial". Mas alguns dos exemplos cogitados nada têm a ver com isso. São mecanismos tecnológicos acionados unilateralmente por uma das partes diante do suposto inadimplemento da outra, privando-se essa de um bem ou lhe impondo alguma coerção.

Tome-se o exemplo invocado por Max Raskin para formular sua tese de que haveria autotutela no *smart contract*: o mecanismo que impede o funcionamento do automóvel objeto do *leasing* se a prestação do arrendamento não for paga. Como o próprio Raskin aponta, esse dispositivo é acionado unilateralmente pelo credor, que age de modo discricionário.[61] Outros exemplos apresentados têm a mesma característica. Assim, Raskin também cogita hipoteticamente de um dispositivo instalado no mobiliário de uma residência, que dispararia uma sirene estridente se as parcelas do preço dos móveis não fossem pontualmente pagas. Mais um exemplo – esse, de Hoffmann-Riem: o bloqueio automático da porta da casa alugada em caso de falta de pagamento de aluguel.[62]

Em todos esses casos, há de fato autotutela: a imposição unilateral e forçada, pelo credor contra o devedor, de um mal como reação ao descumprimento. Mas não há *smart contract*. Em nosso ordenamento, em princípio todas essas medidas seriam ilegítimas. Haveria a necessidade de autorização legal para uma parte impor unilateralmente à outra a coerção ou a privação de um bem. A prévia autorização contratual para uso da medida não alteraria os termos da questão: uma parte estaria sujeita ao puro arbítrio da outra – o que tornaria nula a disposição negocial (C. Civil, art. 122, parte final).

---

[60] *Contracts*: Ex Machina. Cit., p. 14. Ver também RINCÓN, Carlos Estévez. *Smart contracts y su aplicación al derecho mercantil*. Madri: Comillas Universidad Pontificia, 2019. p. 49.

[61] "(…) *starter interrupters are operated by the creditor and done so with the use of discretion*." (*The law and legality of smart contracts*. Cit., p. 333)

[62] *Teoria geral do direito digital*. Cit., p. 166.

5.6. O *blockchain* a serviço da autotutela

Mas em que medida a dinâmica dos *smart contracts* poderia ser posta a serviço da autotutela, mediante a prévia pactuação das partes das hipóteses em que ela incidiria, com a inserção do respectivo código computacional em rede de *blockchain*, que controlaria o eventual inadimplemento acionando a sanção privada? Nesse caso, poderíamos falar em meios de autotutela automáticos.

Nessa linha, Raskin relata que a Toyota e outras companhias cogitam de passar a submeter o acionamento do interruptor de partida de veículos ao controle do *blockchain*. Isso eliminaria a discricionariedade do credor, dando mais segurança ao devedor.[63]

Essa pode ser uma grande contribuição do mecanismo do *blockchain* para a autotutela. As partes pactuariam previamente o modo e hipótese de configuração do inadimplemento e do acionamento do mecanismo de tutela extrajudicial, reduzindo-o a código computacional inserido em rede de *blockchain*. Feita a verificação objetiva e imparcial (i.e., sem a intervenção das partes) do inadimplemento, o mecanismo de tutela seria diretamente acionado.

Essa solução, quando tecnicamente viável, elimina a unilateralidade e o arbítrio (potestatividade) do credor – o que supera um dos aspectos problemáticos da autotutela e facilita a aceitação do mecanismo como legítimo. Mas a questão não se resolve aí. A premissa geral é a de que o ato não estatal de força que não seria admitido sob a forma de uma autotutela tradicional não se legitima, por si só, por haver sido implementado por um *smart contract*. Reitere-se: o incremento de legitimidade que o *blockchain* pode atribuir à medida de autotutela reside apenas na eliminação da discricionariedade quanto à hipótese de seu emprego. O ato de força não deixa de ser um ato de força, invasivo, só porque foi automaticamente implementado por meio tecnológico.

Caberá também aferir a própria admissibilidade da medida invasiva aplicada extrajudicialmente. Por mais que sua incidência seja pautada por parâmetros previamente pactuados entre as partes e aferidos objetivamente no caso concreto, ainda assim será preciso investigar a legitimidade do ato de força, de intromissão na esfera jurídica alheia, sem a intervenção estatal. E tal aferição comporta variações de época e lugar. Ela tomará em conta as peculiaridades de cada ordenamento jurídico, os valores jurídicos nele reinantes, suas normas e princípios, que definem o modo e intensidade com que cada sistema admite os próprios mecanismos tradicionais (não digitais) de autotutela.

Pode-se prosseguir aqui com o exemplo do mecanismo automático que impede que se dê a partida no veículo. Como relata Raskin, observadas determinadas condições e limites, ele é admitido pela legislação de diversos Estados americanos.[64]

---

[63] *The law and legality of smart contracts*. Cit., p. 333.

[64] *The law and legality of smart contracts*. Cit., p. 329 e seguintes. Entre as condições e limites postos para a legitimidade da medida em tais Estados estão, p. ex.: a proibição de que o funcionamento do veículo seja interrompido quando ele está trafegando; a disponibilização de um código que permite ao condutor desligar manualmente o interruptor em situações de emergência (ex.: para retirar o veículo de um lugar que pode

Mas isso só é possível porque na generalidade dos Estados americanos é outorgado ao credor, diante do inadimplemento do devedor, o poder de retomada extrajudicial e unilateral de bens objeto de garantia – desde que isso não implique violação da paz pública e que se observem alguns outros limites e condições. Trata-se da *repossession*, autorizada pelo art. 9º do *Uniform Commerical Code* dos EUA (esp. § 9-609), que, com variações mínimas, é reproduzido na legislação de todos os cinquenta Estados americanos e do Distrito de Columbia. Isso simplifica a aceitação do interruptor automático. Em um sistema como o brasileiro, em que o desapossamento extrajudicial e unilateral não é permitido,[65] o interruptor automático da partida do veículo não parece tampouco admissível.

O mesmo pode ser dito do exemplo hipotético dado por Raskin do mobiliário que acionaria uma sirene estridente, em caso de inadimplemento de seu adquirente. O próprio Raskin acaba por admitir que esse mecanismo seria violador da paz pública.[66] No sistema brasileiro, tal medida ainda constituiria meio vexatório de cobrança, vetado pelo CDC (art. 42). Aliás, tal medida não poderia ser adotada nem mesmo pelo Poder Judiciário, como providência executiva atípica (CPC, art. 139, IV, e 536, § 1º), dada a sua desproporcionalidade e incompatibilidade com o direito fundamental à integridade física e moral.

Aliás, os fundamentos ora destacados servem não só para esse exemplo. Eles constituem parâmetros gerais para a admissão de mecanismos de autotutela automáticos e atípicos.

Então, medidas que não poderiam ser tomadas pelo próprio Poder Judiciário não poderão tampouco ser adotadas sob a forma de autotutela.[67] Tome-se ainda como exemplo o bloqueio automático da porta da casa alugada, de modo a impedir-se o inquilino inadimplente de nela ingressar. Ainda que o bloqueio tivesse sido contratualmente previsto e a configuração de seus pressupostos fosse aferida por mecanismos registrados em *blockchain*, a medida seria inadmissível perante o ordenamento brasileiro. Há todo um regramento restritivo das hipóteses de despejo por ordem judicial, com um sistema protetivo de aferição dos pressupostos para tanto (esp. Lei nº 8.245/1991, art. 59 e seguintes). O puro e simples bloqueio da porta jamais seria admitido mesmo como medida judicial.

---

causar acidentes; para usar o veículo em uma situação urgente etc.); a impossibilidade da interrupção de uso do veículo, no *stay period*, da recuperação judicial, quando ele é instrumento de trabalho do devedor etc.

[65] Questão distinta é se permitir que o credor pignoratício, dentro de certas condições, promova a venda extrajudicial da coisa empenhada *que já está em seu poder* desde a constituição da garantia – do que se trata a seguir. Outras modalidades de garantia em que, no direito brasileiro, permitem a venda ou leilão privados do bem não dispensam o recurso ao judiciário caso haja necessidade de busca e apreensão ou imissão na posse do bem.

[66] *The law and legality of smart contracts*. Cit., p. 339.

[67] O próprio Raskin dá um exemplo, ao observar que mesmo sendo admitido em diversos estados o mecanismo que impede a ligação do automóvel, a medida não pode ser usada, como não poderia ser usada uma medida judicial, para impedir o devedor de utilizar o veículo como instrumento de trabalho durante o *automatic stay* da recuperação judicial. (*The law and legality of smart contracts*. Cit., p. 332)

Além disso, tais instrumentos precisarão ter sua admissibilidade sempre aferida à luz da proporcionalidade e razoabilidade da providência de autotutela adotada, considerando-se especialmente o grau de essencialidade do bem cuja privação se imporá. O interruptor de acionamento do veículo e o bloqueio da porta da casa alugada são drásticos e desproporcionais, pois privam o sujeito que sofre a medida de bens relevantes e valiosos. No entanto, telefones públicos e máquinas de fliperama sempre funcionaram com sistemática similar: a ligação é interrompida se o crédito decorrente da ficha telefônica terminar e outra não for inserida; o jogo de fliperama também para sem nova ficha; a conexão com a internet é interrompida uma vez esgotado o tempo contratado... Essas hipóteses são aceitas com normalidade, a ponto de usualmente nem serem pensadas como formas de autotutela, mas como o regular desenvolvimento desses serviços.

Em suma: (i) a modalidade de autotutela que já seria admitida em termos tradicionais igualmente será legítima quando submetida ao modelo do *smart contract*; (ii) a autotutela tida por ilegítima por se reputar haver uso indevido da força não se legitimará quando submetida ao *smart contract*. Se há invasão grave à esfera alheia, não será o controle da incidência da medida que superará o óbice de admissibilidade; (iii) a contribuição que o *blockchain* pode dar para a autotutela consiste na eliminação do caráter meramente potestativo da conduta do credor. Se era unicamente esse o entrave ao emprego da autotutela em dada hipótese, ela poderá ser viabilizada pelo uso do *smart contract* – que acrescenta à medida um certo caráter heterônomo automatizado. Mas para tanto, será imprescindível que o emprego da tecnologia efetivamente elimine a posição puramente potestativa do credor.

5.7. Um teste: pacto comissório e pacto marciano submetidos ao *blockchain*

As conclusões do tópico anterior podem ser testadas no pacto comissório e no pacto marciano – figuras cuja implementação por *smart contract* já foi considerada.

O pacto comissório consiste na previsão de que, diante do inadimplemento do devedor, o credor poderia adquirir o bem dado em garantia pelo valor do saldo devido. Trata-se de mecanismo vedado pelos arts. 1.365 e 1.428 do C. Civil. Tal proibição visa a impedir que o credor, aproveitando-se de sua situação de superioridade na relação, aproprie-se do objeto da garantia pelo simples valor do saldo devedor.[68] A censura funda-se na rejeição ao puro arbítrio do credor, à usura e ao enriquecimento sem causa. A previsão do pacto comissório em *smart contract* não o tornará legítimo:[69] mantida sua essência, de apropriação do bem pelo valor do saldo, mantém-se o elemento usurário e abusivo. Não será o *smart contract* que superará esse defeito.

[68] Ver, por todos, MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. t. XX (atualiz. Nery Jr. e Camargo Penteado). São Paulo: RT, 2012. p. 96; SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. v. X. 10ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979. p. 90-91; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das coisas. v. 3. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 333-334.

[69] REY, Jorge Feliu. *Smart contract*: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. Cit., p. 116.

É nesse ponto que o pacto marciano cumpre sua função. Nele, as partes previamente estabelecem que, em caso de inadimplemento, o bem dado em garantia pode ser adquirido pelo credor pelo valor atual de mercado. Para tanto, prevê-se a intervenção de um terceiro avaliador ou a consideração do valor precificado pelo mercado, em tabelas de preços oficiais e (ou) públicas. Sendo o valor do bem maior do que o do saldo devido, a diferença precisa ser paga ao devedor para que o credor possa apropriar-se do bem. Admitido o pacto marciano – e essa parece ser a tendência da doutrina e jurisprudência no Brasil[70] – é concebível que ele seja instrumentalizado por meio de *smart contract*.

Mas o cerne da autotutela no pacto marciano não está propriamente na intervenção do terceiro que avalia o bem objeto da garantia nem na consideração de valores de tabelas oficiais ou índices de mercado. Esses são mecanismos heterônomos destinados a eliminar a abusividade e o caráter usurário da apropriação do bem pelo saldo devedor. O traço essencial de autotutela permanece presente no momento da alienação do bem com base *em um juízo do próprio credor*. O credor não precisa de uma certificação judicial de que houve inadimplemento. O prévio acordo de vontades entre credor e devedor autorizando a transferência do bem em caso de inadimplemento e o estabelecimento de critérios para a definição do preço justo do bem não eliminam esse outro fator de potestatividade: o próprio credor unilateralmente afirma o inadimplemento e leva adiante a aquisição do bem.

Esse é o ponto que ainda pode suscitar resistências a tal mecanismo.

Em algumas modalidades de garantia, há a expressa previsão de que, mediante prévia autorização contratual (ou procuração), o credor, diante do inadimplemento, pode promover a venda ou leilão extrajudicial do bem. É o que se tem, por exemplo, no penhor (C. Civil, art. 1.433, IV, segunda parte), na alienação fiduciária em garantia de bens móveis e imóveis (Dec.-Lei nº 911/1969 e Lei nº 9.514/1997) e nas hipotecas instrumentalizadas em cédulas hipotecárias, destinadas a garantir créditos do Sistema Financeiro de Habitação, de instituições financeiras em geral, de companhias de seguros e seus sucessores (Dec.-Lei nº 70/1966, arts. 9º, 10 e 31 a 38) etc. Em todos

[70] Ver, entre outros: TEPEDINO, Gustavo; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Lições da VII Jornada de Direito Civil: tendências do direito das coisas. In: *Conjur*. 08.02.2016, disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-fev-08/direito-civil-atual-licoes-vii-jornada-direito-civil-tendencias-direito-coisas. Acesso em: 11.09.2021; FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, *passim*; TERRA, Aline Valverde; GUEDES, Gisela da Cruz. A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à licitude do pacto marciano. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, v. 70, jan./jun. 2017, p. 51-77; CASTRO, Diana Paiva de; FREITAS, Rodrigo. Pacto comissório e pacto marciano na retrovenda com escopo de garantia: proposta de delimitação das fronteiras à luz da metodologia civil-constitucional. *Revista OAB/RJ*. Edição especial, 2018, disponível em: https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2018/05/Pacto-comiss%C3%B3rio-e-pacto-marciano-na-retrovenda-vers%C3%A3o-final.pdf. Acesso em: 11.09.2021; SALLES, Raquel Bellini. *Autotutela nas relações contratuais*. Cit., p. 351-355; GRIGOLIN, Rodrigo. Uma alternativa ao leilão extrajudicial de bem imóvel na alienação fiduciária. *Revista de Direito Notarial*. São Paulo, v. 3, n. 1, jan./jun. 2021, p. 92 e seguintes. No passado, J. M. de Carvalho Santos havia se oposto à admissibilidade do pacto marciano no direito brasileiro (*Código Civil brasileiro interpretado*. v. X, cit., p. 93-94.)

esses casos, a aferição do inadimplemento e o início do procedimento da alienação extrajudicial partirão unilateralmente do credor, sem a intervenção do judiciário.

Portanto, nesses casos, se é possível a venda ou leilão extrajudicial para transferência a terceiros do bem dado em garantia, sem a prévia certificação do inadimplemento pelo Juiz, igualmente deve ser admitida a realização do pacto marciano.[71] Há autorização normativa para a atuação unilateral do credor.

Mas em princípio ficariam excluídas do pacto marciano as garantias reais para as quais não se previu em lei a possibilidade de alienação extrajudicial do bem (p. ex., a hipoteca constituída em favor de credores alheios às hipóteses de cédula hipotecária). É nesse ponto que se pode cogitar de utilidade adicional dos *smart contracts*. Se o controle do inadimplemento for submetido ao código computacional registrado em *blockchain*, é razoável que mesmo nesses outros casos seja utilizado o pacto marciano: a aferição do inadimplemento seria objetivada, sairia da esfera discricionária ou potestativa do credor.

Por outro lado, em nenhum caso de leilão ou venda extrajudicial ao terceiro ou de aquisição pelo próprio credor com base em pacto marciano há autorização de que o próprio credor ou o adquirente faça uso da força para buscar e apreender o bem ou imitir-se em sua posse, se não houver entrega ou desocupação voluntária. Sempre que isso for necessário, mesmo em todas as hipóteses acima referidas em que lei expressamente permite a venda privada, haverá necessidade de recurso ao judiciário. Esse termo da equação não se altera com o emprego do *smart contract*.

5.8. A contribuição do *smart contract* para as relações não digitais: agentes heterônomos

E no que a experiência dos *smart contracts*, com seu autocumprimento, pode servir de inspiração para o mundo "não digital", para as relações estabelecidas mediante convenções tradicionais, no que tange ao emprego da autotutela ou de outros mecanismos viabilizadores do adequado cumprimento das obrigações pactuadas?

Talvez a melhor contribuição daí extraível seja precisamente a ideia da intermediação na aplicação das medidas de cumprimento ou autotutela, ou seja, a inclusão de outro sujeito, alheio à relação entre as partes, para averiguar o cumprimento de condições, arbitrar o complemento de elementos negociais – e assim por diante. Esse papel, no *smart contract*, é desempenhado pela rede de *blockchain* e pelos oráculos, que viabilizam essa neutralidade do mecanismo de aferição das condições e integração e cumprimento das obrigações. Na falta de tal tecnologia, outros sujeitos devem ser chamados para desempenhar esse papel heterônomo.

É preciso atentar para a imensa gama de personagens que podem contribuir de modo eficaz para o normal adimplemento da obrigação ou para a solução ou

[71] Sobre o pacto marciano como uma alternativa ao leilão extrajudicial do alienado fiduciariamente, ver GRIGOLIN, Rodrigo. *Uma alternativa ao leilão extrajudicial de bem imóvel na alienação fiduciária*. Cit., *passim*.

prevenção do conflito, atuando como não parte. Esse papel, no campo das soluções extrajudiciais, não se resume à figura do árbitro. O árbitro atua como Juiz de fato e de direito e adjudica a solução global e definitiva do litígio já posto. Mas diversos outros sujeitos e órgãos podem atuar heteronomamente, averiguando questões específicas de fato e (ou) promovendo soluções provisórias: arbitradores, fiscais de contrato, peritos contratuais, agentes fiduciários, *dispute boards*. Esses e outros agentes, concebíveis pelas partes no exercício de sua liberdade negocial, podem funcionar como reguladores pontuais da relação – conferindo assim maior amplitude ou legitimidade a medidas de cumprimento e remédios que sob outra perspectiva não seriam aceitos como providências unilaterais e sujeitas ao exclusivo arbítrio de uma das partes.

6. A prevalência prática do *solve et repete*

O *solve et repete* surgiu como cláusula negocial destinada a excluir a incidência da *exceptio non adimpleti contractus*, estabelecendo o regime oposto: cada parte deve cumprir integralmente suas obrigações, sem poder se eximir de fazê-lo, invocando o inadimplemento da parte contrária. Na prática, a extensão da cláusula foi sendo ampliada para prever não apenas o veto ao emprego da exceção de contrato não cumprido, mas também o de outras exceções materiais e objeções que normalmente poderiam ser invocadas (compensação, retenção, vício de vontade, já ter havido pagamento etc.). Cabe à parte primeiro cumprir e depois, se for indevida a prestação cumprida, discutir a inexistência ou inexigibilidade da obrigação que cumpriu e pleitear sua repetição.[72]

Embora concebido como uma regra material, para pautar a conduta da parte no momento de cumprir a obrigação, o *solve et repete* tem evidente dimensão processual. Ele implica a proibição a que a parte promova ação declaratória de inexistência ou inexigibilidade da obrigação (*pactum de não petendo*) ou mesmo que a parte argua em contestação àquelas defesas (pacto de não contestar), enquanto não cumprir a obrigação que lhe foi atribuída.

O efeito prático do autocumprimento inexorável no *smart contract* tende a ser equiparável ao *solve et repete*: a obrigação será antes – e de qualquer modo – cumprida. Se a parte a reputava por qualquer razão indevida, terá de ir pedir depois tutela jurisdicional de restituição ou ressarcimento. Então, nas disputas jurisdicionais sobre *smart contracts* normalmente haverá essa inversão das posições processuais em relação às materiais: o devedor, reclamando do autocumprimento indevido, como autor; o credor como réu.[73]

---

[72] Para um exame completo da figura, veja-se MIRAGLIA, Caterina. Solve et repete. In: *Enciclopedia del diritto*. v. XLII. Milão: Giuffré, 1990, p. 1255-1271.

[73] COSTA, Mariana Fontes da. *Decentralized smart contracts*: entre a autotutela preventiva e a heterotutela reconstitutiva. Cit., p. 492.

A diferença está em que a parte não se obriga, em termos jurídicos, a não ir ao judiciário impedir o autocumprimento. A parte até pode ir desde logo ao judiciário. Mas ela simplesmente não conseguirá um resultado eficiente de tutela específica, preventiva ou simultânea, que impeça o próprio autocumprimento. Já por isso, não caberia aqui qualquer discussão ou censura à incidência do *solve et repete*: no caso, ele advém das circunstâncias fáticas do autocumprimento e não de uma convenção das partes.

Mas mesmo que se pretendesse dizer que quem celebra o *smart contract* está necessariamente pactuando também, ainda que de modo indireto ou implícito, a cláusula *solve et repete*, ainda assim não se poderia imputar nenhuma ilegitimidade a tal suposta convenção implícita. O *solve et repete* constitui pactuação válida no plano material. No plano processual, a única objeção plausível cinge-se à proibição de não contestar[74] – a qual é impertinente para o caso em exame. A dimensão pertinente para o caso – inviabilidade prática de uma ação preventiva do devedor – não é censurável. Quando menos desde o CPC de 2015, com a previsão ampla de negócios processuais atípicos, tem-se admitido com largueza o *pactum de non petendo*.[75] Se ele pode ser direta e explicitamente celebrado, nenhuma objeção poderia ser oposta à sua constituição indireta (que, de resto, nem mesmo é o que ocorre).

7. A tutela jurisdicional e os *smart contracts*

Como destacado em passagens anteriores (esp. item 3.2.3.), há diversos motivos por que, a despeito do caráter autoexecutório dos *smart contracts*, pode ser necessária a intervenção jurisdicional. O tema comporta uma série de questões que, se não são propriamente novas, ganham nova cor ou precisam considerar novos ingredientes.

A tutela jurisdicional relativa aos *smart contracts* operará fundamentalmente em duas frentes: a do desfazimento ou reparação do resultado indevidamente produzido pelo autocumprimento (por ser ele inválido ou não corresponder à avença efetivamente estabelecida entre as partes) e a do cumprimento das prestações, quando o autocumprimento houver por qualquer razão falhado ou houver a necessidade de execução de prestações complementares ou subsequentes àquelas que foram autocumpridas.[76]

---

[74] Na dimensão em que reduz as defesas possíveis, o *solve et repete* sofreu severas críticas, por impor a supressão do próprio direito defesa: a arguição subsequente das matérias em outro processo esbarraria na coisa jugada da sentença de procedência da primeira ação, em vista da eficácia preclusiva da coisa julgada; o fato de as partes terem convencionado essa postergação da discussão das matérias seria irrelevante, pois as hipóteses de condenação com reserva de exceções devem ser definidas em lei e não convencionalmente (nesse sentido, LIEBMAN, Enrico T. Contro il pacto solve et repete nei contratti. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 93-95; BETTI, Emilio. *Autotutela*. Cit., p. 534-535). Mas tal crítica – ela mesma passível de contra-argumentos cuja apresentação não cabe aqui – não se estende às demais dimensões do *solve et repete*.

[75] Ver, por todos, CABRAL, Antonio. Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 78, out./dez. 2020, p. 19-44.

[76] Outra dimensão muito interessante da relação entre jurisdição e *smart contracts* está no uso da tecnologia dos *blockchains* para automatizar medidas executivas, eventualmente de modo integrado com os próprios *smart conctracts*. É o *smart enforcement* – o que renderia todo um outro ensaio. Sobre o tema, v. BLANC,

7.1. Jurisdição estatal ou arbitral

A tutela jurisdicional das partes do *smart contract* pode desenvolver-se no âmbito estatal ou arbitral. É possível que o contrato contenha cláusula arbitral ou que as partes celebrem compromisso arbitral em separado.

A cláusula arbitral poderá estar prevista na avença convencional paralela ao ajuste em código computacional – e nesse caso não haverá maior dificuldades no reconhecimento de sua eficácia e validade, se o pacto em linguagem tradicional estiver reduzido a instrumento escrito ou documento digital (Lei nº 9.307/1996, art. 4º, § 1º). Ainda que não conste do instrumento ou de um anexo a ele, a sua simples previsão em algum outro documento ou correspondência (inclusive e-mails, mensagens por aplicativos etc.), conforme o art. II, n. 2, da Convenção de Nova York para homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

Mais complexa será a questão quando houver apenas uma enunciação de "termos gerais de serviço" ou de "condições gerais do contrato" disponibilizada em *site* da *internet*, da qual conste a previsão de arbitragem para os litígios decorrentes daquele *smart contract*. Nessa hipótese, sob a égide do direito brasileiro, poderá surgir discussão sobre a eficácia vinculativa de tal cláusula arbitral para o "aderente", se ela não tiver sido prevista em destacado e não tiver sido objeto de assentimento específico, nos termos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307. Não será possível afirmar de plano a ineficácia da cláusula. Vários fatores precisarão ser considerados. Entre eles: (i) a circunstância de que, no mais das vezes, os termos gerais não foram fixados por nenhuma das partes contratantes: ambas aderiram e nenhuma delas impôs aquelas condições à outra; (ii) possíveis atos e condutas das partes confirmatórios da disposição de usar a arbitragem; (iii) a (in)existência de vulnerabilidade das partes e de assimetria de posições; (iv) a eventual circunstância de que a arbitragem é o método costumeiramente usado naquele setor econômico ou ramo de negócio e de que as partes estão plenamente inseridas naquele setor.

De resto, até mesmo já existem mecanismos específicos de solução de disputas que se valem da tecnologia e de sistemas baseados em *blockchain*. Jeremy Sklaroff descreve mecanismos que possibilitam a resolução de disputas de modo simplificado. Cita o exemplo do OpenBazaar, um mercado ponto a ponto semelhante ao eBay, que conta com moderadores para julgar disputas. Os compradores podem incluir um moderador em uma transação, que poderá ser revertida se ele acolher a reclamação formulada. O próprio criador do *Ethereum*, Vitalik Buterin, chegou a sugerir a instituição, na plataforma, de um sistema judicial descentralizado para julgar disputas em troca de uma taxa.[77] Miren B. Aparicio Bijuesca aponta também

Florentin; FAURE, Michael Faure. Smart enforcement: Theory and Practice. *European Journal of Law Reform*. Haia, v. 4, 2018, *passim*.

[77] SKLAROFF, Jeremy. Smart contracts and the cost of inflexibility. *University of Pennsylvania Law Review*. Filadélfia, v. 166, 2017, p. 300-301. O autor, porém, não se revela otimista quanto a essas soluções serem aptas a cumprirem o papel de dar segurança e previsibilidade (com consequente redução de custos) aos *smart contracts* (p. 302-302).

a existência de várias modalidades de mecanismos alternativos de resolução de disputas internas às plataformas de *smart contracts*, incluindo soluções que vão desde as existentes nos *Aragon* e *Ricardian Contracts* (consistentes em um grupo de juízes privados ou árbitros, que agem de forma semianônima) até propostas mais anônimas de modalidades de resolução de disputas baseadas em mecanismos jurisdicionais distribuídos, com possibilidade de os usuários optarem pela submissão a esse meio de resolução, ao celebrar o contrato.[78] Outro exemplo de plataforma de solução de controvérsias baseada na tecnologia *blockchain* é a Kleros, um sistema *online* de resolução de disputas descentralizado. A plataforma *Kleros* vale-se ela própria de *smart contracts* e conta com a atuação de jurados ("árbitros") anônimos, que atuam por incentivo econômico (com recurso a *tokens* emitidos pela própria plataforma) para a solução de conflitos.[79]

Tais mecanismos são colocados sob a denominação comum de *Online Dispute Resolution* – ODRs ou mecanismos *online* de solução de controvérsias.

Muitos desses mecanismos não consistirão propriamente em arbitragem (nos termos da Lei nº 9.307 ou conforme os parâmetros da Convenção de Nova York e de outros tratados internacionais). Terão muitas vezes natureza mais próxima de arbitragens "não rituais", atípicas (cuja decisão final vinculará com a força obrigatória de contrato) ou de mecanismos de arbitramento de questões fáticas ou técnicas (também com valor e eficácia contratual).

Cabe dar mais atenção a esses mecanismos heterônomos atípicos de solução e prevenção de conflitos – seja para lhes conferir o adequado tratamento jurídico, seja para utilizá-los com mais frequência e eficiência (como destacado no item 5.8., acima). Por não se identificarem com a arbitragem típica, tendo mero valor de contrato, o resultado da atuação desses mecanismos é ainda revisável na via jurisdicional (arbitral propriamente dita ou estatal), nos limites em que é controlável jurisdicionalmente um contrato.

7.2. Tutela restituitória ou reparatória (desfazimento ou ressarcimento do cumprimento indevido)

Como já destacado, o automatismo e inexorabilidade do cumprimento do *smart contract* tende a inviabilizar qualquer providência jurisdicional preventiva. Assim, e ainda que se constate, mesmo antes de aperfeiçoado o autocumprimento, que as prestações ali programadas são indevidas (por não corresponderem à efetiva avença entre as partes; por serem nulas etc.), apenas caberá, na medida do possível,

[78] BIJUESCA, Miren B. Aparicio. The challenges associated with smart contracts: formation, modification, and enforcement. In: *Smart contracts*: Is the Law Ready? (Org. Smart Contracts Alliance). Washington: Chamber of Digital Commerce, 2018, p. 32, nota 85.

[79] Confira-se BERGOLLA, Luis; SEIF, Karen; EKEN, Can. A Socio-Legal Case Study Of Decentralized Justice & Blockchain Arbitration (July 30, 2021). BERGOLLA, Luis; SEIF, Karen; EKEN, Can. *Kleros*: A Socio-Legal Case Study of Decentralized Justice & Blockchain Arbitration. 37 Ohio St. J. on Disp. Resol. 1 (forthcoming October 2021). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3918485_code2449960.pdf?abstractid=3918485&mirid=1, acesso em: 22.9.2021.

desfazer depois o indevido resultado gerado (tutela restituitória). Na impossibilidade dessa restituição, restará a tutela ressarcitória (indenização por perdas e danos) – observados os limites adiante destacados (item 7.5.).

A restituição ou reparação poderá ser feita mediante os mecanismos convencionais de tutela jurisdicional – produzindo-se no mundo físico resultado que propicie o retorno ao *status quo ante* ou o ressarcimento. Nesse caso, os limites adiante indicados tendem a incidir com maior intensidade.

Bem por isso, cabe indagar se não seria possível a produção de um resultado restituitório ou ressarcitório em forma específica mediante o emprego dos mesmos meios tecnológicos do *blockchain*. Nessa linha, é interessante a sugestão de Mariana Fontes da Costa: "no limite sempre se poderá pensar num mecanismo próximo da execução específica em sede de contrato-promessa, nos termos do qual o tribunal se substitui ao contraente faltoso, ficcionando uma nova transação digital que reconstitua a situação na *blockchain* nos exatos termos em que a mesma foi reconstituída judicialmente".[80] Na medida em que tecnicamente possível, direta restituição ou reparação na via digital tende a ser mais eficiente e simples, superando alguns dos limites à tutela jurisdicional executada nos moldes tradicionais.

7.3. Há espaço para tutela específica *ex ante*?

Em princípio, não há norma jurídica proibitiva da interrupção do autocumprimento do *smart contract*. Trata-se um limite fático à atuação jurisdicional. A relevância dessa constatação está em que, surgindo tecnologia possível, pode-se cogitar da interrupção jurisdicional do autocumprimento juridicamente indevido ou na produção de um resultado equivalente a tanto.

Assim, cumpre dar um passo adiante em relação à cogitação feita no final do tópico anterior, para aqui cogitar de uma tutela específica preventiva ou simultânea, que iniba o próprio autocumprimento indevido ou o corrija. Jorge Feliu Rey parece otimista quanto a esse ponto, ao afirmar que "atualmente, existem soluções tanto para paralisar o automatismo na execução como para efetuar possíveis modificações no código que permitam corrigir erros ou limitar o automatismo. Em primeiro lugar, como não é possível, de forma geral, paralisar a execução ou modificar um código ativado, o que se faz na prática é a inclusão de um código adicional com poder de provocar a inabilitação ou desativação do contrato, chamado código autodestrutivo ou suicida."[81] E o privatista espanhol vai além, com amparo na lição de Pierluigi Cuccuru: "Além disso, soluções estruturais podem atenuar o traço definitivo dos *distributed ledgers*. Desse modo, mesclam-se modelos alternativos como os sistemas híbridos ou as plataformas de *blockchain* privadas, modelos que permitem identificar usuários ou nós qualificados que mitigarão os efeitos específicos dos sistemas próprios dos sistemas

[80] *Decentralized smart contracts*: entre a autotutela preventiva e a heterotutela reconstitutiva. Cit., p. 493 (ideia reiterada na p. 495).
[81] *Smart contract*: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. Cit., p. 115.

descentralizados, corrigindo erros ou permitindo a reversibilidade da operação".[82] Por fim, Feliu Rey considera até mesmo a hipótese, que até aqui nos parece remota (além de discutível), de que "a autoridade judicial pudesse se converter em um Oráculo, de maneira que, durante a vigência do *smart contract* aquele tivesse que acudir ao citado Oráculo para que lhe informasse se deve ou não cumprir o negócio ou modificar seu conteúdo, embora, na última hipótese, a autorização ou a possibilidade de que se possa intervir no código implicará a perda das funções que lhes são próprias.[83]

Os riscos e inconvenientes dessas providências não são poucos. A situação é dilemática, paradoxal, para os *blockcheins*, como nota Mariana Fontes da Costa: "facilitando a alteração dos registros de dados constantes da rede, de modo a permitir o ajustamento dos mesmos às novas realidades geradas pelas decisões judiciais em matéria de *smart contracts*, põe em causa uma das características que a torna verdadeiramente inovadora e apelativa aos olhos do tráfego negocial; mantendo a dificuldade (quase impossibilidade) de alteração dos seus registos, boicota as suas aspirações de vir no futuro a tornar-se um registo global e fiável de transações e titularidades de valores".[84] Depois de fazer semelhante advertência,[85] Cuccuru pondera que o sucesso e a disseminação comercial da tecnologia de *blockchain* e da difusão de serviços de *blockchain* dependeriam de um equilíbrio sustentável entre eficiência, por um lado, e regulabilidade, por outro.[86]

7.4. A tutela do credor

As partes celebram *smart contracts* visando a obter seus efeitos autoexecutórios e, assim, não dependerem do cumprimento de prestações de conduta da contraparte nem da execução judicial em caso de inadimplemento. Mas os *smart contracts* também são avenças jurídicas, aptas a gerarem prestações de condutas e passíveis, se for o caso, de tutela jurisdicional para o seu cumprimento.[87]

---

[82] REY, Feliu. *Smart contract*: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. Cit., p. 115. Quanto ao ensaio de Cuccuru (Beyond bitcoin: an early overview on smart contracts. *International Journal of Law and Information Technology*, Oxford, v. 25, 2017), v. esp. p. 191-192. Cuccuru nota já haver uma tendência de redução da descentralização dos *blockchains*, com a adoção de modelos híbridos: "*To overcome the criticisms deriving from the impermeability of blockchain relationships, software developers and market actors are indeed currently trialling prototypes of hybrid blockchains – usually called 'permissioned' or private blockchains – whereas Bitcoin's fully decentralized model is progressively losing its appeal.*" (p. 192)

[83] *Smart contract*: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. Cit., p. 116.

[84] *Decentralized smart contracts*: entre a autotutela preventiva e a heterotutela reconstitutiva. Cit., p. 492-493.

[85] "*In a nutshell, efficiency and decentralization should not result in a kind of 'oppression by code' hindering any legitimate review or correction of the instructions programmed in the blockchain. At the same time, however, opening the doors to external control downplays the advantages decentralized ledgers can offer*" (*Beyond bitcoin: an early overview on smart contracts*. Cit., p. 192).

[86] *Beyond bitcoin*: an early overview on smart contracts. Cit., p. 192.

[87] Werbach e Cornell valem-se de metáfora bem-humorada para ilustrar esse ponto. Algo como: eu não compro um automóvel com escopo de usá-los para fugir de zumbis do apocalipse; no entanto, se houvesse uma invasão zumbi e meu carro estivesse disponível, eu preferiria fugir com ele, e não a pé (*Contracts*: Ex Machina. Cit., p. 10-11).

A tutela do cumprimento pode ser necessária quando, por qualquer falha de programação, frustrar-se o autocumprimento ou porque estão envolvidas prestações decorrentes ou complementares.

7.4.1. Possível força executiva

O *smart contract* pode ter sua avença em linguagem tradicional já instrumentalizada em documento escrito físico ou digital que constitua título executivo extrajudicial (CPC, art. 784, esp. inc. II e III). Na hipótese de documento digital, o STJ inclusive já reputou bastarem as assinaturas digitais das partes, sendo dispensadas as testemunhas, na hipótese do art. 784, II – a despeito da letra expressa da lei.[88]

Havendo título executivo extrajudicial, a ação executiva será diretamente promovida perante o poder judiciário, mesmo que exista convenção arbitral.[89]

7.4.2. Provas, em processo de conhecimento comum ou monitório

Não havendo título executivo extrajudicial, será preciso obter-se decisão condenatória (título executivo judicial), em processo de conhecimento, perante tribunal arbitral ou o judiciário, conforme haja ou não convenção arbitral.

Nesse caso, assumirá especial relevância o material probatório apto a demonstrar o sentido e alcance das obrigações pactuadas. Existindo avença escrita em linguagem tradicional, em via física ou digital, essa servirá de prova. Mas também terão valor probatório outros documentos que direta ou indiretamente delineiem o ajuste feito entre as partes (e-mails, cartas, anotações...), bem como será cabível o emprego de prova oral (testemunhas e depoimentos das partes). Eventualmente, os termos do *smart contract* foram retratados em "condições gerais", "termos de serviço" ou ato semelhante, divulgado na plataforma de *blockchain* ou coisa que o valha. Nesse caso, esse ato poderá inclusive ser reduzido a termo, em uma ata notarial (CPC, art. 384) ou verificado diretamente pelo Juiz, em diligência equiparável à inspeção judicial (CPC, arts. 481-484).

Pode surgir a necessidade de se comprovar o sentido e alcance da avença estabelecida em código computacional. Nesse caso, haverá a necessidade de contar com o concurso de um perito, com expertise técnica na matéria.[90] Como observa Estévez Rincón, a perícia se destinará à tradução em linguagem "humana" de toda a prova que pretende se apresentar em código. Tal tradução é relevante apenas para fins de compreensão por parte dos sujeitos do processo, pois o código computacional, em si, já tem valor documental probatório.[91]

---

[88] STJ. *REsp 1.495.920*. 3ª T., v.m., Rel. Min. Paulo Sanseverino, j. 15.05.2018, DJe 07.06.2018.
[89] STJ. *REsp 944.917*. 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.09.2008, DJe 03.10.2008.
[90] Em alguns ordenamentos, já há disciplina específica estabelecendo algumas presunções legais relativamente aos fatos e registros extraídos por um aplicativo válido de *blockchain*, tais como conteúdo, autoria e data. É o caso do Estado de Vermont, nos EUA (DE CARIA, Riccardo. The Legal Meaning of Smart Contracts. *European Review of Private Law*. Alphen, v. 6, 2019, p. 738 e 749).
[91] RICÓN, Carlos Estévez. *Smart contracts y su aplicación al derecho mercantil*. Cit., p. 41.

Essa prova normalmente será utilizada em processo comum de conhecimento. Se o material probatório estiver suficientemente contido em prova pré-constituída escrita (documentos físicos ou digitais, atas notariais, perícias antecipadamente realizadas etc.) é possível pleitear-se ação monitória, na qual, se os documentos demonstrarem a forte plausibilidade dos fatos constitutivos da obrigação, o Juiz deverá conceder uma ordem liminar de cumprimento (que poderá, todavia, ser neutralizada por embargos – CPC, arts. 700 a 702).

7.5. Limites jurídicos e práticos da jurisdição

A tutela jurisdicional dos *smart contracts* pode enfrentar limites práticos e jurídicos. São dificuldades ou parâmetros que podem igualmente surgir em outras tantas modalidades de litígio, mas que nessa específica hipótese tendem a exacerbar-se.

O primeiro deles diz respeito aos limites de jurisdição nacional (CPC, arts. 21 a 25). Surgindo a necessidade de atingir patrimônio situado fora do país ou de diretamente ordenar providências (com a eventual cominação de medidas coercitivas) a administradores de *nodes* de validação situados no exterior, haverá a necessidade de atos de cooperação de outras jurisdições (CPC, arts. 26 e 27). Eventualmente, algo dessa limitação é superável se e quando a jurisdição brasileira conseguir diretamente adotar providências no sentido de inserir na rede códigos adicionais que ficcionem novas transações com efeito restituitório da anterior ou aptos a neutralizar operações em curso etc. A virtualidade das relações digitais e de seus efeitos tem essa vantagem: eles estão em todo lugar – e todos os Estados, portanto, são competentes. A atuação jurisdicional feita nesses termos não é ofensiva à soberania de outras jurisdições.[92] Outro modo de superar os limites da jurisdição internacional consiste em – em vez de se voltar diretamente contra a empresa sediada no exterior, para que ela diretamente adote a providência devida – empregar ordens e medidas coercitivas contra agentes ou representantes seus, situados em território nacional.[93]

Outra dificuldade significativa pode residir na identificação da parte adversária na ação. No caso *The DAO*, por exemplo, os *hackers* que promoveram o desvio fraudulento permaneceram anônimos. José Carlos Lopes Pereira nota que:

> [e]sta exigência de identificar as partes apresenta uma contradição. Pois, normalmente, o anonimato caracteriza as transações realizadas numa *Blockchain*, onde se incluem os *Smart Legal Contracts*. (...) Na *Blockchain*, por exemplo, o processo técnico de gestão de informação é baseado numa série de etapas e em que

[92] YARSHELL, Flávio Luiz; GOMES, Adriano Camargo. Internet e limites da jurisdição: uma breve análise à luz do direito processual civil. In: *Direito, processo e tecnologia* (Coord. Erik Wolkart e outros). São Paulo: RT. p. 44-45.

[93] TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. In: *Processo penal* (Coord. A. Cabral, E. Pacelli e R. Cruz). Salvador: JusPodivm, 2016. p. 382; YARSHEL; GOMES. Internet e limites (...). Cit., p. 47; LAUX, Francisco de Mesquista. *Redes sociais e limites da jurisdição*. São Paulo: RT, 2021. p. 308-309.

> a identificação e a verificação da identidade são separadas em camadas. Por isso, não temos uma administração responsável pela totalidade do sistema, mas sim um *node* de validação que verifica se o nosso identificador, numa transação, é válido ou não. Embora não exista um acesso direto à identidade daquelas e não se possa alterar ou excluir o nosso identificador digital, num *Smart Legal Contract* os *nodes* têm acesso a ele, de modo a prosseguir com a validação do contrato. (...) Tendo em conta a questão da privacidade, coloca-se a questão, na perspectiva de uma rede *Blockchain*, de como é que será possível fornecer informações pessoais das partes de um *Smart Legal Contract* a um tribunal, por exemplo, se elas se encontram encriptadas e só poderão ser reveladas através da posse da chave privada.

O próprio Lopes Pereira apresenta resposta satisfatória à questão: "perante este cenário, a parte contraente que quer propor uma ação em tribunal deveria ter a possibilidade de indicar o número digital que identifica a outra parte contraente e de requerer, ao mesmo tempo, que o responsável pela plataforma onde o contrato está armazenado fornecesse pelo menos a morada daquela, de forma a ser citada e a comparecer ao tribunal com a sua chave privada, fornecendo voluntariamente as restantes informações pessoais". Evidentemente, a necessidade de expedição de ordem dirigida ao administrador da plataforma para que identifique a outra parte pode enfrentar as limitações internacionais de jurisdição, acima indicadas.

Essas questões e dificuldades podem ter como efeito o incentivo do recurso aos métodos *online* de resolução de controvérsias, como os *ODRs – Online Dispute Resolution*, já referidos acima. No Reino Unido, chegou-se a propor regras de resolução digital de disputas, editadas pela *UK Jurisdiction Task Force*. Tais regras buscam adaptar a resolução de disputas ao contexto de conflitos digitais envolvendo *smart contracts*. Entre essas regras, evidencia-se a definição de procedimento para assegurar rapidez na solução a ser fornecida, a possibilidade de os árbitros implementarem as soluções (decisões) diretamente na rede de *blockchain* (*on-chain*) usando mecanismo criptográfico de chaves privadas e a possibilidade de anonimidade das partes em disputa.[94]

8. Conclusão

O modelo de autocumprimento dos *smart contracts* é em princípio legítimo, na medida em que se embasa em solução preestabelecida conjuntamente pelas partes e não atribui a uma delas o poder de agir de modo arbitrário e unilateral. A tecnologia cumpre o papel de um terceiro imparcial. Tal modelo não se reveste das

[94] Disponível em: https://35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2021/04/Lawtech_DDRR_Final.pdf, acesso em: 21.9.2021.

características que fazem da autotutela algo apenas excepcionalmente aceito e ele pode servir de inspiração para mecanismos semelhantes em outros âmbitos.

A circunstância de ser vertido em código computacional e em princípio não ser possível interromper seus comandos não torna o *smart contract* alheio ao Direito. Caberá seu controle jurisdicional (estatal ou arbitral). A tutela jurisdicional desempenhada será essencialmente restituitória ou ressarcitória, por conta da inexorabilidade do autocumprimento: incidirá o *solve et repete*, que no contexto dos *smart contracts* não será ilegítimo.

Não se pode descartar a necessidade de tutela jurisdicional para o cumprimento de prestações previstas no *smart contract* – seja porque nem todas elas eram aptas à direta e automática implementação, seja por *bug* do código computacional ou falha na alimentação dos dados externos. Nesse caso, caberá verificar o material probatório disponível – e mostra-se relevante a documentação ou instrumentalização do contrato em linguagem tradicional (não apenas computacional), escrita ou não.

São concebíveis, desde logo ou em futuro próximo, soluções que poderiam atenuar a inexorabilidade do autocumprimento do *smart contract* e possibilitar alguma tutela jurisdicional simultânea ou preventiva. A questão está em superar o dilema sobre como ampliar a controlabilidade sem retirar o dinamismo e eficiência dos *smart contracts*. O exato papel que os *smart contracts* irão assumir passa pela definição dessa questão.

Em qualquer caso, pode-se concluir, com Werbach e Cornell, que os *smart contracts* podem evitar a ida ao tribunal, mas não têm como substituí-los.[95]

[95] *Contracts*: Ex Machina. Cit., p. 20.

Teoria Geral dos Contratos

BREVES NOTAS SÔBRE A RELATIVIDADE DO CONTRATO

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

Encerrou-se, em agôsto de 1914, a *belle époque*, a Era Vitoriana, o "apogeu", como disse KEINES, "do mundo liberal e capitalista". A Europa perdeu, desde então, como disse LAVISSE, a faculdade de dirigir a História, que herdara, há três mil anos, da Ásia. Tudo isto começou depois da I Guerra Mundial, quando grave crise econômica e financeira alastrou-se pelo mundo; o subemprêgo generalizou-se, as moedas desvalorizaram-se e o mundo foi ameaçado pela fome e pelo desemprêgo. SPENGLER vaticinou, naquela época, a *Decadência do Ocidente*, no qual foi acompanhado por VALÉRY.

Mas, quando tudo parecia crer que tal ameaça havia desaparecido, eis que estoura o *krach* financeiro da Bôlsa de New York, na fatídica *quinta-feira negra* de 24 de outubro de 1929, e, com êle, a *Grande Depressão* levando, na Europa, a falência de bancos e de emprêsas industriais, enquanto nos países subdesenvolvidos dêste Continente, a de fazendeiros. O Estado intervém então na ordem econômica, limitando a liberdade contratual e a fôrça obrigatória do contrato, até então reputado lei entre as partes. As cláusulas dos contratos já não são mais livremente estabelecidas pelas partes, intervindo o poder público no reino contratual em favor dos fracos, principalmente no campo do contrato de trabalho. Mas, não é só, pois tornam-se anuláveis os contratos lesivos; impõem-se condições e cláusulas no contrato de seguros; modificam-se as condições de pagamento em moeda estrangeira etc. Em face de tudo isto SOROKIN (*"The Crisis of Our Age"*, 1941) disse estar sepultada a "sociedade contratual", criada pelo liberalismo econômico e pelo individualismo jurídico.

Essa nova orientação jurídica foi precedida por ataques de juristas afamados à liberdade contratual, como, por exemplo, DUGUIT, que, em 1911, tratando das transformações do direito privado (*"Les transformations générales du droit privé depuis le Code de Napoleón*), em conferências realizadas na Faculdade

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 03 (1ª Fase), set./dez. 1967, p. 17-21.

de Direito de Buenos Aires, criticou a teoria da autonomia da vontade por não considerar o *sujeito de direito* um "sujeito de vontade", mas um sujeito com função social a realizar. RIPERT, em 1927, ao tratar do fundamento moral das obrigações (" *La régle morale dans les obligations civiles*"), lembra que a lei moral proíbe ao homem servir-se dos direitos para causar a outrem ruínas superiores às vantagens que recebe. Só sôbre o fundamento da obrigação moral — diria RIPERT mais tarde, em 1936, em seu trabalho "*Le régime démocratique et le droit civil moderne*", fica a obrigação civil inatacável. Quando uma das partes — continua RIPERT — é obrigada a contratar "por uma imposição moral ou econômica, o seu consentimento não é livre", não devendo ser visto, conseqüentemente, nessa vontade, o "ato criador da obrigação". Outros ampliaram a noção de imprevisibilidade, base da fôrça-maior e do caso fortuito, para justificar a revisão judicial do contrato, admitindo que o contrato, fruto da vontade real das partes, não pode permanecer intocável quando se modificam, de forma imprevisível, as circunstâncias predominantes da época de sua formação, levadas sempre em conta pelas partes ao manifestarem suas vontades.

Tais idéias não eram inteiramente novas, pois, na Idade Média admitia-se o recurso à cláusula *rebus sic stantibus* — "*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*" (deve admitir-se a resolubilidade dos contratos a longo têrmo, pela sucessiva modificação do estado de fato no qual foram concluídos). Em nossa época, alguns juristas desenterram-na, dando-lhe roupagem nova. Foi ampliada, de modo a atender às crises sucessivas que atacaram o Ocidente depois da I Guerra Mundial.

Com ela, e com outras idéias, a revisão judicial dos contratos, dia a dia, foi ganhando corpo.

Qual o seu fundamento? Como explicá-la?

Alguns juristas, dentre os quais COGLIOLO ("*Scritti di Diritto Privato*"), explicam-na através da *teoria da vontade* dos pandectistas, isto é, da teoria das pressuposições (*Voraussetzungslehre*) de WINDSHEID, que vincula a sorte da manifestação de vontade à permanência de certos pressupostos. Se os "pressupostos" — escreve FRANCISCO CAMPOS ("Direito Civil"), que determinaram as partes a se obrigarem deixarem de existir, manter de pé o contrato seria mantê-lo contra a "intenção e a fé em que êle foi ajustado e concluído". Mantê-lo de pé nessas circunstâncias seria manter, como pensa GIOVENE (*Sul fundamento specifico del "instituto della soppravvenienza"*), de pé uma vontade viciada por êrro em relação a um evento imprevisível e posterior à declaração, que, se conhecido, faria com que a vontade tivesse outro conteúdo. Mantê-lo intato seria, no dizer de

WENDT, desrespeitar a boa-fé, ferindo gravemente a equivalência objetiva das prestações, que, como nota VOIRIM, é a espinha dorsal dos contratos. Fazê-lo perdurar nesses casos, por respeito à palavra dada, é injusto, ferindo, como nota FRANCISCO CAMPOS, a idéia de justiça, "não a idéia abstrata de justiça, senão a que resulta da interpretação do contrato como instrumento econômico destinado a satisfazer interêsse recíproco das partes". Impô-lo, adverte BONNECASE (*"Traité de Droit Civil"* de BAUDRY — LACANTINERIE), é contra a eqüidade, que não permite o locupletamento injusto, ou então, como diz RIPERT, contra a regra moral, que proíbe o credor de se "enriquecer injustamente à custa do seu devedor".

Todos êsses fundamentos são defensáveis, porquanto todos visam a um único resultado: o restabelecimento da equivalência objetiva das prestações, por não ser justo o enriquecimento anormal do credor, em virtude da modificação inesperada da situação, em base da qual foi assumido o compromisso, com o cumprimento da obrigação, na forma pactuada, pelo devedor, que, se a cumprir, terá graves e injustos prejuízos.

Admitida, por um dêsses fundamentos, quando deve ser permitida a revisão judicial dos contratos? Quando, diz ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA ("Caso fortuito e teoria da imprevisão"), ocorrer um fato imprevisível provocador de um prejuízo anormal para o devedor e de um lucro excessivo para o credor, ou, então, como ensina FRANCISCO CAMPOS, quando ocorrerem as seguintes condições: um acontecimento que, determinando a mudança das circunstâncias, deve ser imprevisto e imprevisível pelas partes; êsse acontecimento deve ser anormal, extraordinário, da ordem daqueles que entram na definição de fôrça-maior; deve produzir, não qualquer mudança, ainda que imprevista, mas uma mudança tal que determina uma tal agravação da prestação, que, se prevista, teria levado os contraentes a não concluírem o contrato. Finalmente, é necessário que o acontecimento que torne a execução difícil ou onerosa seja estranho à vontade do devedor.

ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, também, de certa forma, com FRANCISCO CAMPOS e outros, admite tais condições: modificação radical da situação existente ao tempo da formação do contrato; onerosidade excessiva para o devedor, não compensado por outras vantagens auferidas anteriormente, enriquecimento inesperado e injusto para o credor.

Prevê a revisão judicial dos contratos nosso sistema jurídico?

Não tivemos, fora o dec. n. 19.573, de 1931, até hoje, regra que a prescreva. É verdade que o *anteprojeto de Cód. de Obrigações* de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA a contempla, porém, por enquanto, a jurisprudência é que tem avançado nesse terreno, como por exemplo, com a decisão, reformada pela Côrte de Apelação, de

NELSON HUNGRIA, ao tempo em que era ainda juiz, em 1930, lembrada por ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, que decretou a rescisão de um contrato pela excessiva onerosidade, imprevisível, para a execução da prestação por uma parte. Depois, segundo ARTUR ROCHA ("Da intervenção do Estado, nos contratos concluídos"), tivemos, em 1931, sentença de GUILHERME ESTELITA, *da qual* não houve recurso. O Supremo Tribunal Federal, chamado a decidir, em 1935 e em 1938, considerou compatível com o nosso direito a cláusula *rebus sic stantibus*. Depois, em 1946 ("D. J." de 4-4-1946), em 1948 ("D. J." de 25-3-1950) e em 1952 ("D. J." de 19-5-1952), considerou, em casos excepcionais, ser justificada a aplicação da teoria da imprevisão. Já se decidiu que "não se contesta a possibilidade de invocação da velha cláusula *rebus sic stantibus* e da moderna teoria da imprevisão, como subsídio na interpretação dos contratos" ("Revista Forense", vol. 144, página 383), ou, ainda, o "juiz não pode assistir de braços cruzados alguns contratantes condenados à ruína e à perda total de todos os seus sacrifícios, por uma aplicação rígida dos contratos" (sentença do Dr. LUÍS CORREIA FRAGOSO, da 16.ª Vara Cível da Capital, São Paulo, "Rev. dos Tribunais", 1961, vol. 308, página 811). A "revisão pode compreender, não sòmente o reajustamento dos preços de maneira a distribuir equitativamente entre os contraentes as conseqüências da agravação imprevista das prestações, como a dilatação de prazos contratuais" ("Revista Forense", vol. XLVII, pág. 111).

Depois dessas considerações, é de se perguntar: tem apoio no direito brasileiro a cláusula *rebus sic stantibus?* Há quem a vê contida no art. 1.059 do nosso Cód. Civil, que protege sòmente os lucros previsíveis na data da obrigação e, conseqüentemente, desprotegidos os imprevisíveis e anormais, corrigíveis pelo juiz. A nosso ver, a regra acolhida pelo art. 1.059, para a liquidação de danos, não contempla a cláusula supracitada, apesar de conter princípio que, juntamente com outros, desde que generalizados, como, por exemplo, o contido no art. 4.º, letra b), da Lei n. 1.521, de 1951, ou no art. 31 do Dec. n. 24.150, de 1934, admitem a revisão judicial dos contratos pelo juiz. (*) Destarte, pensamos ser a cláusula *rebus sic stantibus* prescrita pelos princípios gerais de nosso direito, que exige a equivalência objetiva das prestações, que não tolera o enriquecimento sem justa causa e que não admite o exercício irregular do direito no caso de direito creditório, mas que, não nos esqueçamos, também, contempla a cláusula *pacta sunt servanda*. Portanto, ùnicamente em situações anormais, imprevisíveis, de ordem geral, criadoras de

(*) Se fôr transformado em lei o citado anteprojeto, do Prof. CAIO MÁRIO, de Cód. de Obrigações, essa questão perde o seu interêsse.

uma situação difícil para todos ou para grande parte da população, e não sòmente para o devedor, situação capaz de enriquecer injusta e anormalmente o credor e de produzir graves prejuízos ao devedor, deverá ser admitida a revisão judicial dos contratos.

Mas com que critério objetivo pode ser verificada a anormalidade ou normalidade do lucro? Segundo ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, com o estabelecido no citado art. 4.º, letra B, da Lei n. 1.521, de 1951, que considera constituir crime contra a economia popular obter lucro, patrimonial, *através de contrato, que exceda o quinto do valor corrente ao justo da prestação feita ou prometida.* Desta forma, todo lucro, patrimonial, obtido ou a a ser obtido, através de contrato, que exceda a um quinto do valor corrente ao justo da prestação feita ou prometida, é ilícita, pois é crime, devendo ser pelo juiz reajustado ao seu justo valor, ou seja ao quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

UM CASO DE AJUSTAMENTO DO DIREITO PRIVADO AO REGIME POLÍTICO: A LIBERDADE CONTRATUAL NO RECENTE CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

ALCINO PINTO FALCÃO

A *liberdade contratual*, dizer se pode, constituiu o traço marcante do direito moderno das obrigações, diferençando-o no ponto do romano arcaico e clássico (*ex nudo pacto actio non nascitur*) (1), já que as linhas mestras formais, que êle nos herdou das várias espécies de obrigações, parecem insensíveis ao correr dos séculos, apresentando-se até com aparência de insuperáveis.

O princípio rígido e restritivo romano clássico foi sendo solapado pelas exigências da vida (2) e nos albores da Revolução Francesa já gozava do desfavor geral. A *liberdade contratual*, assim, veio a tornar-se uma filha querida dos juristas da Revolução aludida, que, de logo, a promoveram a princípio, pois que acreditavam (3) que a liberdade era o melhor meio de organizar a coletividade, porque a harmonia resultaria da soma dos egoísmos particulares e seria antítese ao feudalismo do antigo regime.

Como não podia deixar de ocorrer, o princípio da liberdade contratual obteve decidida consagração no Código Civil Francês (Código de Napoleão) e, apesar de, desde a metade do século

(1) Cf., MAX KASER, *Roemisches Privatrecht*, edição de 1966, págs. 128/129: *herrscht im roemischen Obligationenrecht TYPENGEBUNDENHEIT*. No período pós-clássico, como o direito comum, costumeiro, já admitisse a plena liberdade de tipos contratuais, Justiniano esforçou-se em restabelecer o rigor clássico.

(2) Cf., JOSEPH ZASKAS, *Les transformations du contrat*, Sirey, 1939, págs. 95 e 100. Desde o início do século XVI, o princípio da fôrça obrigatória das simples convenções vinha impondo-se na França.

(3) Cf., ALFRED RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, Paris, 1961, pág. 217.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 09 (1ª Fase), set./dez. 1969, p. 89-97.

passado, o liberalismo econômico passar a perder terreno e não mais fruir, ao menos, de favor geral — o princípio, pôsto que com algum temperamento, veio a ser adotado pelo BGB alemão, do fim do século. Com certa ênfase, assim também o nôvo Código de Obrigações suíço, de 1911 e revisto em 1936, cujo artigo 19 recita: "L'objet d'un contrat peut être librement déterminé, dans les limites de la loi. La loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux moeurs, à l'ordre public ou aux attachés à la personnalité". Nosso Código Civil, de 1917, não deixa qualquer dúvida quanto à sua filiação ao princípio; as exceções vieram após, através de leis de exceção ou particulares.

O princípio passou a ter tão grande fôrça atrativa, que códigos cujo regime nada têm que ver com o liberalismo, acharam de a êle fazer menção expressa. Foi o caso do nôvo código cívil italiano, apesar de ter vindo à vida durante o regime fascista; seu artigo 1322 vem, assim, encimado pela rubrica *autonomia contratual* e reza: "As partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato, nos limites impostos pela lei. As partes podem também concluir contratos, que não pertençam aos tipos que têm uma disciplina particular, desde que se destinem a realizar interêsses merecedores de tutela, segundo o ordenamento jurídico".

Não é, pois, de causar maravilha que o recentíssimo Código Civil Português (de 1967), como o italiano, coloque sôbre o artigo 405 a nota *liberdade contratual* e na primeira alínea do artigo preveja: "Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver".

* * *

Mas uma coisa é proclamar o princípio e outra, de fato, admitir o legislador que êle baixe ao concreto, em suas essencialidades. Dia a dia as exceções se tornam mais numerosas e, por isso, um pessimista poderá pôr em dúvida a sua sobrevivência futura no direito privado, seu campo de eleição. E se o regime político fôr totalitário?

Em que consista a liberdade contratual não discrepam os doutôres; assim, com KARL OFTINGER (4), eminente cate-

(4) Cf., sua contribuição *Die Vertragsfreiheit*, na coletânea *Die Freiheit des Buergers im schweizerischen Rechts*, edição da Polygraphiscer Verlag A. G. Zuerich, pág. 316. E a liberdade de forma, também, como se verá adiante.

drático de Zurique, pode dizer-se que o seu conteúdo é quádruplo: 1.º) a liberdade de concluir ou não um contrato; 2.º) a escôlha da parte contrária; 3.º) a conformação do conteúdo contratual; 4.º) a resolução do contrato. Assim, a expressão "liberdade contratual" representa o *princípio*, pelo qual fica relegado ao nuto das partes decidir se desejam contratar, com quem, sôbre o que e se e quando deve ser desfeito o contrato ou, ao menos, alterado.

No caso particular do nôvo diploma civil luso, os entusiastas do princípio não se exaltarão com a rubrica questionada, pois antes de ler o mencionado artigo 405 terão tido oportunidade de ler o artigo décimo da lei de promulgação (decreto-lei n.º 47.344/66), mantendo, por certo tempo ainda, o regime excepcional (diz o artigo) referente às locações urbanas; mas, se fôr ao corpo do código, verá que o que êle prevê para o regime normal das locações está muito longe de servir de modêlo de liberdade contratual, restringindo de muito a possibilidade jurídica de o locador reaver a coisa, inclusive estabelecendo um tratamente desigual das partes contratantes, eis que pelo artigo 1095, findo o prazo convencional, não pode denunciar o contrato, ficando sujeito à renovação, mas o artigo concede ao locatário a faculdade de fazê-lo: "Nos arrendamentos a que esta seção se refere, o senhorio não goza do direito de denúncia, considerando-se o contrato renovado se não fôr denunciado pelo arrendatário nos têrmos do artigo 1055".

Terá a atenção despertada pelo artigo 282 (pertinente a negócios usuários) com anulabilidade do próprio negócio, com o fim de coibir, face a certas situações subjetivas, a obtenção de correspectivos "manifestamente excessivos ou injustiçados", em norma evidentemente imprecisa, eis que não dá o critério, nem a taxa, para poder concluir-se ocorrer ou não a causa de anulação, com o risco de insegurança dos negócios e o perigo de arbítrio judicial, em caso de litígio.

Essa imprecisão não fica afastada pelo preceito do artigo 1146, pertinente ao mútuo feneratício ("É havido como usuário o contrato de mútuo em que sejam estipulados juros anuais superiores a oito ou dez por cento, conforme exista ou não garantia real"), que, por sua vez, contém óbvia restrição à liberdade contratual, mais um caso de aplicação da cláusula de reserva ("dentro dos limites da lei"), usada, como franca e louvável advertência do legislador luso, sempre que fala em liberdade (v.g., artigo 398, inciso primeiro: "As partes podem fixar livremente, dentro dos limites da lei, o conteúdo positivo ou negativo da prestação").

Não serve êsse artigo 1146 de critério para a solução de hipóteses previstas pelo artigo 282, pois êste tem alcance muito mais alto, em casos em que não há que falar em taxa de ju-

ros; aliás, o próprio artigo 282, na alínea segunda, o torna bem claro: "Fica ressalvado o regime especial estabelecido para o mútuo no artigo 1146".

E o proclamado princípio da liberdade contratual, pela preceituação do próprio Código, não impede que entidades públicas fixem preços (5), com prevalência sôbre os convencionais (p. ex., artigos 883 e 1211) e tão pouco que em inúmeros casos se exija a forma de escritura pública, alguns até surpreendentes para o jurista brasileiro. È o caso dos arrendamentos para o comércio, indústria ou exercício de profissão liberal (art. 1029, I, b), o da cessão de locação (art. 1120, I) e o de mútuo superior a vinte mil escudos (art. 1143), que não se conciliam com o princípio da liberdade contratual, eis que, como se ensina (6), a liberdade de forma (*a Formfreiheit* dos tudescos) é parte importante da liberdade contratual.

Essas restrições à liberdade de forma não parecem ter sido bem inspiradas, não se compreendendo que em casos, como os enumerados, se exija o pêso de uma escritura pública. A liberdade de forma tem sido uma tendência geral do direito privado contemporâneo, só se devendo exigir a forma solene em casos excepcionais, dizem os civilistas; com precisão: ENRICO GOLAGROSSO (7), traduzindo a lição vulgar, adverte: "mentre nel campo del diritto pubblico vige la *tipicità legislativa*, ossia il requisito della forma necessaria è la regola; nel campo, invece, del diritto privato canone generale è quello della libertà delle forme". Não entendeu assim o legislador luso e, por isso, no ponto não merece aplausos, com a devida vênia.

A impressão desfavorável mais acentuada ficará se se atentar que, nesses casos referidos, a escritura pública não é exigida apenas *ad probationem*, mas sim para *validade* do próprio negócio. Nada indicaria, aliás, que o legislador português viesse a consagrar o formalismo desnecessário, pois a doutrina professada em Coimbra pelo saudoso e egrégio professor DOMINGUES DE ANDRADE (8) era pura e mereceria ter sido acolhida.

---

(5) Entidades públicas fixarem preços cogentes não é particularismo do Código Português. Nos próprios Estados Unidos, as numerosas Agências e Comissões o fazem, não sendo aquêle país o paraíso da emprêsa livre, como se supõe difundidamente no estrangeiro, adverte o prof. KARL LOEWENSTEIN, em artigo no "A. Ö. R.", número de janeiro de 1962, pág. 408: *Nur nebenbei sei bemerkt, dass der im Ausland weit verbreitet Glaube, Amerika sei das Paradies des freien Unternehmertums, infolge der Beschraenkung und Kontrollen, die den Unternehmern durch die IRC auferlegt sind, nur in sehr begrenztem Ausmass den Tatsachen entspricht.*

(6) Cf., FRANZ GSCHNITZER, *Schuldrecht*, Parte Geral, Springer-Verlag, 1965, pág. 8.

(7) Cf., *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, 2.ª edição, pág. 218.

(8) Cf., *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 2.ª reimpressão (Livraria Almedina, Coimbra), 1966, vol. II, págs. 48/49.

Ensinava êle: "Nos direitos antigos o formalismo negocial tinha um vastíssimo domínio de aplicação, podendo dizer-se que em certo período todos os negócios eram formais. Além disso era extremamente severo e revestia diversas modalidades: Lembre-se, para o direito romano, o *gestum per aes et libram*, com as suas variantes conforme os negócios jurídicos a que se aplicava, e os diversos negócios *verbis*, que tinham de realizar-se mediante palavras solenes, não sendo permitido o mais ligeiro desvio: e a par destas formalidades havia ainda os negócios *litteris*, para os quais se exigia documento escrito. Nos sistemas jurídicos das modernas nações cultas o formalismo viu-se circunscrito a um certo número — aliás muito considerável — de negócios, jurídicos, e mesmo para êste foi atenuado o antigo aparato e rigidez (*simplificação*), assim como foi reduzida ainda a variedade das suas configurações (*uniformização*). O princípio, hoje em dia, é o da liberdade declarativa ou da não exigência de qualquer forma, ou seja, da consensualidade".

* * *

A imposição de contratar (*Kontrahierungszwang*) é tida pelos doutôres, como já foi dito, como desvio à liberdade de conclusão (Abschlussfreiheit), que compõe a geral liberdade contratual. As exigências da vida têm feito o direito dos vários países admitir casos, em que essa liberdade de concluir deve ceder o lugar ao contrato compulsivo e aos quais, no curso dêste artigo, ainda se fará referência. Aqui, porém, para confronto com o nôvo diploma português, cabe uma análise, desde já, do parágrafo 826 do BGB, tido (*no ponto*) como particularismo do direito alemão, insuscetível de extensão a países que não tenham igual texto *especial*, no dizer do mencionado ALFRED RIEG (livro citado, n.º 224).

Ao dar forma legislada à teoria do abuso de direito, o parágrafo 826 do BGB preceitua: "Quem causar intencionalmente um dano a terceiro, de modo que fira os bons costumes, fica obrigado à sua reparação" (*Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einen anderen vorsaetzlich Schaden zufuegt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet*). O direito alemão, por outro lado, adota o princípio (9) da reparação do dano mediante restauração do estado de coisas que seria o existente, a não ter-se interposto o fato que obriga a indenizar e, assim, não admira que NIPPERDEY, em obra fundamental, haja

(9) Cf., HANS A. FISCHER, *A reparação dos danos*, tradução do professor FÉRRER CORREIA, pág. 147.

visto, na hipótese prevista no § 826 questionado, também um caso, em que possa repousar uma obrigação de contratar, como reparação do dano causado. Essa concepção obteve bons sufrágios entre os alemães e a ela não ficou insensível a jurisprudência; um caso típico e de que nos dão notícia ENNECCERUS e LEHMANN: "Se uma coisa foi vendida duas vêzes, havendo-a o alienante entregue em propriedade ao segundo comprador, a ação do primeiro comprador contra o segundo, não se dirigirá meramente à prestação de indenização pecuniária ou à restituição da coisa ao vendedor, mas sim o primeiro comprador pode exigir, diretamente, ao segundo adquirente que êste lhe entregue a coisa" (10). Isto, porque na espécie teriam ocorrido os pressupostos do suso citado § 826.

Essa solução será exorbitante no direito brasileiro; mas o será face ao nôvo português? Parece que não, eis que o nôvo Código Civil Português tem dispositivos análogos ao do BGB, sendo que seu artigo 334 — que traz a rubrica "abuso de direito" (11) — recita: "E' ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico dêsse direito" e o artigo 562 dá o princípio geral pertinente ao dever de indenizar: "Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação". Por êsse nôvo Código (artigo 566, n.º I) só será fixada a indenização em dinheiro, quando a reconstituição natural não fôr possível (ou quando se mostrar insuficiente ou excessivamente onerosa para o devedor).

NIPPERDEY dificuldade alguma encontraria, perante êsses artigos, para nêles fazer repousar sua tese; cabe aguardar como se comportarão, ao propósito, a teoria e a prática portuguesas, na interpretação e aplicação dêsses dispositivos interessantíssimos, bem aproximados do direito tedesco atual.

A vingar a interpretação aludida, estar-se-á frente a um caso de contrato compulsório, figura a que acima já se acenou e que encontra espaço em vários direitos, em casos angustiosos,

---

(10) *Derecho de obligaciones*, trad. vol. I, pág. 93, onde cita decisão do Reichsgericht, nesse sentido.

(11) Com exatidão, P. DOURADO DE GUSMÃO, em seus recentes *Elementos de Direito Civil*, Rio, 1969, pág. 253), acentua que o artigo 334 português amalgama dois critérios, o *subjetivo* (boa-fé, bons costumes) e o *funcional* (parte final), já adotado pelo artigo 1.º soviético, mas como decorrência do regime socialista ("Os direitos civis são protegidos pela lei, salvo quando forem exercidos num sentido contrário ao seu fim econômico e social"). No caso português, a parte final do artigo há de ter em vista (parece-nos a nós) o regime corporativo, em vigor em Portugal e só por coincidência, no ponto, concorda com o artigo soviético.

mas que se têm que classificar como exceções ao princípio da liberdade de conclusão (*Abschlussfreiheit*). Tratando-se de um Código — e nôvo — seria de esperar que nêle se deparassem, senão o elenco, pelo menos alguns casos dos conhecidos nas legislações estrangeiras, não incluídos nos respectivos códigos, mas em geral em leis posteriores (como é o caso do Brasil), por terem sido elaborados adotando o critério da liberdade contratual, sem reservas, o que não ocorre com o português, como acima já se mostrou.

No entanto, a pesquisa nesse terreno só fará deparar o caso do artigo 1.429, que diz ser obrigatório o seguro do edifício contra o risco de incêndio (como o comanda, aliás, o artigo 13 da nossa lei n.º 4.591/1964, um pouco anterior ao nôvo Código Civil Português). Isso, porém, não exclui que no direito positivo lá se deparem outros casos, não objeto da nova codificação; mas essa pesquisa, em outras leis portuguesas, não cabe na finalidade do presente artigo.

* * *

A eleição da parte contrária, já se viu, há de ser livre, pelo princípio da liberdade contratual. Em princípio, essa faceta importantíssima da liberdade contratual — pela qual o indivíduo escolhe seu contratante — está consagrada pelo nôvo Código Civil Português. Mas nem sempre, eis que, com afastamento radical aos princípios tradicionais, prevê caso em que, um sujeito poderá ver mudar-se, contra sua vontade, a pessoa com quem contratara, através de cessão de contrato (da "posição contratual", da nova técnica do legislador português), feita a sua revelia. De fato, o artigo 1.120, primeira parte, recita: "A posição do arrendatário é transmissível por ato entre vivos, sem autorização do senhorio, a pessoas que no prédio arrendado continuem a exercer a mesma profissão". E' um caso singular êste, contrastante com o princípio da liberdade contratual.

O preceito já constaria de lei anterior, de exceção (art. 64 da lei n.º 2.030) (12). Mas agora passa a ser parte do direito normal, codificado e, por isso, o princípio da liberdade contratual sofre um desvio mais grave, permanente.

Talvez o legislador português não haja assim pensado, pretendendo que o princípio da autonomia da vontade só exija a manifestação da vontade para a formação inicial do contrato e não para as suas vicissitudes posteriores e que, se de um prisma material a relação jurídica sofre uma modificação sempre que

(12) Ver a nota do Juiz-Desembargador J. F. Rodrigues Bastos, em seu *Código Civil Português*, 2.ª edição, 1967, pág. 402.

se muda um dos sujeitos, já sob o sentido formal conservar-se-á a identidade do contrato, como se se tratasse da relação originária, no dizer de FRANCO CARRESI (13), o qual, porém, com o comum da doutrina, reconhece a necessidade do consentimento do cedido (pág. 65), em termos enfáticos: "Ora, nessuno oserebbe sostenere... possa espungersi la dichiarazione del ceduto senza che, con ció, risulti compromessa, se non l'esistenza, almeno l'efficacia della cessione del contratto".

Êsse artigo 1.120 lusitano merece reparo e pode ser tido como um afastamento frontal ao princípio da liberdade contratual, anunciada no artigo 405.

* * *

Como se viu, através da lição transcrita de OFTINGER, diz respeito à liberdade contratual a sorte do contrato, após da sua conclusão; pelo princípio, deve ficar deferido ao arbítrio das partes quando deva ser desfeito o contrato ou, ao menos, alterado.

No capítulo dedicado às fontes das obrigações o nôvo Código Civil Português fêz adesão expressa a essa modalidade da liberdade contratual, eis que o artigo 406 prevê: "O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei".

Mas o artigo, com a cláusula final, desmerece contextualmente o alcance do princípio inicialmente afirmado. Isso, como se viu, é uma tônica do Código, sempre que fala em liberdade; ela, pela técnica do Código, nunca será absoluta, nem terá o caráter de permanente, mas sim o de contingente.

No caso da liberdade, sob o ângulo ora focalizado, logo a seguir deparar-se-á o artigo 437, prevendo a "resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias". Sua primeira alínea reza: "Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dêle segundo juízos de eqüidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato". A segunda alínea é do teor seguinte: "Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior".

Trata-se de preceito nôvo e de aplicação genérica, segundo RODRIGUES BASTOS (*op. cit.*, pág. 161). Não cabe aqui tomar partido a favor ou contra êsse artigo, pois o assunto da cláusula

(13) Cf., *La cessione del contratto*, 1950, pág. 15.

"rebus sic stantibus" é sabidamente polêmico e o ponto que interessa a êste artigo é apenas o de fotografar a liberdade contratual, sob seus vários aspectos, no nôvo diploma luso.

Aqui, mais uma vez e em ponto importante, se nota que a apregoada "liberdade contratual", que encima o artigo 405 português, está muito distante daquela endeusada pelos juristas da Revolução Francesa. A rigor, nem será aquela do "direito natural", defendida pelos juristas do XVIII século; deve ter raízes mais longe, nos canonistas do século treze, como Hostiensis, que via na eqüidade a noção fundamental do contrato, como se vê em ZAKSAS (*op. cit.*, pág. 95).

O regime político português (declaradamente totalitário e corporativo) perdura estável há vários decênios e, assim, seria de esperar que o Código tivesse vindo à luz há mais tempo, para um ajustamento inevitável entre o regime e o direito privado. Sob êsse prisma, pode dizer-se que o Código veio suprir uma lacuna; mas isso é uma coisa e outra afirmar que será um instrumento hábil de manejar e capaz de satisfazer às necessidades que hão de surgir, como imposição da tendência à industrialização, que se nota no país e sôbre isso só o futuro é que poderá dar a resposta. Um futuro a desenvolver-se no território metropolitano, mas também no vastíssimo e peculiar ultramarino, para o qual o Código também foi feito.

CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

ROBERVAL CLEMENTINO COSTA DO MONTE

Cláusula rebus sic stantibus: *evolução, direito comparado e inclusão no Projeto do novo Código Civil (Mensagem n.º 160, de 10 de junho de 1975).*

1. A cláusula **rebus sic stantibus,** abreviação de **contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur,** é uma subordinação dos contratos a que permaneça o estado de fato existente ao tempo de sua constituição, para manutenção do vínculo contratual, justificando-se, caso contrário, o recurso ao Judiciário para sua revisão ou rescisão.

1.1. A máxima teve seu embrião entre os romanos v. g. AFRICANUS e SENECA (1), porém, somente após a contribuição dos canonistas, nos séculos XII e XIII, sua aplicação pelos tribunais eclesiásticos e adoção pelos post-glosadores é que, já nos séculos XIV e XV, passou a ser admitida como condição contratual implícita;

1.2. Continuando sua evolução veio a ser a cláusula r. s. s. incluída nos nos primitivos códigos de origem germânica, v. g. o CODEX MAXIMILIANUS BAVARICUS CIVILIS (1756) e o código prussiano de 1774, porém, no século XIX, os ulteriores códigos abandonaram o princípio sufragando em matéria de obrigações, contrariamente, sua inalterabilidade, podendo-se citar, como exemplo, o Código Civil italiano (1865);
No século XX veio novamente à luz o princípio com sua aplicação, pelo Conselho de Estado, em 1916, no famoso caso da CIE. GÉNÉRALE D'ECLAIRAGE DE BORDEAUX, em que ficou patenteada a impossibilidade do cumprimento de contrato de dilatado prazo de fornecimento de carvão — com a ocupação do inimigo o preço do carvão subiu de 35 francos, em 1915, para 117 francos, em 1917:

> "L'objet du contrat initial est d'établir un équilibre raisonable entre les droits et les obligations du concessionaire et les nécessités du Service Public; cette économie contractuelle d'ordre essentiellement pécuniaire constitue une sorte de mécanisme compensateur destiné à regulariser les relations entre l'entrepreneur et l'entreprise, mécanisme que supposé avant tout la primauté de l'entreprise du Service Public. (2);

2. Na Doutrina a aplicação da norma tem encontrado diretrizes várias; Para alguns autores, v. g. DUSI, sua aplicação deveria restringir-se aos contratos de prestações sucessivas, outros como BONNECASE (3), entendem

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 02 (2ª Fase), jul./dez. 1975, p. 25-33.

sua pertinência a toda espécie de contrato com obrigações a termo, enquanto outros fazem a apologia do seu cabimento em todos os negócios jurídicos, mesmo além do âmbito contratual, como ressalta GIOVENE (4);

Houve, ainda, quem pretendesse sua identidade ao caso fortuito ou quem restringisse sua aplicabilidade aos contratos administrativos e tratados internacionais, e ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, em magnífico trabalho, analisou as críticas ao princípio:

> "24 — A tendência revisionista, entretanto, tem despertado sérias objeções, além das já expostas a propósito das teorias que pretendem justificá-la com apoio na própria idéia do contrato, pela análise da vontade contratual, ou à sombra dos conceitos de boa-fé ou de impossibilidade econômica, ou das noções de equivalência objetiva das prestações ou do abuso de direito.
>
> Na verdade, recentemente, no Congresso de Direito Privado reunido em Roma, em julho de 1950, por iniciativa do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, em seu relatório sobre a força probante dos contratos e suas modificações no direito moderno, concluiu o Professor MAURITS MEIJERS, da Universidade de Leyde, pela inconveniência de dar-se uma resposta geral, aplicável a todos os países, quanto à solução preferível a esse respeito. Considerou o preclaro jurista, como atrás ficou exposto, que, nos países onde se conhece ainda o sentido verdadeiro dos **bona fidei contractus** do direito romano, e, por conseqüência, o papel da boa-fé não se limita à interpretação, mas pode estender-se, no caso concreto, à modificação ou à resilição do contrato, uma prescrição legal especial e expressa seria supérflua, além de sua inutilidade pelos termos gerais em que teria de ser estabelecida. Não seria senão nos países onde o juiz não dispusesse de semelhante poder discricionário e ainda publicamente nos momentos de guerra ou de violentas perturbações econômicas que se poderia recorrer ao legislador. O legislador, porém, adverte o Professor MEIJERS, deverá ser prudente para não enfraquecer o princípio ainda vivo entre as pessoas honestas. Se os contratantes tivessem a possibilidade de que se deve respeitar a palavra empenhada invocar um grande número de normas coercitivas que lhes permitissem subtrair-se às suas promessas, se pudessem pleitear facilmente do juiz a resilição ou modificação do contrato, isso poria fim à confiança recíproca, base de todas as relações jurídicas entre os homens (28-a)."
>
> "Também em trabalho apresentado ao III Congresso Internacional de Direito Comparado, que teve recentemente lugar em Londres o Prof. CLAUDE RENARD, da Universidade de Liége, dando notícia das reservas da doutrina e da jurisprudência quanto à admissibilidade da teoria da imprevisão na Bélgica, pronunciou-se, em conclusão, contra a conveniência de consagrá-la a título de princípio geral e permanente, assim, em síntese, justificando o seu pensar: A orientação revisionista estaria em oposição ao espírito do direito nos países de cultura latina e, particularmente, nos de cultura francesa. Contra ela haveria, inicialmente, objeções de ordem filosófica: — a imprevisão daria um prêmio à imprevidência; seria uma manifestação da tendência atual para fugir às responsabilidades assumidas.

Te-la-iam apresentado, às vezes, como reação contra a soberania do indivíduo. Essa razão, porém, não seria convincente. Envolveria, ao contrário, liberalismo excessivo por em perigo a solidez do edifício contratual para restabelecer certas situações particulares. Os motivos sociais seriam, pois, os mais sólidos argumentos contra a imprevisão" (5):

2.1. Nesse sentido, e analisando a alterabilidade da pensão alimentícia, dissemos:

"Já nos dava a **Rota Romana** notícia de que **decretum iudicis super alimentis semper intelligitur rebus sic stantibus** (MEDIOLANI, 1730, vol., I ALIMENTI).

.....

Realmente, desde os tempos remotos, admite-se a alterabilidade das decisões que fixam alimentos, uma vez que sempre se entendeu sua estipulação condicionada à cláusula **rebus sic stantibus.**

Em se tratando de fixação de pensão alimentícia em desquite amigável, hoje, igualmente, se considera essa estipulação subordinada à cláusula **r. s. s.**, de acordo, aliás, com a moderna orientação dos tribunais franceses e italianos.

Diz P. LACOSTE, com propriedade, que certas sentenças definitivas se aproximam de julgados provisórios, como as que fixam alimentos, uma vez que repousam em questões de fato cuja inconstância pode deterrminar a modificação da própria sentença (DE LA CHOSE JUGÉE, pág. 138):

Sob outro aspecto admite JAMES GOLDSCHMIDTque as sentenças determinantes de alimentos somente constituem coisa julgada atendendo-se às circunstâncias do **momento**, nada obstando a modificação do **quantum** fixado, como conseqüência de nova situação de fato." (6);

3. A luz do direito comparado encontramos dois sistemas básicos:

a) o revisionista, comprerendendo as legislações que adotam a cláusula **r. s. s.** ou os países em que sua adoção decorre da jurisprudência ou da doutrina;

b) o anti-revisionista, em que o princípio não encontra aplicação ou em que sua aplicação é duvidosa e controvertida.

3.1. No primeiro sistema, dentre outros, podemos considerar o direito italiano, húngaro, egípcio, polonês, suiço e alemão.

3.1.1. **O Direito Italiano**

O antigo Código Civil italiano, de 1865, não consagrava a máxima e vários autores, v. g. PUGLIESI, mantinham-se contra sua inclusão no direito de então;

Com a guerra de 1914 legislação transitória veio permitir sua aplicação em determinados casos e a jurisprudência começou a admiti-la, como no célebre acórdão da Corte da Cassação de Turim, de agosto de 1900;

Com o advento do novo Código Civil, de 1942, e não obstante a regra constante do seu art. 1.373 (o contrato tem força de lei entre as partes), ficou consagrado nos arts. 1.467/1.469:

"Art. 1.467 — Contrato com prestações correspectivas — Nos contratos de execução continuada ou periódica, ou mesmo de execução futura, se a prestação de uma das partes tornou-se excessivamente onerosa em conseqüência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte — que deve tal prestação pode demandar a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no art. 1.458.

A resolução não pode ser demandada se a onerosidade superveniente entra na álea normal do contrato.
A parte contra a qual é demandada a resolução pode evitá-la oferecendo-se para modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 1.468 — **Contratos com obrigações de uma só parte** — Na hipótese prevista no artigo anterior, se se tratar de um contrato no qual uma só das partes haja assumido a obrigação, esta pode pleitear uma redução da sua prestação ou uma modificação nas modalidades de excução, suficiente para reconduzi-la à eqüidade.
Art. 1.469 — **Contrato aleatório** — As normas dos artigos precedentes não se aplicam aos contratos aleatórios por sua natureza ou pela vontade das partes."

3.1.2. **O direito alemão** — embora consagrada em vários códigos antigos, como o LANDRECHT prussiano e o CODEX MAXIMILIANUS, BAVARICUS CIVILIS, sofreu sérias restrições por parte da jurisprudência, mas a guerra de 1914, com suas inerentes repercussões nos contratos, muitos tornando-se inexeqüíveis, fez, através dos julgados, ressurgir o princípio, como expõem ENNECERUS — LEHMANN (7) e VOLKMAR (8), contrariando, assim, a anterior jurisprudência de que as referências constantes do B.G.B., previstas para casos específicos, poderiam comportar, no máximo, analogia singular e não a **analogia juris**;

3.1.3. **O direito polonês e sua influência no Código Civil egípcio:**

Dentre os códigos recentes um dos primeiros a incorporar a cláusula foi o Código das Obrigações da Polônia, de 1934, em seu art. 269:

"Quando, em conseqüência de acontecimentos excepcionais, tais como: guerra, epidemia, perda total de colheitas e outros cataclismos naturais, a execução da prestação acarretar dificuldades excessivas ou ameaçar uma das partes de uma perda exorbitante, que os contratantes não poderiam prever ao tempo da conclusão do contrato, o tribunal pode, se entender necessário, segundo os princípios da boa-fé e tomando em consideração os interesses das duas partes, fixar o modo de execução, o montante da prestação, ou mesmo pronunciar a resolução da convenção."

Este dispositivo, como é óbvio, não interfere com a normal e imprescindível observância dos contratos, como explicita o art. 189 desse mesmo código.

O citado artigo 269 do Código das Obrigações da Polônia de 1934 veio inspirar o Código Civil egípcio de 1949, que, em seu artigo 147,2, dispõe:

"Todavia, quando, em conseqüência de acontecimentos excepcionais e imprevistos, com caráter de generalidade, a execução da obrigação contratual, sem ser impossível, tornar-se excessivamente onerosa, de maneira a ameaçar o devedor de um modo exorbitante, o juiz pode, segundo as circunstâncias e tomando em consideração os interesses das partes, reduzir, na medida razoável, a obrigação tornada excessiva. Toda convenção contrária é nula."

3.1.4. **O DIREITO SUIÇO:**

Quer no Código Civil de 1907, quer no Código das Obrigações, encontramos tênue acolhida à cláusula, como se infere da aplicação de vários preceitos, e, com os reflexos da guerra de 1914, a jurisprudência corporificou o princípio, sem necessidade de atividade legislativa, como ensinam SIMONIUS (9) e THILLO (10):

3.1.5. **O DIREITO HÚNGARO:**

Na Hungria também o problema pode ser colocado antes e depois do conflito de 1914, pois, se antes dispositivos esparsos faziam pálida referência à cláusula, com os reflexos da guerra nos contratos a jurisprudência, instada a pronunciar-se, passou a admitir sua aplicação, inclusive através de sua Corte Suprema, motivando, no projeto de 1928, o seu artigo 1.150:

> "Se, depois da conclusão de um contrato sinalagmático, uma alteração fundamental sobreveio, de ordem geral, de modo a ultrapassar a álea usual que as partes poderiam razoavelmente prever, e se, em conseqüência de tal fato, rompe-se o equilíbrio econômico das prestações recíprocas, ou se falha um outro pressuposto que sirva de base ao negócio, de sorte que uma das partes adquiriria, contrariamente à boa-fé e à eqüidade, um ganho desmedido e inesperado sofrendo a outra uma perda correspondente: o juiz pode modificar as prestações recíprocas das partes de modo conforme à eqüidade, ou autorizar uma delas a desistir, mediante partilha razoável do prejuízo."

3.2. Entre os sistemas considerados **anti-revisionistas** encontramos o direito francês, belga e o argentino;

3.2.1. **O DIREITO FRANCÊS:**

Não obstante vários artigos do seu Código Civil induzirem à aplicação do princípio, quando falam da boa-fé na execução dos contratos, na intenção das partes contratantes, etc., a jurisprudência, predominantemente, se tem pronunciado pela irretratabilidade dos contratos, com base no disposto no artigo 1.134 do mesmo Código.

3.2.2. **O DIREITO BELGA:**

Também na Bélgica, estando em vigor o Código Napoleão, predominou a fiel observância aos contratos, situação que perdurou até o conflito de 1914, quando, em decorrência da situação insustentável em que ficaram numerosos contratos, adveio a lei de Outubro de 1919, com destinação específica de resolver aqueles casos de exceção.
A doutrina, entretanto, cessados os efeitos da guerra, orientou-se pela manutenção do contrato, como acentuou CLAUDE RENARD (11).

Quanto à jurisprudência, explica POPESCU (12), mesmo antes da citada lei de Outubro de 1919, vinha aplicando o princípio, embora esporadicamente, e, acompanhando a doutrina, passou a consagrar a irretratabilidade dos contratos;

3.2.3. O direito argentino não contempla qualquer dispositivo, de ordem genérica, sufragando a máxima, e a doutrina, com algumas exceções, **v. g.** CARDINI (13), bem como a própria jurisprudência, adotam posição contrária à cláusula.

4. Acentuam ANZILOTTI (14) e P. FAUCHILLE (15) que, também no campo do Direito Internacional, onde o princípio **pacta sunt servanda** é considerado a espinha dorsal da observância dos tratados se indaga da possibilidade de denúncia de tratados ante a superveniência de fatos imprevisíveis e que desfigurem a intenção implícita das partes contratantes.

4.1. Esclarece LEOPOLDO BRAGA (16):

> "Já no último quartel do século passado assim delineavam FUNCK-BRETANO e ALBERTO SOREL a doutrina da cláusula **rebus sic stantibus** aplicada ao direito público internacional:
>
> "Os tratados findam com as causas que os produziram. Eles exprimem as relações que existem no momento em que são negociados entre as forças morais e materiais dos Estados que os concluem. É por isto que o nome de perpétuo tem sido dado aos tratos que vinculam o destino das nações; pois os negociadores, tendo considerado apenas causas permanentes e causas acidentais que moviam seus respectivos Estados nas condições em que então se achavam, não concebiam, entre eles outras relações senão aquelas de que o tratado é a expressão; e se outras concebessem não firmariam o tratado ou o redigiriam de modo diverso. Podem eles, entretanto, enganar-se; não dispõem do futuro e a forrça das coisas, que procuraram considerar, pode frustar seus cálculos e ludibriar suas esperanças. O tratado, que parecia, no momento de sua conclusão, o mais necessário ou o mais equitativo, pode tornar-se, com o tempo, inútil ou abusivo. As relações de poder podem modificar-se entre os Estados contratantes: sua cultura intelectual e seu estado moral variam, e o tratado não mais corresponde a seus deveres, a seus direitos e a seus interesses respectivos".
>
> .....
>
> "O tratado se converte, assim, em instrumento tão prejudicial àquele que o impôs, quão insuportável àquele que o tem suportado. Numa palavra, havendo mudado as relações, tem o tratado contra si a força das coisas e desaparece a sua razão de ser. É, então, o inútil procurar-se mantê-lo; ele cai por si mesmo e se vêm fatalmente produzir circunstâncias que obrigam os Estados a reconhecer oficialmente sua abrogação"' (4)" (14-a).
>
> (TH. FUNCK-BRETANO e ALBERT SOREL, Précis de Droit des Gens, 3ª. ed. Paris, págs. 126-127).

4.2. Os autores antigos não se inclinavam pela possibilidade de denúncia unilateral, como ensina GIULIO DIENA (17), mas a antiga Grécia admitia a alteração de tratado se mudassem radicalmente os fatos (I. R. MORENO, 18) e, segundo ROBERT REDSLOB (19), vários outros povos antigos consideravam findos alguns tratados exatamente pelos fundamentos que vieram a constituir a cláusula r. s. s. Prevaleceu, pois, no campo doutrinário, a orientação dos que consideravam possível a aplicação da cláusula r. s. s. à luz do Direito Público Internacional.

4.3. Alguns autores sustentavam que os tratados não poderiam permanecer eternamente imutáveis, num mundo em que se modificam incessantemente as condições sociais, políticas e econômicas, e, como disse DANIEL ANTOKOLETZ (20), não seria justo admitir-se que uma geração obrigasse permanentemente as gerações futuras. No mesmo sentido PAUL FAUCHILLE (21):

> "Sendo a eternidade dos tratados tão absurda e irrealizável quanto a eternidade das constituições, os tratados concluídos sem fixação de prazo devem reputar-se como contendo uma cláusula **rebus sic stantibus**, isto é, haver sido assinados sob a reserva tácita de que cessarão de vigorar quando as circunstâncias, em razão das quais são concluídos, tiverem deixado de existir".

5. Entre nós a regra foi combatida, dentre outros, por J. X. CARVALHO DE MENDONÇA (22) e por OROSIMBO NONATO (23), que acentuou:

> "Certo, porém, é que os textos não resistem à distenção com que os forçaram: não oferecem elasticidade suficiente para chegar à noção do risco imprevisto. A concepção clássica do contrato, que eles reproduzem, já ferida algumas vezes pelo legislador, em nome da ordem pública e pela ação penetrativa da jurisprudência sob a forma permanente de um controle das conveniências, é o que há de mais contrário à tentativa dos teoristas da imprevisão (DE HARVEN). É preciso, a todo poder que possuamos, disse um jurista, manter a força obrigatória das convenções; a sua integridade é que assegura o curso normal da vida jurídica."

No mesmo sentido CASTRO MAGALHAES (24):

> "A noção do contrato envolve a possibilidade de acontecimentos futuros e contrários, dos quais as partes, contratando, visam se acobertar, ou melhor, a álea é da natureza de todos os contratos, mesmo daqueles que não são aleatórios de sua essência, e, por isso, a parte obrigada não pode invocar em seu benefício, para fugir ao pactuado, o fato sobrevindo, cujos efeitos a outra parte quis evitar com o contrato."
>
> .....
>
> "A cláusula **rebus sic stantibus**, tal como vulgarmente a conceituam (resolução do contrato pela simples alteração do estado de fato existente na ocasião em que o contrato teve início) não se subentende". "Antes de findo o respectivo prazo, o contrato só se desfaz, entre nós, pela inexecução conseqüente à força maior ou caso fortuito, e deles não faz parte, tacitamente, a cláusula r.s.s."

5.1. O princípio, entretanto, veio a ser incluído no art. 322 do Anteprojeto do Código de Obrigações, sendo a Comissão Revisora formada por FILADELFO AZEVEDO, HANNEMANN GUIMARAES e pelo próprio OROSIMBO NONATO:

> "Quando, por força de acontecimentos excepcionais e imprevistos ao tempo da conclusão do ato, opõe-se ao cumprimento exato deste dificuldade extrema, com prejuízo axorbitante para uma das partes, pode o juiz, a requerimento do interessado, e considerando com eqüanimidade a situação dos contratantes, modificar o cumprimento da obrigação, prorrogando-lhe o termo, ou reduzindo-lhe a importância."

5.1.1. O nosso Código Civil, em alguns artigos, faz tênue aplicação da norma (arts. 1.105, 1.190, etc), que veio a ter sua inslusão no Anteprojeto de Código Civil:

> "Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato" (art. 477 do Projeto de Lei nº 634, de 1975, Mensagem nº 160, de 10 de junho de 1975).
>
> Note-se, aliás, que, na redação desse artigo 477 do Anteprojeto do nosso futuro Código Civil o modelo seguido foi o artigo 1.467 do Código Civil italiano de 1942, sendo que a redação do artigo 478 do citado Anteprojeto ("A resolução poderá ser evitada oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.") é idêntica à da parte final do artigo 1.467 do mesmo Código Civil italiano.

5.1.2. Em sua nova roupagem a cláusula r. s. s. é calcada na superveniência de fatos imprevistos e normalmente imprevisíveis à época do contrato e que acarretam excessiva onerosidade para uma das partes contratantes, justificando esta alteração a rescisão ou revisão judiciais dos contratos.
E a Exposição de Motivos do Projeto do Código Civil assim explica a inclusão do princípio:

> "Observo, outrossim, que, em mais de um passo, o Projeto final integra em seu contexto algumas proposições normativas constantes dos Anteprojetos de Código das Obrigações, de 1941 e 1965, às vezes sem lhes alterar a redação, assim como adota outras soluções inspiradas nas mais recentes codificações ou reformas legislativas estrangeiras aplicáveis às nossas circunstâncias. Não me posso alongar nas razões determinantes das modificações ou acréscimos propostos a legislação vigente, neste como nos demais livros do Anteprojeto, mas elas se explicam graças ao simples cotejo dos textos. Limito-me, pois, ao lembrar os pontos fundamentais, sem ser necessário fazer referências minuciosas às **novas figuras contratuais** que vieram enriquecer o Direito das Obrigações, como os contratos de comissões, de agência e distribuição, corretagem, incorporação edilícia, transporte etc., aos quais foram dadas soluções inspiradas na experiência doutrinária e jurisprudencial brasileira, indo-se além dos conhecimentos modelos das mais recentes codificações. Demonstração cabal de nosso cuidado em dotar o País de institutos reclamados pelo estado atual de nosso desenvolvimento está no fato, e, ainda agora, já em terceira revisão do texto, acrescentarmos um conjunto de normas disciplinando "o contrato sobre documentos" de grande relevância sobretudo no comércio marítimo.
>
> Por outro lado, firme consciência ética da realidade sócio-econômica norteia a revisão das regras gerais sobre a formação dos contratos a garantia de sua execução equitativa, bem como as regras sobre resolução dos negócios jurídicos em virtude de **onerosidade excessiva**, às quais vários dispositivos expressamente se reportam, dando a medida do propósito de conferir aos contratos estrutura e finalidade sociais. É um dos tantos exemplos de atendimento da "socialidade" do Direito." (25).

5.2. O nosso Pretório Excelso examinou o princípio (REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, vol. 44, pág. 341, 1968, vol. 46, pág. 131, 1968, vol. 51, pág. 187, 1970 e vol. 55, pág. 92, 1971), e, no Recurso Extraordinário N. 71.443-RJ, através de sua Primeira Turma, ficaram delineados seus pressupostos:

> "Recurso extraordinário N. 71.443-RJ.
> (Primeira Turma)
> Relator: O Sr. Ministro ALIOMAR BALEEIRO
> Recorrentes: NEWTON VALLADAS e outros
> Recorrida: CERÂMICA BEMPOSTA LTDA.
>
> "**Rebus sic stantibus** — Pagamento total prévio.
>
> 1. A cláusula **rebus sic stantibus** tem sido admitida como implícita somente em contratos com pagamentos periódicos sucessivos de ambas as partes ao longo de prazo dilatado, se ocorreu alteração profunda e inteiramente imprevisível das circunstâncias existentes ao tempo da celebração do negócio.
> 2. Não há margem de apelo à teoria da imprevisão, feito em 1964, para reajuste do preço fixado em 1963 com pagamento total e prévio" (26).

Bibliografia

(1) AFRICANUS, Dig., XLVI, 3,38 e SÊNECA, De beneficiis, vol. IV, pág. 25;

(2) BONNECASE, Supp., au Traité Théori. et prat. de Droit Civil, de BAUDRY-LACANTINERIE, vol. III, pág. 584-585;

(3) BONNECASE, Supp., au Traité Théori. et prat. de Droit Civil, de BAUDRY-LACANTINERIE, vol. III, pág. 316;

(4) GIOVENE (citado por ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, Caso fortuito e teoria da imprevisão, 2.ª edição, pág. 212);

(5) ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, Repertório, vol. IX, págs. 14-15 e CLAUDE RENARD, LA THÉORIE DE L'IMPREVISIÓN DANS LES CONTRATS, REVUE DE DROIT INTERNACIONAL ET DE DROIT COMPARÉ, 1950, págs. 29-30;

(6) Revista de Jurisprudência Brasileira, vol. 102, fasc. 306, pág. 13-14;

(7) ENNECCERUS-LEHMANN, Tratado de Derecho Civil, Der. de Oblig. II, § 36, pág. 114;

(8) VOLKMAR, Travaux de la Semaine Intern. de Droit, II, págs. 20-21;

(9) SIMONIUS, Travaux de la Semaine Intern. de Droit, II, págs. 177-178;

(10) EMILIO THILO, em Travaux de la Semaine Intern. de Droit, II, págs. 127-129;

(11) CLAUDE RENARD, La théorie de l'imprévision dans les contrats, Revue de Droit International et de Droit Comparé, 1950, págs. 29-30;

(12) POPESCU, Essai d'une théorie de l'imprévision, págs. 155-156;

(13) CARDINI, La t. de la imprévision, págs. 170-174;

(14) DIONÍSIO ANZILOTTI, Cours de Droit International, Paris, vol. I, pág. 355;

(15) PAUL FAUCHILLE, Traité de Droit International Public, 8º ed., Paris, vol. I, 3ª parte, pág. 383;

(16) LEOPOLDO BRAGA, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. IX, pág. 47;

(17) GIULIO DIENA, Derecho Internacional Público, Barcelona, 1932, págs. 488-489;

(18) ISIDORO RUIF MORENO, El Derecho International Público antes de la Era Cristiana, Buenos Aires, 1946, pág. 369;

(19) ROBERT REDSLOB, Histoire des Grands Principes du Droit des Gens, Paris, pág. 55;

(20) DANIEL ANTOKOLETZ, Tratado de Derecho Internacional Público, 3ª ed., Buenos Aires, 1938, vol. III, pág. 375;

(21) PAUL FAUCHILLE, op. cit., pág. 384;

(22) J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, Tratado de Direito Comercial, vol. 61, I, 51;

(23) OROSIMBO NONATO, Boletim do Instituto da O.A.B., vol. VIII;

(24) CASTRO MAGALHÃES, Revista do Direito, vol. LV, pág. 455;

(25) Suplemento "B" ao Nº 61 do Diário do Congresso Nacional, Seção I, pág. 117, 13 de junho de 1975;

(26) REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, vol. 68, 1974, pág. 95.

VÍCIOS REDIBITÓRIOS

JACYR VILLAR DE OLIVEIRA

SUMÁRIO

1. — CONCEITO.

2. — HISTÓRICO. LEI DAS XII TÁBUAS. DIREITO ROMANO.

3. — DIREITO COMPARADO.

4. — FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS.

5. — TEORIAS DO ERRO E DA INEXECUÇÃO CONTRATUAL: IMPORTÂNCIA TEÓRICO-PRÁTICA DA DIFERENCIAÇÃO.

6. — OS VÍCIOS REDIBITÓRIOS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

7. — OS VÍCIOS REDIBITÓRIOS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO CIVIL.

8. — ASPECTOS PROCESSUAIS.

8.1. — Ações edilícias.

8.2. — Outras Ações.

8.3. — Concurso de ações (redibitória ou estimatória).

8.4. — Ônus da prova.

8.5. — Litisconsórcio.

8.6. — Denunciação da lide.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 06 (2ª Fase), jul./dez. 1977, p. 22-32.

1. — *CONCEITO*

Vícios redibitórios são os defeitos ocultos ou vícios da coisa recebida em virtude de contrato comutativo ou de doação gravada de encargo que a tornam imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuem o valor, e que podem acarretar ou a rejeição dela ou o abatimento no preço.

2. — *HISTÓRICO. LEI DAS XII TÁBUAS. DIREITO ROMANO*

A origem da norma jurídica relativa aos vícios redibitórios se encontra em Roma.

Antes do Edito dos Edis já a Lei das XII Tábuas continha dispositivo impondo pena em dobro ao vendedor que afirmasse falsamente qualidades da coisa.

Mais tarde, como proteção ao comprador. os Edis criaram um princípio segundo o qual o vendedor, pela pressuposição de dever conhecer o vício da coisa, ficava obrigado ou a declarar o vício ou o defeito dela ou, se não os conhecesse, ainda assim por eles ficava responsável.

A razão da regra se deveu aos problemas surgidos nos mercados públicos como decorrência das vendas de escravos ou de animais: os mercadores se tornaram mal afamados porque o objeto das alienações estava afetado de vícios ou defeitos ocultos o que trazia prejuízo para o adquirente.

Daí o surgimento da *garantia* consistente na *obrigação* de o vendedor fazer a venda firme e boa, vale dizer, de alienar a coisa sem vício ou defeito.

As regras gerais dos romanos sobre a matéria ainda permanecem nas legislações dos nossos dias.

3. — *DIREITO COMPARADO*

O Direito Civil Português, tanto o anterior (art. 1.582) quanto o vigente (art. 913), só admite os vícios redibitórios quando envolverem *erro* que anule o consentimento.

Alguns Códigos consideram os vícios redibitórios como caso especial de garantia, outros como garantia especial dos contratos comutativos, e ainda outros tratam da matéria como garantia especial dos contratos.

No Brasil o art. 1101 do C. Civil inclui tal garantia nos contratos comutativos e nas doações gravadas de encargo.

Há Códigos que consideram os vícios redibitórios em posição autônoma em relação ao ERRO, como vício do consentimento, e há os que não vêem neles senão a própria Teoria do Erro à qual estão irremediavelmente ligados.

Nesta última colocação está a lei portuguesa.

4. — *FUNDAMENTOS DOUTRINARIOS*

A diversidade do tratamento legislativo é reflexo do que se passa na doutrina, principalmente entre os que consideram os defeitos ocultos na teoria do erro ou na do inadimplemento contratual.

Os autores, de modo geral, referem a existência de várias teorias para a fundamentação dos vícios redibitórios, reunindo os doutrinadores por grupos, conforme a idéia básica de suas manifestações. Não diferem essencialmente na enumeração dos grupos e seus seguidores.

Assim é que *Washington de Barros Monteiro* apresenta o seguinte quadro, que não discrepa, basicamente, do que é formulado por *Miguel Maria de Serpa Lopes:*

Grupo "a": FUNDAMENTOS BASEADOS NA NATURAL DECORRÊNCIA DA NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO COMUTATIVO:

1) — com apoio na inexecução do contrato;
2) — ou na obrigação de suportar o vendedor os riscos da coisa alienada;
3) — ou na doutrina de *Endemann* que distingue o defeito da coisa quando fixado em lei, aí ocorrendo vício redibitório, ou quando previsto no contrato, aqui sendo caso de inadimplemento;
4) — ou na doutrina da responsabilidade do alienante pela impossibilidade parcial da prestação.

Grupo "b": FUNDAMENTOS BASEADOS NO ESTADO PSICOLÓGICO DO ADQUIRENTE:

1) — Teoria do Erro (C. Civil Português, arts. 913 e segs.).
2) — Teoria da Pressuposição, defendida por *Windscheid.*
3) — Teoria da Eqüidade, da qual *Yhering* é adepto.

Grupo "c": Fundamento das Teorias Ecléticas, intermediárias entre as doutrinas psicológicas e as da inexecução contratual.

Entre os autores brasileiros *Washington de Barros Monteiro* segue a teoria do inadimplemento contratual.

Serpa Lopes prefere a orientação de *Fubini*, para quem deve prevalecer a idéia de RESPONSABILIDADE e, como fundamento desta, a teoria da pressuposição, e não a da reparação completa. *Manuel Inácio Carvalho de Mendonça* tende para a teoria do Erro, apontando, todavia, algumas diferenças. Para *Caio Mário da Silva Pereira* "é o princípio da garantia, sem a intromissão de fatores exógenos de ordem psicológica ou moral", afirmando, ainda, que a teoria dos defeitos ocultos não se aproxima da idéia de responsabilidade civil, onde está presente a idéia da CULPA.

O Professor *Inocêncio Galvão Telles* entende que não se justifica dar aos vícios redibitórios autonomia doutrinária, suficiente seu estudo incluído na teoria do erro. O ilustre Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa acrescenta que no direito português antigo a anulação era possível sem necessidade da teoria do erro e que no regime do Código anterior ao vigente (art. 1582) isto já não era mais admissível, como não o é no Código ora em vigor conforme disposto nos artigos 913 e seguintes. *Luiz da Cunha Gonçalves*, comentando o art. 1582 do anterior Código Civil português, que também seguia a teoria do erro, faz severas críticas ao sistema adotado, dizendo-o inexato, para, em seguida, asseverar que "os vícios redibitórios estão rigorosamente abrangidos no princípio da inexecução do contrato"

5. — *TEORIAS DO ERRO E DA INEXECUÇÃO CONTRATUAL: IMPORTÂNCIA TEÓRICO-PRÁTICA DA DIFERENCIAÇÃO*

De todas as teorias existentes para a fundamentação dos vícios redibitórios as que oferecem maior interesse teórico-prático são as que ligam os defeitos ocultos da coisa ou à teoria do ERRO ou à da INEXECUÇÃO CONTRATUAL.

O interesse teórico diz respeito à validade do negócio jurídico que não pode ter a vontade do agente afetada de vício no ato do consentimento, no caso, o erro; ou, na hipótese de vício redibitório, a ação é decorrência da garantia existente em todo contrato comutativo.

O interesse prático diz respeito às *AÇÕES* que poderão ser propostas pelo adquirente: se presente o *ERRO* a ação é de *ANULAÇÃO* ao passo que, abstraída a idéia de Erro, as ações surgem da *obrigação de garantia* própria de todo contrato comutativo, podendo ser ou a REDIBITÓRIA ou a de MINORAÇÃO.

Outro interesse prático da maior relevância reside na natureza do lapso para a propositura da medida judicial: no caso de erro o prazo é de PRESCRIÇÃO (C. Civil, art. 178, § 9.º, V, *b*), de 4 anos, enquanto que, inexistente a noção de erro, o prazo é de DECADÊNCIA, de 15 dias se a coisa é móvel, e de 6 meses, se imóvel (C. Civil, art. 178, §§ 2.º e 5.º, IV).

A lei brasileira, pois, não concedeu às ações por vícios redibitórios o prazo próprio dos atos jurídicos viciados de erro.

6. — *OS VÍCIOS REDIBITÓRIOS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO*

A matéria está regulada nos artigos 1101 a 1106, principalmente, e colocada na PARTE GERAL dos CONTRATOS.

Aplica-se a garantia a todos os contratos comutativos, bem como, por razões de similitude, às doações gravadas de encargo.

São apontados os seguintes *elementos caracterizadores:*

1. — que o contrato seja comutativo ou que as doações contenham encargo;
2. — que os defeitos sejam ocultos e graves;
3. — a imprestabilidade da coisa para o uso a que se destina ou a diminuição de seu valor;
4. — defeitos existentes no momento da celebração do contrato.

O alienante pode até desconhecer os vícios e isto não o eximirá de responsabilidade. Sua má-fé poderá causar-lhe agravamento na responsabilidade de vez que, nesta hipótese, arcará com perdas e danos além da restituição do que recebeu.

A garantia não é matéria de ordem pública: pode ser transacionada livremente pelas partes que têm possibilidade de ampliá-la, diminuí-la ou eliminá-la.

Não há que falar em responsabilidade do alienante se a coisa perecer em virtude de caso fortuito. Afora o caso fortuito a responsabilidade permanece mesmo se a coisa perecer em poder do adquirente em decorrência do defeito oculto.

Nas coisas vendidas conjuntamente é admissível a invocação de vícios redibitórios somente em relação à coisa ou coisas que estão marcadas pelo defeito, não autorizando a lei a rejeição de todas elas.

7. — *OS VICIOS REDIBITÓRIOS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO CIVIL*

O assunto, no Projeto de Lei n.º 634, de 1975 (Do Poder Executivo) enviado ao Congresso Nacional pela mensagem n.º 160/75, está regulado nos artigos 440 a 445 e 501.

Pode-se estabelecer a seguinte correspondência entre os dispositivos do Código vigente e os do Projeto:

CÓDIGO CIVIL	PROJETO
Art. 1.101	440
Art. 1.102	sem correspondência
Art. 1.103	442
Art. 1.104	443
Art. 1.105	441
Art. 1.106	sem correspondência
Art. 1.138	501
Art. 178, § 2.º (decadência — coisa móvel)	444, *caput*, 1.º parágrafo
Art. 178, § 5.º, IV (decadência — coisa imóvel)	444, *caput*, 1.º parágrafo
sem correspondência	444, *caput*, 2.º parágrafo
sem correspondência	444, § 1.º
sem correspondência	444, § 2.º
sem correspondência	445

O tratamento previsto no Projeto, de modo geral, é melhor do que o do atual Código.

Não houve alteração quanto à não adoção da teoria do erro. Neste ponto o Código não seguiu o sistema do Código Civil de Portugal.

Mas inclui normas já existentes noutras legislações bem como aproveita a contribuição da jurisprudência.

A regra do art. 1102 do Código Civil está implícita no art. 1103, razão porque o Projeto, ao regular o ponto referente à extensão da responsabilidade do alienante quando age de boa ou de má-fé (art. 442), não apresenta disposição a teor do que consta no art. 1102, a rigor, desnecessário.

Quanto à coisa vendida em hasta pública o Projeto silencia, ao contrário do que estipula o art. 1106 do Código Civil, o que é melhor, pelo menos por não deixar lacuna ou dúvida.

O Projeto, de modo acertado já que reflete a opinião dos doutrinadores, considera o prazo para a propositura das ações como de DECADÊNCIA, ampliando-o de 15 para 30 dias, se a coisa for móvel (art. 444, *caput*, 1.º parágrafo).

Novidade é o princípio do art. 444, *caput*, 2.º parágrafo:

> "Se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido ao meio".

Realmente, neste caso, se justifica prazo menor de decadência tendo em vista o fato da posse pelo alienatário, o que lhe possibilita melhor conhecimento da coisa.

Outra inovação, benéfica, que corresponde à realidade, é a norma do § 1.º do art. 444 do Projeto: se o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo de decadência será contado do momento em que do mesmo se tiver ciência, até o prazo máximo de seis meses em se tratando de bens móveis, e de um ano para os imóveis.

Há casos em que o vício só aparece após experiência com a coisa, daí por que não ser absoluto o princípio de que o prazo decadencial deva contar da entrega da coisa.

O Código vigente não cuidou de dispensar à venda de animais norma específica. Já o Projeto contém norma expressa no art. 444, § 2.º. Interessante notar que remete para lei especial a regulamentação dos prazos de garantia ou, na falta desta, admite a solução pelos usos locais, aceitando a regra do art. 444, § 1.º, se não houver regras disciplinando a matéria.

Importantíssima novidade apresenta o art. 445 do Projeto: os prazos decadenciais não correrão na constância de cláusula de garantia, devendo o adquirente denunciar o defeito ao alienante dentro nos quinze dias do descobrimento, sob pena de caducidade.

Com este dispositivo o Projeto admite, de forma expressa, a CLÁUSULA DE GARANTIA. Os usos criaram uma cláusula segundo a qual, durante certo prazo da entrega da coisa, o vendedor fica obrigado a reparar ou substituir a coisa ou parte dela quando não há bom funcionamento.

Tem-se discutido, em doutrina, diante da natureza decadencial do prazo para a propositura das ações por vícios redibitórios se, havendo cláusula de garantia, não se estaria alterando o conceito de decadência, já que haveria verdadeira "suspensão convencional da prescrição ou decadência" como assinala *Caio Mário da Silva Pereira*. Este jurista ensina, todavia, que não há tal alteração em a natureza do conceito de decadência já que "o *prazo de garantia* constitui, pois, um reforçamento, e chega mesmo a ser mais do que

a responsabilidade por vício oculto, porque abrange a segurança de bom funcionamento". No mesmo sentido, por outras palavras, a opinião de *Serpa Lopes*.

Assim o Projeto, que adota, em linhas gerais, o que existe no Código Civil, amplia o tratamento da matéria em pontos fundamentais, muito embora não tenha focalizado outros, a exemplo do que ocorre com legislações de certos países.

Mas é, efetivamente, um passo à frente.

8. — ASPECTOS PROCESSUAIS

8.1. — *Ações edilícias*

Duas eram as ações edilícias ou edilicianas no Direito Romano: a *actio redhibitoria* e a *quanti minoris* ou *aestimatoria;* a primeira visando à rescisão do contrato com a devolução da coisa pelo adquirente e, pelo alienante, do que havia recebido; a segunda tendo por objeto não o desfazimento do negócio jurídico mas o abatimento no preço pago.

O Código Civil, no art. 1105, prevê a existência destas duas ações:

> "Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 1101), pode o adquirente reclamar abatimento no preço".

Não é diferente o texto do art. 441 do Projeto.

Questão interessante é saber se ao adquirente cabe a escolha da via judicial para a proteção do seu direito ou, ao contrário, se a ação redibitória é própria somente quando a coisa é imprestável ao fim a que é destinada, incabível se tiver havido apenas a diminuição do seu valor.

Muito embora haja decisões especificando a ação redibitória para quando haja impropriedade da coisa a maioria dos doutrinadores e a jurisprudência assente concordam em que é uma faculdade do alienatório a escolha do meio judicial que melhor lhe convenha, não cabendo qualquer imposição quer pelo juiz quer pelo vendedor.

Neste ponto o nosso Código e o Projeto não acolheram, e com acerto, a solução do art. 205 do Código Federal Suíço das Obrigações, segundo a qual "mesmo quando a ação redibitória tenha sido proposta, tem o juiz a liberdade de determinar a simples indenização pela diminuição do valor, sempre que as circunstâncias não justificarem a rescisão da compra".

8.2 — *Outras Ações*

Em torno desta matéria seriam cabíveis ações, propostas pelo adquirente, objetivando a *reparação* ou a *substituição* da coisa?

Há quem diga que não, com base no artigo 1105 do Código Civil, que só daria ensejo às ações redibitória ou de minoração. À falta de direito expresso inadmissíveis seriam outros remédios judiciais.

Outros, no entanto, argumentam que no princípio geral da garantia consistente na obrigação de o vendedor assegurar o adquirente contra os vícios ou defeitos ocultos da coisa estaria implícita a obrigação de reparar ou de substituir a coisa ou parte dela, mormente porque se ao alienatário se permite o máximo, que é a rejeição da coisa, ou o abatimento no seu preço, pela diminuição do valor, nada impediria que o objeto da ação fosse a reparação ou substituição dela.

É verdade que o direito português tem norma legal expressa no art. 914 do seu vigente Código Civil:

> "Art. 914 — REPARAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO DA COISA.
>
> O comprador tem o direito de exigir do vendedor a reparação da coisa ou, se for necessário e esta tiver natureza fungível, a substituição dela; mas esta obrigação não existe, se o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece".

Nota-se, pois, que até no direito português, se o vendedor tiver agido de *boa-fé*, tal obrigação não existe.

Relativamente ao direito brasileiro é oportuno transcrever a *Nota n.º 2* feita na pág. 747 referente ao comentário de *Luiz da Cunha Gonçalves* ao art. 1582 do anterior direito lusitano no vol. 8, tomo 2, do Tratado de Direito Civil:

> "*Nota n.º 2.* Quanto à reparação do vício ou defeito, ou à substituição da parte defeituosa ou viciada, no mesmo sentido do texto, com expressa referência ao direito brasileiro, se manifestou Cunha Gonçalves ("Da Compra e Venda no Direito Comercial Brasileiro", 2.ª ed., pág. 464).

Havendo cláusula de garantia, no contrato, o vendedor assegura ao adquirente o bom funcionamento da coisa, durante o prazo ajustado para a vigência da cláusula, não divergindo os doturinadores em que, nesta hipótese, cabível é a reparação ou a substituição da coisa.

O Código Civil de Portugal, no art. 921, traz norma expressa permissiva.

O Projeto do Novo Código Civil brasileiro apenas introduz a cláusula de garantia quando estipula que os prazos decadenciais não correrão na sua constância, mas não formula solução expressa como o faz o Código português, o que não impedirá ser este tomado como paradigma, tendo em vista a natureza jurídica contratual que a cláusula de garantia possui.

8.3. — *Concurso de ações (redibitória ou estimatória)*

Pela *Teoria da Aquisição Processual* "electa una via non datur regressus ad alteram", vale dizer: a escolha de uma ação exclui a utilização de outra.

É preciso, todavia, não encarar o princípio de modo absoluto.

No Brasil o Código de Processo Civil, no art. 264, autoriza a que o autor modifique o pedido ou a causa de pedir desde que o réu não tenha sido citado ou, mesmo após a citação, se este consentir, neste caso até antes do saneamento do processo.

No que tange à desistência da ação nosso estatuto processual a permite sem o consentimento do réu se não decorrido o prazo para a resposta ou, mediante este consentimento, depois deste lapso.

Cunha Gonçalves menciona hipóteses em que se faz necessária a mudança da ação estimatória para a redibitória, se o vício oculto se agrava, ou quando surge segundo vício, após a propositura de ação estimatória, capaz de ensejar a ação redibitória, sem que haja mesmo violação até da coisa julgada relativamente à ação de minoração. Neste sentido é, aliás, o conteúdo do § 475 do Código Civil Alemão.

> "Por causa de uma minoração, que se realizou em conseqüência de um vício, não fica excluído o direito do comprador de exigir, por um outro vício, redibição ou uma nova minoração."

8.4. — *Ônus da prova*

Todas as condições ou elementos caracterizadores da existência de vícios redibitórios da coisa devem ser provados pelo comprador conforme afirmação de *Marcel Planiol.*

8.5. — *Litisconsórcio*

É possível, tanto o ativo quanto o passivo.

8.6. — *Denunciação da lide*

Em caso de venda sucessiva da coisa, observados os pressupostos legais, ao vendedor imediato cabe promover a denunciação da lide ao vendedor primitivo, nos termos do art. 70, III, do Código de Processo Civil, pelo menos por analogia.

É oportuno transcrever, pela relevância da matéria, sob o ponto de vista processual, o teor da Nota n.º 3, de autores brasileiros, feita ao comentário, este de autoria de *Cunha Gonçalves,* no artigo 1582 do anterior Código Civil português:

> *Nota n.º 3.* — Ajusta-se, também, ao direito brasileiro, a conclusão de que o subcomprador, que descobrir o vício oculto da coisa, poderá demandar, quer o vendedor primitivo, quer o seu imediato vendedor".

OBRAS CONSULTADAS

BEVILAQUA, Clóvis — Comentários ao Código Civil; Livraria Francisco Alves, 1953, vol. IV.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de — Doutrina e Prática das Obrigações; Forense, 1956, 4.ª ed., Tomo II.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da — Tratado de Direito Civil; Max Limonad — 1.ª ed., brasileira, vol. VIII, Tomo II.

DIAS MARQUES, J. e Correia de Jesus, M. F. — Código Civil (de Portugal, aprovado pelo Dec.-Lei 47.344, de 25.11.1966); Lisboa, 4.ª ed., 1973.

MONTEIRO, Washington de Barros — Curso de Direito Civil; Saraiva, 1975, 10.ª ed., Direito das Obrigações, 2.ª parte.

PEREIRA, Caio Mário da Silva — Instituições de Direito Civil; Forense. 1963, vol. III.

PLANIOL, Marcel — Traité Élémentaire de Droit Civil; Paris, 1949, 3.ª ed., vol. 2.

REZENDE FILHO, Gabriel José de — Curso de Direito Processual Civil; Saraiva, 1954, 4.ª ed., vol. I.

RODRIGUES, Sílvio — Direito Civil; Saraiva, 1972, vol. 3.

RUGGIERO, Roberto de — Instituições de Direito Civil; Saraiva, 1973, vol. 3.

SANTOS, Moacyr Amaral — Primeiras Linhas de Direito Processual Civil; Saraiva, 1.ª ed., 1977, 1.º vol.

SERPA LOPES, Miguel Maria de — Curso de Direito Civil; Freitas Bastos, 1964, vol. III.

SOUZA DINIZ — Código Civil Alemão (tradução); Código Civil Suíço (tradução); Distribuidora Récord Editora, Rio, 1960 e 1961, respectivamente.

SOUZA, Sebastião de — Da Compra e Venda; Ed. Revista Forense, 1956, 2.ª ed.

TELLES, Inocêncio Galvão — Manual dos Contratos em Geral; Lisboa, 1965 — 3.ª edição.

O fenômeno contratual, do individualismo à globalização [*]

GUILHERME MAGALHÃES MARTINS [**]

"O pressuposto último das várias épocas do direito privado foi sempre a constituição de um método mais seguro de ordenação da globalidade dos problemas do seu tempo."
FRANZ WIEACKER, *História do direito privado moderno* [1]

SUMÁRIO

1 – Introdução. **2** – A primeira onda: a autonomia privada no Estado liberal. **3** – A segunda onda: Estado social e intervencionismo. **4** – A terceira onda: repersonalização e despatrimonialização: suas repercussões no contrato. **5** – A quarta onda: globalização. **6** – Conclusão. **7** – Bibliografia.

1 – *Introdução*

O contrato, enquanto o instrumento de maior significado e presença na vida econômica, sofreu, ao longo dos séculos, transformações em suas bases, como reflexo da mudança operada nos seus condicionantes históricos e sociais, desde o conceito tradicional, formulado sob a égide do Estado liberal, impregnado pela autonomia da vontade reinante, na dicotomia entre Estado e sociedade, sendo deferida aos particulares, quase por completo, a formação da ordem privada. [2]

---

[*] Trabalho apresentado na disciplina *Teoria do Direito Civil II*, ministrada pelo professor Luiz Edson Fachin, no Mestrado em Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

[1] Trad. A. M. Botelho Hespanha, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2a. Ed., 1967, impressa em 1993, p. 721.

[2] Cf. Clóvis do COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1976, p. 18.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 09 (3ª Fase), jan./jun. 1999, p. 77-98.

Sua concepção inicial, ligada umbilicalmente aos valores de liberdade e ao direito de propriedade privada, esta como instituto central do sistema, em torno e em razão do qual se ordenam todos os demais, encontrou guarida nas codificações do século XIX, exprimindo os interesses e exigências da sociedade burguesa, especialmente a francesa (*Code civil* de 1804) e a alemã (em 1896, com o *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB).

O Estado se limita, aqui, à garantia da liberdade e autonomia dos indivíduos, colocadas como direitos naturais, anteriores à formação do próprio ente estatal, numa sociedade fundada na igualdade formal de todos perante a lei, no plano político, e, no plano econômico, ao controle dos meios de produção e da economia por uma única classe.

A concepção individualista, baseada na prevalência dos sujeitos singulares, tendo como ponto de partida um contrato, o contrato social, pelo qual os homens consentem sair do estado de natureza, na ficção de que o primado da liberdade seria produto de um consenso, seria substituída por uma visão organicista, segundo a qual a sociedade é um todo, que se situa acima das partes, [3] o que alterou profundamente o sentido e a função do instituto.

À luz do Estado social, em relação ao qual deixou de ser a sociedade um compartimento estanque, a autonomia da vontade ganharia uma série de restrições, diante da inadequação do velho modelo ao mundo dos fatos, modificando-se o sistema dominante de bens e serviços, inobstante o abalo trazido pelas duas guerras mundiais e pelo surgimento dos direitos sociais; nesse contexto, fala-se na morte ou na crise do contrato, [4] no sentido da revisão dos seus pressupostos.

Numa etapa seguinte de tal processo evolutivo, que remonta aos dias de hoje, já marcada pela "despatrimonialização" e "repersonalização" do direito civil, figurando o livre desenvolvimento da pessoa como valor fundamental do sistema, através do papel central conferido às Constituições, dá-se uma ênfase maior ao princípio da equivalência das prestações, seja no momento inicial da formação da avença, seja posteriormente [5], de sorte que o binômio autonomia privada-intervencionismo estatal deve ser revisto à luz de tal principiologia.

Por fim, projeta-se para o futuro a globalização econômica, que caminha de mãos dadas com uma revolução tecnológica constante, redimensionando-

---

[3] Cf. Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Ed. Campus, São Paulo, 1992, p. 27.

[4] Cf. Paulo Luiz Neto Lôbo, "Contrato e mudança social", *Revista dos Tribunais*, vol. 722, pág. 43, dezembro de 1995, e Orlando Gomes, *Transformações gerais do direito das obrigações*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, p. 80.

[5] Cf. Paulo Luiz Neto Lôbo, *op. cit*, p. 44.

se a noção de soberania nacional, na superação das fronteiras entre os Estados, bem como de todos os pilares do sistema de direito positivo, a causar desde já novas perplexidades e indagações.

2 – *A primeira onda: a autonomia privada no Estado liberal*

Definido por Enzo Roppo [6] como a formalização jurídica de uma operação econômica, o contrato, assim como todos os outros institutos jurídicos, é marcado pela historicidade e relatividade, definindo-se sua disciplina por intermédio das opções políticas e interesses predominantes num dado contexto, o que repercute, dentre outros dados, no maior ou menor elastério dado à autonomia da vontade e à sua antítese, ou seja, o intervencionismo.

Numa primeira onda ou geração ao longo da evolução histórica, os direitos fundamentais surgidos se referiam à liberdade e à propriedade, impondo uma obrigação negativa ao poder público, limitando-se à sua atividade quando importar numa intromissão na vida dos indivíduos, constituindo o ideário básico do Estado liberal, ao qual cabia proporcionar segurança e legitimidade à ordem instituída, tendo como marco a Declaração dos Direitos do Homem (1789), e, num segundo momento, configurada a liberdade positivamente, como autonomia, no campo dos direitos políticos [7], na doutrina do "*laissez-faire, laissez-passer, laissez-contracter*".

O Direito Público se cingia à Constituição, com suas normas organizacionais e definidoras de direitos fundamentais, além do próprio aparato da administração; o Direito Privado se dirigia apenas ao império não-político da sociedade econômica. [8]

A posição abstencionista do Estado não traduz, nesse contexto, seja o interesse público, *tout court*, ignorado; traduz, no entanto, "*uma dada concepção do interesse público, isto é, a de que este coincide com o somatório dos interesses privados, ou seja, a de que a sua prossecução corresponde à melhor prossecução daqueles interesses privados e de que esta é a definição obtida quando os seus titulares o fazem em liberdade* ". [9]

---

[6] Cf. *O contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Ed. Almedina, Coimbra, 1988, p. 09.

[7] Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 33.

[8] Ubirajara Mach de Oliveira, "Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva". *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vols. 23-24, julho-dezembro de 1997, págs. 41-78.

[9] Ana Prata, *A tutela constitucional da autonomia privada*. Livraria Almedina, Coimbra, 1982, p. 20.

Foi nesse contexto que o contrato passou a ser considerado como categoria autônoma do pensamento jurídico, como símbolo e bandeira da sociedade burguesa do século XIX, a partir da própria forma de organização da sociedade, baseada nas teorias contratualistas [10], tendo como postulados a liberdade de contratar — num momento inicial, salvo quando incluísse a limitação da autonomia privada, atentando contra o sistema, ou no caso dos menores ou alienados mentais, que por razões psicobiológicas não tinham condições de exercer aquela liberdade por si mesmos — e a igualdade dos contraentes, a partir da identificação entre o contratual e o justo, o que levou à fórmula *pacta sunt servanda*, passando o contrato a figurar como lei entre as partes [11], assegurado o respeito aos princípios da justiça comutativa.

Considerada a propriedade privada, nessa escala de valores eleitos pela ascensão da classe burguesa, como o fundamento real da liberdade, seu símbolo e a sua garantia frente ao poder público, ao contrato é dada a função de velar pela sua circulação, subordinando-se-lhe, conforme as grandes codificações do século XIX, em especial a francesa, de 1804.

Nas palavras de Cabral de Moncada [12] sobre o modelo liberal,

> *"Ao fazer do contrato a fonte exclusiva, pelo menos preferencial, da relação jurídica, o modelo jurídico do liberalismo vai transformar as categorias da relação contratual no próprio critério de validade do direito e atribuir-lhes o estatuto de valores específicos da atividade jurídica; todo o direito passa a ser entendido como um prolongamento da relação contratual e a situação das partes contratantes como a situação típica e característica da vida jurídica.*
>
> *Nesta perspectiva o relativo desinteresse manifestado pela situação concreta das partes contratantes e pelo objeto do contrato, irrelevantes porque a declaração de vontade cujos efeitos se pretendem proteger na maior medida possível são uma conseqüência da sobrevalorização do contrato e do papel da vontade."*

A autonomia da vontade, nessa ordem, assume um caráter sacro e inviolável, conceituado o negócio jurídico à sua imagem e semelhança, constituindo-se o fator volitivo em força motriz fundamental da vida jurídica

---

[10] Enzo Roppo, *Op. cit.*, p. 28-29.

[11] Cf. Paulo Luiz Neto Lôbo, *op. cit.*, p. 41. A atribuição de força de lei à vontade das partes decorre de preceito expresso do art. 1.134 do *Code*.

[12] *Direito Econômico*, 2ª edição, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1988, p. 19-20.

privada, por obra da dogmática pandectista [13], baseada em toda uma cadeia de ficções e cristalizada no Código Civil alemão de 1896 (BGB), em favor dos donos do capital, a partir das teorias voluntaristas, empenhadas na justificação desse *status quo*.

O raciocínio axiomático se baseava na concepção do direito como algo fechado, de forma que os conceitos definidos ainda de maneira incipiente, sobretudo os de natureza ética, como a boa-fé, previsto no § 242 do BGB, não seriam jamais aplicados, resumindo-se a legislação a comentários superficiais e lacônicos acerca do seu sentido. [14]

Daí a certeza de que a real fonte jurídica é a vontade interna, sendo a declaração mero instrumento de divulgação da vontade; se todas as relações jurídicas encontravam seu fundamento na vontade, presumia-se o consentimento como sendo algo justo em si. [15]

Característica dessa época, como anotado por Oscar Corrêas [16], não se lograr em momento algum pelos juristas a definição de uma vontade livre, recorrendo os códigos a um conceito negativo, definindo-se-a através de feitos que lhe impedem a expressão; tal concepção supunha um homem fictício, abstrato e imaginário, detentor de prerrogativas inalienáveis. [17]

Na observação de Orlando de Carvalho [18] acerca da autonomia privada,

> *"(...)não se exclui que a referida composição espontânea de interesses seja ainda , muitas vezes, uma composição coativa em benefício da classe dominante, que, através do monopólio do poder estadual, não apenas estabelece as zonas de interesses em que a autocomposição é possível, mas se serve também dessa composição espontânea para manter uma ilusão de liberdade que lhe permita reproduzir as condições de exploração".*

---

[13] Cf. Orlando Gomes, *Transformações*, *op. cit.*, p. 42; Franz Wieacker, *op. cit.*, p. 504.

[14] Cf. Clóvis do Couto e Silva, "O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português", in *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, org. Vera Maria Jacob de Fradera, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, p. 36.

[15] Cf. Ubirajara Mach de Oliveira, *op. cit.*, p. 49.

[16] Cf. *Introducción a la critica del derecho moderno (esbozo)*, Ed. Universidad Autonoma de Puebla, Puebla, 1986, p. 80.

[17] João Baptista Villela, "Por uma nova teoria dos contratos", *Revista Forense*, vol. 261, p. 28.

[18] *A teoria geral da relação jurídica - seu sentido e limites*, Ed. Centelha, 2a. Edição, Coimbra, 1981, p. 11.

3 – *A segunda onda: Estado social e intervencionismo*

O contrato, até aqui considerado como o círculo fechado da livre iniciativa dos particulares, teve sua função revista em razão do advento do Estado do bem-estar social, marcado pela intervenção no domínio econômico como forma de regular o mercado, excepcionando a autonomia da vontade, em razão da ordem pública, ou de um conjunto de valorações coletivas que se impõem aos contratantes; *"abaixo da liberdade formal, corre a desigualdade real "*, segundo Oscar Corrêas. [19]

Embora muitas vezes sejam aqui utilizados os termos *intervencionismo* e *dirigismo* como sinônimos, deve ser lembrado que há uma relação de gênero e espécie entre ambos os termos, sendo o primeiro mais amplo, compreendendo, historicamente, numa fase inicial, uma função protetiva dos mais fracos, intervindo o poder público para estabelecer um eqüilíbrio; já posteriormente (no que consistiria, com mais propriedade, o dirigismo), o Estado passa a determinar previamente as regras do jogo, de acordo com o interesse social, não obstante o desempenho por suas próprias forças da atividade econômica: agora não apenas intervém, mas igualmente dirige. [20]

Tal movimento, inobstante o impacto trazido pelas duas grandes guerras mundiais, se associa ao industrialismo, à concentração de capitais e à produção em massa, restando a partir das práticas monopolistas profunda restrição à autonomia da vontade, o que levou à reação estatal, também no sentido de contê-la, porém no interesse da coletividade; esvai-se, aqui, a distinção entre o direito público e o direito privado. [21]

Lembre-se ainda do impacto trazido à época pelo movimento socialista, bem como pela Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, elencando o Papa Leão XIII, dentre os direitos sociais, o direito-dever de intervenção pelo poder público.

No campo dos contratos de trabalho, outrossim, conquistada a autonomia do Direito do Trabalho a partir da Primeira Grande Guerra, através da representação política e social da classe operária, consistindo um *"ponto-chave no desenvolvimento do direito social"* [22], seria sinalizada ou prenunciada dita transformação.

---

[19] *Op. cit.*, p. 86.

[20] Cf. Paulo Luiz Neto Lôbo, *O contrato: exigências e concepções atuais*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1986, p. 25.

[21] Cf. Clóvis do Couto e Silva, *A obrigação como processo, op. cit.*, p. 25.

[22] Franz Wieacker, *op. cit.*, p. 635.

O voluntarismo cede lugar ao obrigacionismo, desempenhando o Direito o papel de corretivo das aspirações individuais [23], vinculada a produção dos efeitos do negócio jurídico à observância da lei, abandonando-se o dogma da vontade; sob um outro ângulo, a vontade individual é substituída pela vontade do grupo.

O Direito Privado passa a ser compreendido como um **sistema aberto**, de acordo com um escalonamento de interesses que vão do individual ao coletivo, em graus variáveis, o que autoriza a afirmação de que a intervenção estatal na vida privada utiliza os instrumentos próprios desta [24], e que, segundo Clóvis do Couto e Silva [25],

> "(...) ***permite que se contraponham valores opostos, vigorantes em campos próprios e adequados, embora dentro de uma mesma figura jurídica, de molde a chegar-se a uma solução que atenda à diversidade de interesses resultantes de determinada situação.*** *Em certos casos, o exame da vontade será prevalente; em outros, não. O exemplo mais importante, para essa última solução, está nos atos existenciais, na 'conduta socialmente típica'.*
>
> *Sustentar sempre a prevalência da vontade, ainda que só a sua manifestação, ou puramente o preceito que decorre do contrato, seria uma solução que não atenderia, as mais das vezes, às situações da vida. Assim, nem a teoria tradicional — que resolve todos os problemas com o raciocínio com base na manifestação de vontade — nem as modernas tendências — que separam os efeitos do negócio jurídico dos elementos que compõem o seu conteúdo — dão uma resposta aceitável em todas as hipóteses* (grifamos).

Surgem os chamados direitos de segunda geração, denominados "direitos sociais", dentre os quais o direito ao trabalho, à habitação digna e à saúde, relacionados com os anteriores, por constituírem a base da sua efetivação; a liberdade pressupõe aquelas prerrogativas, do contrário não haverá a possibilidade de optar; traduzem uma obrigação positiva por parte do Estado, a partir de uma base promocional [26].

---

[23] Cf. Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do direito privado*, trad. Vera Maria Jacob de Fradera, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 544.

[24] Cf. Ana Prata, *op. cit.*, p. 20.

[25] Cf. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português, *op. cit*, p. 43.

[26] Cf. Ricardo Luis Lorenzetti, *op. cit.*, p. 153-154.

Desponta aqui o Direito Econômico, definido como *"o direito público que tem por objetivo o estudo das relações entre os entes públicos e os sujeitos privados, na perspectiva da intervenção do Estado na vida econômica"* [27].

A liberdade contratual sofre limitações em suas três vertentes principais, a saber, a liberdade de escolha do outro contratante, do tipo contratual, fixados pela lei tipos contratuais exclusivos em dados setores da atividade econômica, por exemplo os contratos de licença e cessão de *software*, e a limitação no conteúdo do contrato, quanto às suas cláusulas obrigatórias, como no exemplo do inquilinato. [28]

Coloca LARENZ [29] como limitações à liberdade contratual, outrossim, as obrigações de contratar próprias da chamada *contratação coativa* (*"Kontrahierungszwang"*), classificadas em três grupos, a saber : **a)** a obrigação de contratar com os concessionários de serviços públicos (água, gás, eletricidade); o concessionário não pode se negar a contratar com a pessoa que quer o objeto, sob pena de violar dever jurídico assumido perante o Estado. *O dever de concluir o contrato, aqui, resulta da natureza do serviço, que seria de todos os que se apresentem com os pressupostos pertinentes*; **b)** a obrigação de contratar em consonância com a moral e bons costumes (BGB, § 826), sempre consideradas as circunstâncias do caso concreto; **c)** obrigações de contratar derivadas da economia dirigida, visando a uma distribuição mais justa de determinados bens vitais, ante a sua escassez (produtos agrícolas, por exemplo), especialmente nos regimes socialistas do Leste Europeu.

O contrato deixa de ser mero instrumental para exercício de direitos, passando a se definir enquanto instrumento de política econômica. [30]

Fala-se nos limites negativos e positivos à liberdade contratual, [31] os primeiros nas situações em que o Estado nega eficácia jurídica à atividade privada caso esta atue em desconformidade com os pressupostos da sua força vinculativa ou com o bem-estar social, e os segundos quando o poder público, de forma corretora, conforma os efeitos jurídicos resultantes da manifestação da vontade, fazendo intervir no regulamento negocial interesses alheios, imediatamente, àqueles que ditaram esse regulamento — ponto esse que, na etapa histórica seguinte, seria objeto de uma maior otimização, ultrapassando-se os interesses dos titulares concretos da relação jurídica.

---

[27] LUIS S. CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 12.

[28] Cf. PAULO LUIZ NETO LÔBO, *op. cit.*, p. 43.

[29] Cf. *Derecho de Obligaciones*, trad. Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 67 e segs.

[30] Cf. PAULO LUIZ NETO LÔBO, *O contrato: exigências e concepções atuais*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1986, p. 19.

[31] Cf. ANA PRATA, *op. cit.*, p. 42-44.

O contrato, que exercera uma função individual, segundo o ideário do liberalismo, passa por uma transformação estrutural, para atender uma **função social**, segundo a ideologia igualitarista. [32]

Outrossim, flexibiliza-se o dogma da intangibilidade ou obrigatoriedade dos contratos, em razão da preservação do equilíbrio econômico entre as partes, possibilitando-se a sua revisão por obra de construções tais quais a teoria da imprevisão, a boa-fé objetiva, o abuso de direito e a resolução por excessiva onerosidade, estimulando-se e propiciando-se aos tribunais atuar nesse sentido, através de instrumentos como a legislação de combate ao abuso do poder econômico e de defesa do consumidor, verdadeiros microssistemas surgidos ante à insuficiência das codificações.

Desponta aqui a idéia de massificação das operações econômicas, pululando os contratos de adesão — nos quais uniformizam-se as condições do mesmo contrato a ser celebrado em várias situações, aperfeiçoando-se pela simples aderência ao bloco de condições e regulamentos preestabelecidos por um dos contratantes [33] — como modalidades das cláusulas contratuais gerais, as quais, no dizer de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA [34], apresentam as seguintes características:

> *"a) São pré-elaboradas, existindo disponíveis antes de surgir a disposição que as perfilha;*
>
> *b)Apresentam-se rígidas, independentemente de obterem ou não a adesão das partes, sem possibilidade de alterações;*
>
> *c)Podem ser utilizadas por pessoas indeterminadas, quer como proponentes, quer como destinatários."*

O uso de tais figuras, embora levando a resultados positivos, tais quais a racionalização da atividade empresarial e a celeridade na constituição do pacto, a partir da fixação unilateral da avença, acarretou uma série de abusos por parte do predisponente, diante do que se fez necessária a incidência do dirigismo estatal.

As condições gerais seriam objeto do intervencionismo corporificado nas legislações, restringindo-se a autonomia privada e a liberdade contratual, como ocorre por força do art. 1.341 do Código Civil italiano — em cujos termos aquelas só vinculam o aderente se "*no momento do contrato, este as*

---

[32] Cf. PAULO LUIZ NETO LÔBO, *O contrato: exigências e concepções atuais*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1986, p. 17.

[33] Cf. ORLANDO GOMES, *Transformações*, *op. cit.*, p. 78.

[34] *Cláusulas contratuais gerais; anotação ao Decreto-lei n º 446/85, de 25 de outubro*. Livraria Almedina, Coimbra, 1995, p. 17.

conhecia ou deveria conhecê-las usando a diligência normal ", ficando ainda previstas, na segunda parte do dispositivo, as chamadas "*cláusulas vexatórias* ", prejudiciais ao aderente, que deve especificamente aprová-las por escrito, e vantajosas para o empresário [35] — e, em Portugal, do Decreto-lei 446, de 25 de outubro de 1985, no mesmo sentido, impondo ao proponente os deveres de comunicação e de informação (arts. 5° e 6°), além de prever, em seu Capítulo V, as cláusulas contratuais gerais proibidas, seja por infringência do princípio geral da boa fé (art. 16), seja em casos especiais, tipificadas as cláusulas absoluta ou relativamente proibidas. [36]

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078, de 27-11-90), fortemente influenciado por tais diplomas, embora num momento histórico posterior, mais próximo daquilo que denominamos "terceira onda" e que será abordado no capítulo seguinte, o legislador pátrio se insere nesse processo intervencionista, face às exigências de proteção ao contratante mais débil, de modo que "*a liberdade contratual é, num certo sentido, formalmente negada ou circunscrita, justamente para restituir a sua substância à parte a quem, de fato, tinha sido negada* ". [37]

Tal quadro levaria à concepção da crise, esvaziamento ou declínio do contrato, expressão essa que, na realidade, só pode ser aplicada às formas clássicas do instituto, reconhecendo-se plenos ou quase plenos poderes ao contratante economicamente mais forte, na medida em que a realidade aponta no sentido da sua crescente revitalização. [38]

O que ocorre é uma releitura e reelaboração dogmática do contrato, decaindo o papel da vontade, a partir de figuras como as condutas sociais típicas, em cujo núcleo não se manifesta o aspecto volitivo, de sorte que, assim como ocorre nos contratos de adesão, passa-se a uma concepção mais marcada pela impessoalidade, havendo inclusive uma clara dificuldade de identificação dos sujeitos, que não se conhecem, o que leva freqüentemente a figuras de anonimato [39], em contraposição à fase anterior do fenômeno contratual, passando-se à sua objetivação. [40]

---

[35] Cf. Enzo Roppo, *op. cit.*, p. 329-331.

[36] Cf. Mário Júlio de Almeida Costa, *op. cit.*, p. 17-54.

[37] Enzo Roppo, *op. cit.*, p. 333.

[38] Cf. João Baptista Villela, *op. cit.*, p. 29. Paulo Luiz Neto Lôbo, "Contrato e mudança social", *op. cit.*, p. 43, em cujas palavras "*(...) parafraseando-se a tradição inglesa, é mais rigoroso afirmar-se : o contrato está morto! Viva o contrato!*". Cite-se ainda Oscar Corrêas (*op. cit.*, p. 87), no sentido de que "*La ideologia de la decadencia del contrato es solamente una apologia de la sociedad capitalista desarrollada, bajo la forma de una critica al derecho propio de un capitalismo incipiente como es el del Code*".

[39] Cf. Paulo Luiz Neto Lôbo, *O contrato*, *op. cit.*, p. 21.

[40] Cf. Sérgio Seleme, "Contrato e empresa: noções mínimas a partir da obra de Enzo Roppo", in *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, coord. Luiz Edson Fachin, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1988, p. 266.

O contrato, nesta etapa, deixa de ser um instrumento a serviço do direito de propriedade, de sorte que, segundo Enzo Roppo, [41] *"parece ser o contrato, e já não a propriedade, o instrumento fundamental de gestão dos negócios e de propulsão da economia"*, verificando-se a existência de riquezas, sobretudo imateriais, no mundo moderno, que transcendem a noção de propriedade, cuja transferência e mesmo produção incumbe ao contrato.

Quanto à definição da tendência geral de dita sociedade, de índole solidarista, porém ainda mais voltada à satisfação do todo do que à de seus componentes, convivendo, por um outro lado, com os antigos direitos de primeira geração, citamos Franz Wieacker [42], no sentido de que

> *"O pathos da sociedade de hoje (...) é o da solidariedade: ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social (...) de cada um dos outros membros da sociedade.*
>
> *No entanto, ao mesmo tempo, os estados— pelo menos os do ocidente—decidiram-se pela conservação do estado de direito, pelo qual o movimento em prol da liberdade da burguesia oitocentista tinha, mais tarde ou mais cedo, combatido; **ou seja, os estados decidiram-se a não sacrificar ilimitadamente a esfera jurídica autônoma dos cidadãos à responsabilização de si mesmos pelas necessidades coletivas da sociedade, como a produção ou o bem-estar coletivo.**"*
> (Os grifos são nossos.)

4 – *A terceira onda: repersonalização e despatrimonialização e suas repercussões no contrato*

Neste ponto, a tendência civilística dos dias atuais à superação da patrimonialidade, ou , segundo Orlando de Carvalho [43], a *"polarização da teoria em volta da pessoa (...)"*, ou seja, a colocação do indivíduo *"como o móbil que privilegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação "*, não implica na retirada da patrimonialidade característica do contrato, como instrumento da circulação de riquezas, mas na busca de uma justificativa ligada ao livre desenvolvimento da pessoa, numa maior atenção aos valores

---

[41] *Op. cit.*, p. 66.

[42] *História do direito privado moderno, op. cit.*, p. 718.

[43] *Op. cit.*, p. 10.

existenciais, erigidos em princípios constitucionais [44], como ocorre na Constituição Federal vigente, que, em seu art. 1º., III, coloca como princípio fundamental da República a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a autonomia privada, compreendida como o poder de auto-regulação dado aos particulares, é igualmente submetida à intervenção e regulamentação, as quais abandonam um prisma organicista, visando ao interesse do grupo como um todo, mas operam à luz dos interesses fundamentais do ordenamento, em razão do princípio da equivalência das prestações, protegendo-se os contraentes mais frágeis, o que vem a legitimar aquele poder.

É de se destacar, pois, a força centralizadora da Constituição, como vértice do ordenamento jurídico, seja com aplicabilidade direta às relações de direito privado, reconhecendo-se-lhe força normativa, inobstante funcionar como padrão interpretativo daquelas [45], sendo fundamental para a compreensão do problema a obra do jurista alemão KONRAD HESSE, de maneira que

> *"A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social."*

A importância da Constituição decorre da conferência de um sentido de unidade e coerência às localizadas intervenções legislativas na autonomia privada, notadamente nos setores de repressão ao abuso do poder econômico e proteção ao consumidor, superando a noção parcelar de microssistema, que outrora solapara a caducidade das codificações, conferindo-se uma nova nota de legitimidade ao dirigismo; o dualismo objeto deste trabalho passa a se situar num plano distinto, respondendo-se à questão acerca da determinação se, num dado ordenamento e numa dada época, a vontade privada é priorizada ou subalternizada, o que, segundo ANA PRATA [46], pode ser buscado por três vias:

---

[44] Cf. PIETRO PERLINGIERI, *Perfis do direito civil - introdução ao direito civil constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1994, p. 33.

[45] *A força normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, edição de 1959, publicada em 1991, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, p. 15.

[46] *Op. cit.*, p. 58.

"a) Determinando se a autonomia privada é assumida como um princípio constitucional, isto é , se na Constituição se encontra uma garantia de eficácia jurídica à vontade privada no setor econômico — quer ela seja imediata, quer mediata;

b) Identificando nas normas constitucionais os princípios de legitimação da intervenção estadual nas relações interprivadas;

c) Definindo os campos e os termos em que se encontra garantida, constitucionalmente, a inciativa econômica privada e analisando-a no seu regime e evolução tendencial".

É nesse sentido que deve ser valorada a autonomia privada, erigida em direito fundamental por força do art. 5°, II da Carta Política, de sorte que autonomia privada e liberdade não são categorias confundíveis, porém freqüentemente antinômicas, eis que, enquanto ausente uma real igualdade econômica ou contratual entre as partes, na desconformidade entre a realidade fática e o ordenamento constitucional, *"a livre manifestação das suas vontades corresponderá necessariamente ao exercício de 'liberdades' qualitativamente muito diversas"*. [47]

Mais do que nunca, aperfeiçoa-se uma tendência já esboçada na segunda onda, que é uma visão realista do homem , em sua existência, dotada, pois, de maior autenticidade; ações ligadas à livre concorrência e competição devem dar lugar à contemplação de valores mais humanos, tais quais a colaboração e a boa vontade. [48]

O Direito Civil, ao menos num plano ideal, passa a ser o *foyer* da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples, na transição do relativismo estruturalista a um sistema axiológico, marcado pelo funcionalismo. [49]

Esta fase coloca em questão uma nova geração de direitos, ligados à qualidade de vida, meio ambiente e consumo, de natureza transindividual, protegendo-se interesses que ultrapassam os figurantes concretos da relação negocial [50], tornando-se mais intensa a massificação das operações econômicas, igualmente a ensejar uma revisão da teoria tradicional dos contratos, surgindo, então, figuras tais quais os contratos difusos ou coletivos,

---

[47] Ana Prata, *op. cit.*, p. 77.

[48] João Baptista Villela, *op. cit.*, p. 28.

[49] Orlando de Carvalho, *op. cit.*, p. 92-93.

[50] Paulo Neto Lôbo, *Contrato e mudança social*, *op. cit.*, p. 43.

na expressão utilizada pelo civilista ROBERTO SENISE LISBOA, autor de alentada monografia sobre o tema [51], de maneira que

> *"Destina-se o negócio jurídico, além do preceituado pela doutrina clássica, também à regulação das relações jurídicas nas quais há a presença, em um dos pólos, do indivíduo hipossuficiente ou de entes na função de representatividade de categorias, de um lado; e de outro, no respeito aos interesses de terceiros — individuais ou transindividuais — em razão da* ***eficácia externa*** *d o contrato.*
>
> *Um sistema de normas sociais , ou seja, motivadas pelo interesse social, deve incidir não apenas sobre o hipossuficiente individual, como também para categorias diversas, visando o aperfeiçoamento do sistema econômico-social existente."* (grifamos).

Como anota PIETRO PERLINGIERI, [52] fala-se, numa cultura pluralista, na

> *"****autonomia comunitária*** *própria das instituições intermédias. Tome-se, como exemplo, o estatuto do partido, da associação religiosa, cultural, esportiva e certas formas de cooperação sempre crescentes na sociedade industrial (...). Um grupo de pessoas, quando se exprime com atos juridicamente relevantes, pode concorrer por vezes não somente à própria regulamentação, mas também àquela de outros sujeitos, sejam estes comunidades intermédias ou sujeitos individuais. A associação, a sociedade concorrem para regular, com um conjunto de cláusulas, de normas, de princípios de certos aspectos da vida social, como as relações entre sócio e sociedade, entre o associado e a associação, entre o filiado ao partido , entre o filiado ao sindicato e o sindicato. Estas relações são em parte disciplinadas pela auto-regulamentação, não somente individual"* (grifamos).

---

[51] *Contratos difusos e coletivos*, Ed. Revista dos Tribunais, São Pauló, 1997, 568 p.
[52] *Op. cit.*, p. 283.

5 – *A quarta onda: globalização*

Em um futuro que projeta raízes visíveis sobre o nosso tempo, o Estado contemporâneo exerce um papel discrepante em relação aos padrões das épocas anteriores, seja o da legalidade, típico do Estado liberal, seja o promocional de políticas públicas no campo social e econômico, como no Estado social; numa economia em processo de globalização e numa sociedade mais diferenciada, cabe-lhe o desempenho de tarefas múltiplas, em nome da estabilização monetária e fiscal, da retomada do crescimento e da abertura comercial, o que leva à inflação jurídica, desvalorizando-se o direito positivo, o que dificulta a prestação das suas funções controladoras a contento. [53]

Despontam, na esteira dessa era que se inicia, direitos exsurgentes do processo de diferenciação de um indivíduo a outro [54], denominados "direito a ser diferente", envolvendo os *"direitos à homossexualidade, à troca de sexo, ao aborto, à recusa de tratamentos médicos letais"* — aplicando-se a liberdade, bem como os direitos das gerações anteriores, a zonas até então marcadas pela exclusão.

São as novas notas da sociedade e do Estado, a desempenhar influência decisiva sobre todos os fenômenos subjacentes, inclusive a matéria contratual, nos seus componentes autonomia da vontade-intervencionismo.

Caem as fronteiras entre os mercados nacionais, formando-se grandes blocos econômicos, o que teve como marco inicial mais longínquo a queda do Muro de Berlim, em 1989, [55] o que corresponde, de certa maneira, a uma *"retomada dos ideais iluministas do individualismo e da sublimação da liberdade através da consolidação da doutrina neoliberal, cujos arautos, desde a década de oitenta, já tomavam os centros de poder das principais economias capitalistas"*.

Segundo José Eduardo Faria [56], as rupturas mais marcantes são as seguintes:

> *"1- mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados de insumo, consumo e financeiro, rompendo com as fronteiras geográficas clássicas e limitando crescentemente a execução das políticas cambial, monetária e tributária dos Estados nacionais;*

---

[53] Cf. José Eduardo Faria, *Direito e globalização econômica – implicações e perspectivas*, Malheiros Editores, São Paulo, 1998, p. 09.

[54] Ricardo Luis Lorenzetti, *op. cit.*, p. 154.

[55] Cf. Marcílio Toscano França Filho, "O mercado global, o direito da integração e a proteção do consumidor", in *Revista de Direito do Consumidor*, vols. 23-24, págs. 113 e seguintes.

[56] *Op. cit.*, p. 10-11.

> *2 – desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização das suas obrigações, a desformalização das suas responsabilidades, a privatização de empresas públicas e a 'deslegalização' da legislação social;*
>
> *3 – internacionalização do Estado, mediante o advento dos processos de integração formalizados pelos blocos regionais e pelos tratados de livre comércio e a subseqüente revogação dos protecionismos tarifários, das reservas de mercado e dos mecanismos de incentivos e subsídios fiscais;*
>
> *4 – desterritorialização e reorganização do espaço de produção, mediante a substituição das plantas industriais rígidas surgidas no começo do século XX, de caráter 'fordista', pelas plantas industriais 'flexíveis', substituição essa acompanhada pela desregulamentação da legislação trabalhista e pela subseqüente* ***'flexibilização' das relações contratuais;***
>
> *5 – fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios e continentes, o que permite aos conglomerados multinacionais praticar o comércio inter-empresa, acatando seletivamente as distintas legislações nacionais e concentrando seus investimentos nos países onde elas lhes são mais favoráveis;*
>
> *6 –* ***expansão de um direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória (lex mercatoria),*** *como decorrência da proliferação dos foros de negociações descentralizados estabelecidos pelos grandes grupos empresariais"* (grifamos).

No diagnóstico do mesmo autor,[57] *"os Estados nacionais encontram-se em crise de identidade"*, sofrendo drástico encolhimento os processos tradicionais de intervenção e dirigismo, ao mesmo tempo em que o poder público

> *"(...) é obrigado a compartilhar sua soberania com outras forças que transcendem o nível nacional. Ao promulgar suas leis, portanto, os Estados nacionais acabam sendo obrigados a levar em conta o contexto econômico-financeiro internacional, para saber o que podem regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas".*

[57] *Op. cit.*, p. 11.

É definida por RABAH BENAKOUCHE [58], estudioso da área, a economia mundial como um *"cassino"* no qual *"**não há mais regras**, porque está se vivendo numa situação de **não sistema** monetário internacional. Neste, só os Estados Unidos têm o privilégio de saldar seus déficits com seu próprio papel moeda, enquanto os outros países se endividam para pagar suas contas externas"*. A globalização, segundo o mencionado autor, não passaria de uma nova versão da *pax americana*.

Aumenta não só o volume de recursos na economia global, como também a sua velocidade de circulação [59], o que repercute nas economias nacionais, sendo passível de preocupações, ante a possibilidade de danos aos mercados financeiros locais em cascata, por força das influências recíprocas próprias do processo globalizante, como ocorreu nas recentes quebras das bolsas de valores em razão das crises econômicas ocorridas na Rússia e em alguns países asiáticos.

Fatos como o toyotismo ou a desregulamentação do Direito do Trabalho — funcionando mais uma vez como fator sinalizador de uma transformação, o que se justifica pela sua extrema agudez social —, marcado por figuras tais quais o contrato de trabalho por tempo determinado, instituído pela Lei nº 9.601, de 21 de janeiro de 1998, bem como a fenômenos tais quais a diferenciação, seja no plano econômico, seja no social, trazem consigo uma idéia de esgotamento do Estado intervencionista, o que não significa necessariamente um retorno ao poderio desmesurado da autonomia da vontade consoante o modelo individualista. A evolução histórica traduz um processo de conquistas que se incorporam ao direito, embora possam vir a assumir outras formas, em virtude da sua tensão dialética para com outros fatores.

As velhas formas de regulação, anteriormente identificadas com a figura do Estado, passaram a se pautar, nesse quadro, não mais pela produção da legalidade através de instituições visíveis, mas pela *mão invisível do mercado*, subordinado diretamente ao capital financeiro volatilizado. [60]

O termo globalização ou mundialização *"expressa um movimento muito antigo, pelo menos se por globalização concebermos a tendência dos homens a ultrapassar seus domínios territoriais, estabelecendo novos canais de comunicação hu-*

---

[58] "Introdução; globalização ou *pax americana*", in *Globalização, neoliberalismo e direito do trabalho*, org. Edmundo Lima de Arruda Junior e outro, Ed. IBEJ, Curitiba, 1998, p. 12-14.

[59] Cf. MARCÍLIO TOSCANO FRANÇA FILHO, *op. cit.*, p. 114.

[60] Cf. TARSO GENRO, "Reflexão preliminar sobre a influência do neoliberalismo no Direito", in *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*, *op. cit.*, p. 33.

mana", o que corresponde ao cosmopolitismo na Grécia Antiga, termo esse que então designava as transformações impostas pelas conquistas de Alexandre Magno, num processo que possui estreitos laços com a revolução tecnológica, verificada não só na informática mas também em outros domínios, como a biotecnologia, comunicações e engenharia genética [61].

Trata-se, ainda, de uma era em que se verifica a **redução do sujeito a objeto**, o que se mostra patente nos contratos que envolvem a disposição sobre o próprio corpo, como a chamada "barriga de aluguel ", associada às novas técnicas de reprodução assistida, no qual uma mulher aceita gerar um filho, fazê-lo nascer e entregá-lo a outra mulher, renunciando a todos os direitos sobre a criança e à própria qualificação jurídica de "mãe ", tema esse tratado de maneira coloquial e bem-humorada pelo civilista português Guilherme de Oliveira [62] na obra intitulada *Mãe há só uma (duas); o contrato de gestação.*

Resta, ao menos aparentemente, a impressão de que conquistas já consolidadas nas etapas históricas anteriores se encontram em risco, em face do turbilhão característico do mundo dos fatos, surgindo situações que refogem a uma conformação legal.

A crise do direito, processo já aguçado com a inadequação do sistema codificado diante das transformações sociais havidas após as duas grandes guerras, assume contornos ainda mais dramáticos, o que se reflete não somente na mudança do papel dos poderes públicos como no fenômeno da inflação jurídica, mencionada pelo publicista Luis Roberto Barroso em *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas* [63], de sorte que *"a constante variação, gerando a incerteza, distancia-se de um dos eixos principais em torno do qual deve gravitar um Estado de direito: a segurança, a estabilidade das relações jurídicas, políticas e sociais (...) O difícil equilíbrio entre o fatalismo e o idealismo jurídicos tem-se rompido no Brasil, em favor da crença desenganada de que no receituário legislativo existem remédios para todos os males. Aí começa a inflação jurídica, da Constituição às portarias, criando uma dualidade irremediável entre o Direito e a realidade"*.

Outrossim, o Direito Internacional espraia seus domínios de maneira progressiva, o que se reflete não só na multiplicação dos tratados de cooperação econômica — *"como a União Européia ou o Mercosul, baseando-se na*

---

[61] Cf. Edmundo Lima de Arruda Júnior, "Os caminhos da globalização: alienação e emancipação", in *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho, op. cit.*, p. 17-19.

[62] Coimbra Editora, Coleção Argumentum, Coimbra, 1992, 119 p.

[63] Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1990, 1ª edição, p. 40 e seguintes.

homogeneização de tarifas aduaneiras, manutenção de uma política comercial comum e garantia de livre circulação de formas de produção "[64] — como também no reconhecimento de tais formas jurídicas como "*um princípio normativo superior, que permite aos indivíduos reivindicar sua aplicação ou denunciar sua violação pelo Estado*" [65].

A chamada revolução tecnológica traz consigo um grande impacto sobre as relações sociais, a partir do seu mais poderoso instrumento de informação, a Internet, rede internacional e descentralizada de telecomunicações, na qual proliferam à revelia do poder púbico relações de consumo, envolvendo contratos de compra e venda ou de prestação de serviços, dentre outros, marcados pela falta de regulamentação legal, na insegurança própria da "*síndrome de vazio jurídico*", inobstante as peculiaridades próprias de tais formas jurídicas, [66] na medida em que a chamada "Netiqueta", modalidade de auto-regulação pelos membros da rede, entenda-se aqui os grandes grupos empresariais que a controlam, envolvendo precipuamente o elemento costumeiro, comprova o primado da *lex mercatoria*, erigida em direito paralelo ao estatal.

Mais do que meras situações jurídicas à espera de uma intervenção, ditas relações de consumo devem receber a incidência de instrumentos nascidos sob a égide do Estado social, tais quais a legislação de proteção ao consumidor, em nome da justiça e segurança das relações jurídicas, inobstante o papel próprio do Direito Internacional, do qual se espera figurar como a grande esfera supranacional de funcionalização da autonomia da vontade.

A necessidade de limites decorre não só da necessidade de se direcionar o progresso — até mesmo no sentido de se avaliar se realmente existe um avanço, do ponto de vista axiológico, ou se os fatos levaram na verdade a um retrocesso, atuando os limites como "*um modo de pôr em câmera lenta o progresso, em áreas onde as inseguranças são muitas, e os riscos, grandes*" [67] — como também de se evitar a sujeição dos mais fracos diante de uma desregulação, que sugere o poder de fato exercido pelos grandes grupos econômicos diante do aviltamento dos poderes públicos.

Deslocam-se e fragmentam-se as instâncias legitimadas à formulação de regras jurídicas, num modelo de regulação social dito neofeudal [68], de modo

---

[64] Marcílio Toscano França Filho, *op. cit.*, p. 117.

[65] André-Noël Röth, O direito em crise: fim do Estado moderno? in Direito e globalização econômica, *op. cit*, p. 18-19.

[66] Cf. Olivier Itaenu, *Internet et le droit; aspects juridiques du commerce électronique*. Ed. Eyrolles, Paris, 1996, p. 07-08.

[67] Ricardo Luis Lorenzetti, *op. cit.*, p. 118-119.

[68] Cf. André-Noël Röth, *op. cit.*, p. 24.

que a tensão constante entre poder econômico e intervencionismo pode ser figurada como uma espécie de gangorra, na qual, ante o predomínio excessivo de um dos elementos, o outro atua, de forma a evitar um desequilíbrio.

É a grande lição que se extrai da crise econômica advinda dos abusos à livre iniciativa no Estado liberal, dando ensejo ao Estado social, que por sua vez restou obsoleto numa sociedade globalizada ou neoliberal, cuja segurança dependerá de um intervencionismo, ainda que a nível internacional, num momento em que se clama por um pacto de regulação à maneira de **Bretton Woods**, a definir os rumos da economia mundial.

6 – *Conclusão*

Diante de todo o exposto, infere-se haver uma relação dialética entre autonomia da vontade e intervencionismo estatal, de maneira que, colocados à prova num processo histórico, numa realidade social de crescente movimento e complexidade, não podem prescindir um do outro, sendo que o predomínio excessivo de um dos fatores de tal equação imporá a atuação do outro, no sentido de um equilíbrio a ser perseguido.

A intervenção estatal, usualmente designada "limites à autonomia privada", encontra seu ponto de partida e de chegada na autonomia privada [69], surgindo como delimitação daquela situação, marcada pela historicidade, de maneira que ambos, autonomia privada e intervencionismo, como foi visto, assumem formas definidas de acordo com cada tipo de sociedade e de Estado, bem como a natureza e fundamento dos direitos humanos então reconhecidos, evidenciando-se uma constante mutação, em obediência ao império dos fatos.

Nesse sentido, nossas observações dirigidas ao futuro de uma sociedade globalizada se baseiam na correlação de forças resultante das fases anteriores de dito processo; resta, ao fim de um trabalho sempre aberto à crítica, premido ainda pela amplitude do tema, a esperança de haver sido dada uma resposta razoável aos problemas que nos propusemos enfrentar.

---

[69] Ana Prata, *op. cit.*, p. 36.

7– *Bibliografia*

Livros:

1 – Almeida Costa, Mário Júlio, e outro. *Cláusulas contratuais gerais, anotação ao Decreto-lei nº 446/95, de 25 de outubro.* Livraria Almedina, Coimbra, 1995, 72 p.
2 – Antunes Varela, João de Matos. *Das obrigações em geral*, vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 7ª. Ed., 1993, 942 p.
3 – Arruda Junior, Edmundo Lima e outros (orgs.). *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho.* Ed. IBEJ, Curitiba, 1998, 298 p.
4 – Barroso, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas; limites e possibilidades da Constituição brasileira.* Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1990, 1ª ed. , 231 p.
5 – Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Ed. Campus, São Paulo, 1992, 217 p.
6 – Cabral de Moncada, Luis S. *Direito Econômico.* Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1988, 2ª ed., 433 p.
7 – Carvalho, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites.* Ed. Centelha, Coimbra, 1981, 2ª. Edição, 101 p.
8 – Corrêas, Oscar. *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo).* Ed. Universidad de Puebla, Puebla, 1986.
9 – Couto e Silva, Clóvis. *A obrigação como processo.* José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1976, 225 p.
10 – Fachin, Luiz Edson (coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo.* Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1998, 329 p.
11 – Faria, José Eduardo de. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas.* Malheiros Editores, São Paulo, 1998, 1ª. Edição, 160 p.
12 – Fradera, Vera Maria Jacob de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva.* Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1997, 252 p.
13 – Gomes, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações.* Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, 2ª. Edição, 202 p.
14 – Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris, Editor, Porto Alegre, 1991, 34 p.
15 – Itaenu, Olivier. *Internet et le droit; aspects juridiques du commerce électronique.* Ed. Eyrolles, Paris, 1996, 227 p.
16 – Larenz, Karl. *Derecho de obligaciones.* Tomo I, tradução Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, 542 p.
17 – Lisboa, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos.* Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, 568 p.
18 – Lorenzetti, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado.* Trad. Vera Maria Jacob de Fradera, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, 613 p.

19 – Neto Lôbo, Paulo Luiz. *O contrato: exigências e concepções atuais*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1986, 95 p.
20 – Oliveira, Guilherme de. *Mãe há só uma (duas); o contrato de gestação*. Coimbra Editora, Coleção Argumentum, Coimbra, 1992, 119 p.
21 – Prata, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Livraria Almedina, Coimbra, 1982, 231 p.
22 – Roppo, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Livraria Almedina, Lisboa, 1988, 371 p.
23 – Severino, Antonio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. Ed. Cortez, São Paulo, 1998, 272 p.
24 – Wieacker, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2ª. Edição, 1967, impressa em 1993, 768 p.

Artigos:

1 – França Filho, Marcílio Toscano. "O mercado global, o direito da integração e a proteção do consumidor", in *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vols. 23-24, julho/dezembro de 1997, págs. 112-121.
2 – Neto Lôbo, Paulo Luiz. "Contrato e mudança social", in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 722, dezembro de 1995, págs. 40-45.
3 – Oliveira, Ubirajara Mach. "Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva", in *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, julho/dezembro de 1997, págs. 41-78.
4 – Villela, João Baptista. "Por uma nova teoria dos contratos", in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 261, págs. 27-35.

(**) Guilherme Magalhães Martins é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil

ARNOLDO WALD (*)

"O nosso direito atual é uma curiosa mistura de instituições do antigo direito e daquelas que são exigidas por um novo regime. É uma obra de conciliação."
GEORGES RIPERT

"É útil conservar tudo que não é necessário destruir."
JEAN PORTALIS

ÍNDICE

I. ***O sentido da nova economia***

II. ***Um novo direito***

III. ***A evolução do contrato***

IV. ***Conclusões***

I. *O sentido da nova economia*

1. A grande ruptura do terceiro milênio consiste na criação, no reconhecimento e na generalização, no mundo inteiro, da nova economia, baseada no desenvolvimento tecnológico e na competição, mas também na globalização e na desmaterialização parcial da riqueza, com reflexos em todos os aspectos da sociedade e, inclusive, no direito.

2. Em primeiro lugar, a revolução no campo das telecomunicações e da informática permitiu uma aceleração da produção industrial e do comércio

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 14 (3ª Fase), jul./dez. 2001, p. 23-40.

interno e internacional, que jamais poderia ser concebida nos meados do século XIX. Passamos, em todos os campos de atividade, das progressões aritméticas para as progressões geométricas da ciência e da tecnologia, exigindo do indivíduo uma formação contínua e um poder de tomar decisões rápidas, que nem sempre se impunham no passado. Podemos, assim, definir a nossa era como sendo não somente a da "incerteza", à qual se referia GALBRAITH [1], ou da "descontinuidade", como a caracterizava PETER DRÜCKER [2], mas a da extrema velocidade e do desaparecimento das distâncias e das fronteiras.[3]

3. Essa transformação radical determinou também uma mudança da estrutura econômica, substituindo, algumas vezes, e, em geral, complementando os importantes fatores de produção do passado – matéria-prima, mão-de-obra barata e capital - por outro - o saber. É a razão pela qual, já nas últimas décadas do século XX, impunha-se a chamada "economia do saber" [4], que substituiu a esteira de produção em massa, baseada no trabalho repetitivo e mecânico de um grande número de operários, pelos *robots*, controlados por empregados qualificados, quiçá por engenheiros. Em vez de um sistema de regras rígidas aplicadas numa empresa de tipo piramidal e de inspiração quase militar, como o que foi concebido pelo fordismo e pelo sistema de divisão do trabalho e de administração científica das empresas defendido por TAYLOR, foi preciso admitir uma liberdade e uma criatividade mais ampla por parte de todos os que participam das redes de produção ou comercialização, ensejando a necessidade de fazer prevalecer a "empresa flexível", à qual alude ALVIN TOFFLER. [5]

4. Por outro lado, a globalização e a competição fizeram desaparecer os mercados fechados e cativos, que se mantinham com base na tradição ou, até, numa espécie de direito adquirido, com o monopólio de abastecer o consumo local, que existia em nosso país até 1990. A abertura comercial imposta pelas circunstâncias, a desregulamentação progressiva e a redução da intervenção do Estado burocrático e até do *Welfare State* fizeram com que viessem a prevalecer as regras do mercado. Neste sentido, a evolução econômica ensejou a modificação das políticas protecionistas de outrora e, finalmente, a criação de instituições internacionais e os tratados bilaterais e regionais reduziram as barreiras alfandegárias.

5. A luta contra a inflação e os orçamentos relativamente equilibrados, que a maioria dos países foi alcançando, assim como determinados tratados internacionais, também limitaram o poder do Estado de interferir na economia mediante subsídios ou até financiamentos de longo prazo a juros reduzidos. Quer tais modificações tenham ocorrido em virtude da formação de grupos regionais, como ocorreu na Europa, quer tenham sido adotadas para garantir a

---

[1] JOHN KENNETH GALBRAITH, *A era da incerteza*, São Paulo, Pioneira, 1982.
[2] PETER DRÜCKER, *The age of discontinuity: guidelines to our changing society*, New York, Harper e Row, 1968.
[3] FRANCES CAIRNCROSS, *The death of distance*, Boston, Harvard Business School Press, 1997, p. 303.
[4] PETER DRÜCKER, *Post-capitalist society*, New York, Harper Business, 1993, p. 232.
[5] ALVIN TOFFLER, *A empresa flexível*, São Paulo, Record, 1985.

estabilidade econômica e monetária, como foi o caso do Brasil e da Argentina, o resultado foi o mesmo, com dificuldades no curto prazo e a esperança de um maior desenvolvimento no médio e longo prazos.

6. Em todos os países, mesmo naqueles cujos governos têm formação socialista ou trabalhista, afirma-se que é preciso adotar uma economia de mercado, sem implantar uma sociedade dominada exclusivamente pelas leis do mercado. [6]

7. A nova economia prevê a possibilidade de cortar custos substanciais e aumentar conseqüentemente os lucros empresariais, multiplicando rapidamente a velocidade da comercialização dos produtos e dando uma nova escala à atividade negocial, pela possibilidade de alcançar um número ilimitado de clientes ou de fornecedores pela utilização da Internet.

8. Ao contrário da evolução de outras tecnologias, que se realizou gradual e progressivamente, a da Internet ensejou uma verdadeira ruptura com o passado, caracterizando o que alguns economistas denominaram a "destruição criadora" [7], pois a nova técnica tornou-se, no mundo hodierno, "tão vital quanto a respiração".

9. É interessante notar que a utilização da Internet e a conseqüente generalização dos contratos eletrônicos não se limitou a uma área geográfica determinada, embora a sua importância seja maior nos Estados Unidos. Na realidade, a Europa tem reagido rapidamente e, já agora, desde a China até os países da América Latina, a nova economia está presente, para se desenvolver e apresentar boas oportunidades, inclusive em setores cuja atividade, no passado, era considerada como necessariamente artesanal, como a educação, a saúde e até a prestação de serviços jurídicos.

10. A nova economia pode até modificar o equilíbrio das forças mundiais, permitindo a alguns países menos desenvolvidos que recuperem o seu atraso, pulando determinadas etapas e utilizando mais adequada e generalizadamente as novas tecnologias.

11. Examinando a matéria, RUDIGER DORNBUSCH chegou a escrever que:

> *"Apesar das quedas no mercado acionário, a nova economia alcançou a maioridade. Ela não oferece uma*

---

[6] Convergem neste sentido posições de políticos de esquerda e de pensadores independentes. O *slogan* do *Premier* francês LIONEL JOSPIN é o seguinte: "A favor da economia de mercado, não à sociedade de mercado." Por sua vez, TONY BLAIR se coloca a favor de uma parceria entre a eficiência econômica e a justiça social, pretendendo reconciliar a esquerda com o capitalismo (*Les Échos*, 8.11.1999, pp. 2-3). A chamada "terceira via" procura construir um liberalismo social, ou seja, uma democracia social modernizada, ou ainda uma solução "social-liberal", à qual se refere MIGUEL REALE (*Estado de São Paulo* de 17.4.1999), em seu artigo intitulado "O capitalismo na encruzilhada".

[7] A expressão é de JOSEPH SCHUMPETER, que a considera como elemento fundamental da mudança nas economias capitalistas, em decorrência do deslocamento de um produto ou de um processo tecnológico, em virtude da atuação de um empresário que, assim, substitui aquele que dominava uma certa área do mercado. A ela se refere ROBERT HEILBRONER (*Twenty-first century capitalism*, UCL Press, 1992, p. 38).

> *fórmula mágica de enriquecer; não dobra a taxa de crescimento; não se dá pelo simples fato de respirarmos o ar. A nova economia significa trabalho duro; seus milagres são limitados, porém reais. Em vários lugares, ela vira o mundo de cabeça para baixo: a Finlândia como um centro de alta tecnologia, a Alemanha ficando para trás porque a mudança é vista com maus olhos, a decadente economia japonesa resgatada pelo seu formidável potencial tecnológico."* [8]

12. Por sua vez, o historiador ERIC HOBSBAWN concluiu, em recente entrevista, que:

> "A força intelectual e de informação está muito concentrada. É possível superar isso; o Japão conseguiu e, provavelmente, a China conseguirá. Na minha visão, a Índia também tem boas chances de êxito em certas áreas porque é um país com uma grande tradição intelectual na área do pensamento abstrato." [9]

13. É ainda preciso ponderar que um dos efeitos da nova economia tem sido a multiplicação das parcerias, sob todas as suas formas, abrangendo desde as fusões e incorporações até os vários tipos de *joint-ventures* e as aquisições de controle consensuais ou litigiosas. De um lado, podemos afirmar que os grupos societários substituíram a sociedade anônima e que, seja pela sua natureza, seja pela sua atividade, as empresas tiveram de deixar de ser locais, para se tornarem nacionais, binacionais ou multinacionais. De outro lado, competidores e concorrentes se uniram, muitas vezes, para fins específicos, substituindo a anterior luta pela conquista do mercado alheio por uma colaboração em determinadas atividades de pesquisa ou comercialização, ou ainda para atuarem conjuntamente em certos países ou regiões. O espírito da parceria modificou profundamente as relações entre as partes, multiplicando-se o mesmo entre o Estado e as empresas privadas, entre fornecedores, uns com os outros ou com consumidores, entre empresas de países distintos, entre distribuidores de mercadorias, entre instituições de fim lucrativo e outras sem essa finalidade. [10]

---

[8] RUDIGER DORNBUSCH, "Não dê a nova economia como morta", in *Folha de São Paulo* de 11.6.2000, p. A3.

[9] ERIC HOBSBAWN, entrevista intitulada "Sociedade de incertezas", in *Folha de São Paulo* de 11.6.2000.

[10] ARNOLDO WALD, ALEXANDRE DE M. WALD e LUIZA RANGEL DE MORAES, *O direito de parceria e a nova lei de concessões*, com prefácio do Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

14. Outro efeito relevante das recentes transformações econômicas foi uma verdadeira revolução cultural, em virtude do abandono do texto escrito como sendo o único documento vinculatório do ponto de vista jurídico. Efetivamente, a idéia do texto escrito está ligada à origem da história da humanidade que conhecemos, pois até os Dez Mandamentos pressupunham um texto escrito. Quer a inscrição se fizesse na pedra, no papiro ou no papel, à mão ou utilizando a impressão, o documento escrito era condição básica de qualquer pacto, compromisso ou contrato que se revestisse de importância e seriedade. Por mais relevantes que pudessem ser as palavras rituais, que eram exigidas, em numerosos casos, no direito antigo e atualmente só são imperativos em casos excepcionais (como o do art. 194 do Código Civil, que se refere ao casamento), o documento escrito passou a ser, há longos séculos, a principal forma de manifestação da vontade das partes. Assim, o ato de declaração de vontade de contratantes constava sempre de um documento por eles subscrito. A nova economia, admitindo a assinatura eletrônica, constitui, pois, uma modificação cultural da maior importância e que deve refletir-se na própria formação e educação das novas gerações, além de exigir profunda alteração legislativa.

15. Finalmente, é preciso salientar que não há antagonismo, mas simples complementação entre a nova e a velha economia. É o que se evidencia pela utilização de instrumentos da nova economia por empresas tradicionais e, por outro lado, pela fusão ou incorporação, especialmente no campo da informação e do lazer, de entidades pertencentes cada uma a um dos dois grupos. Pode-se afirmar, assim, que existe uma ponte, cada vez mais ampla, entre as duas economias, pois numa - a velha - se dá maior ênfase ao passado da empresa, aos bens materiais e às suas possibilidades atuais, enquanto na outra - a nova - se valoriza basicamente a porção do mercado que ocupa e a sua criatividade, ou seja, em grande parte, bens imateriais e perspectivas futuras.

16. Na realidade, a prevalência dos bens imateriais, abrangendo *know how* e novas tecnologias, e a experiência de uma equipe fazem avaliar as empresas pelo seu futuro, ou seja, pela sua capacidade de gerar lucros, envolvendo uma verdadeira revolução para economistas, auditores e juristas.

17. Num processo dialético, podemos até conceber a velha economia como sendo a tese, a nova, a antítese, e a simbiose de ambas, a síntese que já está ocorrendo e deverá consolidar-se no futuro. Trata-se, agora, de compatibilizar os instrumentos jurídicos de ambas, para que a inovação não signifique um risco incomensurável, mas para que este possa ser limitado por técnicas jurídicas adequadas, sejam elas já existentes e tradicionais ou ainda não concebidas e devendo ser construídas pelos juristas, dentro de uma revisão da dogmática jurídica.

II. *Um novo direito*

> "É mais fácil substituir, nas usinas, material envelhecido por máquinas novas do que substituir

> uma aparelhagem jurídica tradicional pela nova ordem jurídica."
>
> GEORGES RIPERT [11]

18. No momento em que o Brasil ingressa no terceiro milênio, comemorando quinhentos anos do seu descobrimento, os meios jurídicos e a opinião pública reconhecem a necessidade de uma grande reforma no plano do direito. Após ter restaurado o regime democrático e conquistado, nos últimos cinco anos, a estabilidade monetária, abrindo a sua economia, o país precisa agora alcançar a estabilidade jurídica que dê ao cidadão um mínimo de garantias quanto ao seu presente e seu futuro, permitindo o planejamento empresarial a curto, médio e longo prazos, que caracteriza o Estado de Direito no mundo hodierno.

19. Por outro lado, a renovação do direito se impõe, com as grandes reformas nos planos tributário, previdenciário, administrativo e judiciário, a fim de modernizar as suas instituições e compatibilizá-las com uma economia dinâmica, que possa competir com a das outras nações, assegurando, assim, a todos os cidadãos um nível digno de vida.

20. Revendo a nossa história, verificamos que a República ensejou a elaboração da Constituição de 1891 e do Código Civil, cujo projeto data do fim do século passado, refletindo a sociedade rural da época, ainda dominada pelo chamado "privatismo doméstico", e que ORLANDO GOMES considerou atingido de "uma senilidade precoce" [12]. Meio século depois, os anos quarenta permitiram a implantação do direito do trabalho, a renovação do processo e do direito penal, a modernização do direito societário e falimentar, retratando a fase inicial do nosso capitalismo industrial. Em seguida, nas décadas de sessenta e setenta, a reforma bancária de 1964 e a nova lei societária de 1976 indicavam os novos rumos do país, que pretendia alcançar o nível de potência econômica mundial.

21. Atualmente, a ruptura tecnológica e as transformações características de um mundo que foi considerado como sendo o da mudança constante [13] e da imprevisibilidade ensejaram, com a revolução tecnológica nas comunicações e a Internet, a nova economia, que, como vimos, subsiste ao lado da velha e, muitas vezes, com ela se funde ou a complementa. Essa terceira revolução industrial [14] modifica tanto a estrutura social e a própria concepção do trabalho quanto o fez a do século passado. O papel da informática como catalisadora das mudanças estruturais no mundo de hoje é tão ou mais importante quanto foi o da eletricidade e da máquina a vapor no século passado. E do mesmo modo que já se disse que a sociedade anônima foi o grande instrumento jurídico dos progressos realizados no passado [15], os grupos societários e as novas técnicas jurídicas, concebidas

---

[11] GEORGES RIPERT, *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*, tradução brasileira, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947, p. 56.

[12] ORLANDO GOMES, *A crise do direito*, São Paulo, Max Limonad, 1953, p. 286.

[13] CHARLES HANDY, *Tempo de mudanças: a descontinuidade administrativa num mercado competitivo*, tradução de RICARDO GOUVEIA, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 206.

[14] BRUNO LUSSATO, *La troisième révolution*, Paris, Plon, 1999.

[15] GEORGES RIPERT, *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*, já citado, p. 59.

tanto pelo legislador como pela jurisprudência e pela prática, apresentam-se, atualmente, como os instrumentos necessários para alcançar o desenvolvimento sustentado. [16]

22. Novas formulações jurídicas hão de ser criadas, outros equilíbrios devem ser encontrados, no plano dos contratos, da família, da sociedade e do próprio Estado, para que o direito não seja uma espécie de camisa-de-força que impeça a boa utilização das novas tecnologias e da própria globalização, criando-se, ao contrário, um clima de cooperação entre homens e países, dominado pela ética.

23. Se desapareceu o mundo da segurança que alguns autores acreditavam que ainda existia no fim do século XIX [17], no momento em que foi concebido o nosso Código Civil, uma adaptação deve ser feita, mantendo aquilo que pode ser duradouro e permanecer, abandonando o que se tornou obsoleto e criando as novas estruturas jurídicas que a sociedade exige.

24. Se a revolução econômica e tecnológica é inegável, cabe ao jurista acompanhá-la, revendo até as premissas da dogmática jurídica, reconhecendo as mudanças que estão ocorrendo e adotando as novas medidas que se impõem num mundo no qual muitas das situações conflitantes do passado, entre nações, empresas e indivíduos, estão sendo substituídas por parcerias por eles realizadas no interesse comum.

25. No campo profissional, as universidades se unem às empresas e magistrados e advogados se encontram com professores e congressistas para tentar, mediante soluções consensuais, encontrar os novos caminhos que, também no plano do direito, o Brasil precisa trilhar, com urgência e coragem, para deixar de ser o país do futuro [18] e das esperanças, para ser o das realizações. [19]

26. Do mesmo modo que se tem caracterizado o novo capitalismo pela existência de uma "destruição criadora", pode-se pensar na caracterização do novo direito como uma verdadeira criação ou construção interpretativa que, conforme o caso, complemente ou até substitua as normas vigentes ou a interpretação que a doutrina e a jurisprudência lhes davam ou ainda lhes dão. [20]

27. Há, evidentemente, em nosso país, um contraste flagrante entre o acelerado desenvolvimento econômico e tecnológico e, de outro lado, a lentidão das reformas políticas e jurídicas. Alguns sociólogos opõem "os dois Brasis" [21], o Brasil moderno e o Brasil arcaico, com base no desenvolvimento regional,

---

[16] Arnoldo Wald, "O direito do desenvolvimento", in *Revista Forense*, vol. 220, p. 421 e seg. e "Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades", in *A nova lei das sociedades anônimas*, publicação da Secretaria da Fazenda de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1977, p. 123 e seg.

[17] Stefan Zweig, *O mundo que eu vi*, Rio de Janeiro, Guanabara, 1942, p. 15 e seg.

[18] Stefan Zweig, *Brasil, país do futuro*, tradução de Odilon Gallotti, Rio de Janeiro, Guanabara, 1941, p. 323.

[19] Ivan Pedro de Martins, *O amanhã é hoje*, Rio de Janeiro, Record, p. 197.

[20] Arnoldo Wald, "A revolução e os juristas", in *Digesto Econômico*, nº 181, pp. 119-121, e *O direito da crise*, in *Revista de Informação Legislativa*, nº 82, pp. 83-86.

[21] Jacques Lambert, *Os dois Brasis*, 12ª ed., São Paulo, Nacional, 1984.

chegando outros a comparar o nosso país com uma simbiose da Índia e Bélgica, em virtude da diferença do PIB *per capita* no Norte/Nordeste e no Centro/Sul. Do mesmo modo, caberia distinguir o Brasil moderno do mundo industrial e financeiro e o Brasil arcaico da política que, algumas vezes, ainda está inspirada nas capitanias hereditárias e no coronelismo. O nosso direito revela essas duas faces – a obsoleta e a moderna – cabendo ao jurista conciliá-las e ser um catalisador da verdadeira revolução cultural que está ocorrendo.

28. Assim, o Brasil sofre simultaneamente duas grandes transformações, a decorrente da globalização, que ensejou a nova economia, e a que é conseqüência da integração nacional das várias regiões do país com as suas peculiaridades.

29. Finalmente, o direito deve servir de ponte entre a economia moderna e a política arcaica, pois abrange regras tradicionais e outras inovadoras, que devem formar um sistema único, racional e coerente, não podendo subsistir sob a forma de uma colcha de retalhos.

30. Por outro lado, na medida em que a evolução das atividades econômicas contribui para tornar mais complexas as regras jurídicas, a criatividade jurídica do advogado tornou-se, no mundo hodierno, uma verdadeira vantagem competitiva, que tem inclusive justificado a preferência pela utilização, em todos os países, de sistemas jurídicos mais flexíveis e adaptados à mudança. [22]

31. Dentro desse contexto, o direito privado se torna uma verdadeira força que assegura a melhor *performance* da empresa, considerada como centro da economia contemporânea [23], a possibilidade de atrair capitais nacionais e estrangeiros e, conseqüentemente, a riqueza das nações e o aprimoramento das condições de vida na sociedade. E o direito público passa a ser um instrumento da reforma do Estado e da nova estruturação dos serviços públicos, que deve prestar de modo eficiente, para cumprir a sua função constitucional em todos os campos de atividade, assegurando a todos os cidadãos uma vida digna num clima de segurança.

32. Do mesmo modo que nas fases da Independência, da Proclamação da República e, mais recentemente, por ocasião do papel social que o Estado passou a ter na fase do Estado Novo, implantou-se uma nova legislação, cabe hoje uma revisão do sistema jurídico aplicável à nova sociedade na qual passamos a viver. Podemos até afirmar que a abertura da economia e a volta ao regime democrático significaram para o Brasil senão uma revolução, ao menos um "*New Deal*" entre o Estado e a sociedade, com sentido diferente mas com a mesma importância histórica que teve, nos Estados Unidos, o implantado por ROOSEVELT, na década de 1930. A nova sociedade exige, pois, um novo direito, uma nova dogmática jurídica.

---

[22] É um dos motivos que explica que a globalização ensejou a aplicação generalizada do direito anglo-americano nos contratos internacionais. Em seminário realizado em Paris e organizado pelo Senado francês no início do corrente ano, foi salientado que o direito passou a ser um fator de competitividade econômica (*Les Echos*, 7.3.2000).

[23] ARNOLDO WALD, "Novas perspectivas da empresa", in *Digesto Econômico*, fevereiro 1995, p. 2 e seg.

33. Assim, tanto quanto ou ainda mais do que na segunda metade do século XX, quando foram proferidas, são da maior atualidade as palavras de SAN TIAGO DANTAS, quando pregava a construção de uma nova dogmática jurídica, nos termos seguintes:

> *"Não haveria, talvez, exagêro em dizer que a obra fundamental reservada ao pensamento jurídico dos nossos dias é, pois, a renovação da antiga Dogmática. No Brasil, como em todos os países, vivemos um momento de dualidade teórica que urge ultrapassar.* ***A visão do Direito objetivo que muitos juristas conservam e defendem é a de um sistema harmônico de normas de Direito comum, em tôrno do qual cresce a congérie das normas de Direito especial, caprichosas, contraditórias e efêmeras. A doutrina abona e explica as primeiras; para as segundas, temos de cair numa positividade estreita, pois, não se reconhece estrutura doutrinária capaz de lhes dar continuidade e coerência.***
>
> ***É essa visão que precisa ser substituída, nos livros de doutrina, no ensino universitário, no fôro, nos trabalhos legislativos, por uma outra capaz de se adaptar à renovação do Direito positivo, e de buscar, por igual, nos Códigos e nas leis especiais, os elementos com que se retificarão os conceitos técnicos e o próprio sistema, e numa palavra, a nova Dogmática Jurídica."*** [24]

34. Depois de analisar os traços básicos da nova economia e a função do direito como catalisador do desenvolvimento, cabe examinar a evolução do contrato, o seu passado, o seu presente e o seu futuro.

III. *A evolução do contrato*

35. Poucos institutos sobreviveram, por tanto tempo, e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou a sociedades com estruturas e escalas de valores tão distintas quanto as que existiam na Antigüidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista. [25]

36. Para os juristas, magistrados e advogados brasileiros, ainda acostumados aos princípios do Código Civil vigente, mesmo quando flexibilizados pelas

---

[24] F. C. DE SAN TIAGO DANTAS, *Nova dogmática jurídica*, Revista Forense, nº 98, p. 293.

[25] F. C. DE SAN TIAGO DANTAS, "Evolução contemporânea do direito contratual", *Revista Forense*, nº 139, pp. 5-13; e RENÉ DAVID, *Traité élémentaire de droit comparé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, p. 328.

chamadas leis extravagantes, o atual projeto de Código Civil apresenta um contrato sob novas vestimentas, com finalidades e regime jurídico que se afastam do nosso direito clássico, justificando uma reflexão sobre a matéria.

37. Na realidade, o contrato nasceu formalista e típico no direito romano, para transformar-se num instrumento válido pelo fato de ser uma manifestação de vontade do indivíduo e, em conseqüência, um instrumento vinculatório, que fazia o papel da lei entre as partes, na concepção dos enciclopedistas que inspiraram a Revolução Francesa e o Código Civil.

38. Por longo tempo, entendeu-se que os pactos deviam ser respeitados (*pacta sunt servanda*), pois refletiam um ato de liberdade individual. O contrato, pela sua própria natureza, por decorrer de um acordo de vontades, devia ser considerado justo e, conseqüentemente, era intangível, devendo ser executado, custasse o que custasse, de acordo com a intenção das partes, ressalvados, tão-somente, os casos excepcionais da força maior e do caso fortuito.

39. Podendo transferir a propriedade no sistema franco-italiano, ou não podendo fazê-lo no direito alemão e na legislação brasileira, o contrato foi, certamente, o grande instrumento jurídico do capitalismo incipiente que dominou o mundo até o fim da Primeira Guerra Mundial.

40. Com o advento do comunismo na Rússia e da Constituição de Weimar na Alemanha, o sopro do socialismo, sob as suas diversas formas e com densidades distintas, abalou, em parte, a mística contratual sedimentada pelo Código Napoleão, sem que, todavia, o contrato perdesse a sua função e utilidade.

41. Surgiram, aos poucos, as limitações tanto à liberdade de contratar, ou de não contratar, quanto à liberdade contratual, ou seja, à fixação do conteúdo do contrato. Embora se mantivesse, como regra geral, a onipotência da vontade individual, com a possibilidade de criação dos mais variados contratos inominados, atípicos e mistos, o legislador, ampliando a área da ordem pública econômica, foi restringindo o conteúdo da autonomia da vontade.

42. A liberdade, no plano contratual, tem sofrido amplas restrições, especialmente no tocante à faculdade de fixar o conteúdo do contrato (liberdade contratual), pois muitos contratos são, hoje, verdadeiros contratos de adesão, cujo texto depende de aprovação prévia de organismos governamentais, ou nos quais, tratando-se de contratos de massa, o aderente não tem condições de discutir as cláusulas. Quanto à liberdade de contratar, tem sido mantida em termos gerais, embora, em determinados casos, possa constituir infração à lei o fato de deixar de vender determinado artigo, por considerar o sistema legislativo vigente tais omissões como contrárias à ordem econômica estabelecida.

43. Em tese, a liberdade contratual só sofre restrições em virtude da ordem pública, que representa a projeção do interesse social nas relações interindividuais. O *ius cogens*, o direito imperativo, defende os bons costumes e a estrutura social, econômica e política da comunidade. Em determinada fase, a ingerência da ordem pública em relação aos contratos se fazia sentir tão-somente ou principalmente pelo combate à usura, proibindo as leis medievais as diversas formas de agiotagem. Quanto aos outros contratos, poucas eram as limitações, até o século XIX.

44. As idéias solidaristas e socialistas e a hipertrofia do Estado levaram, todavia, o direito ao dirigismo contratual, expandindo-se a área das normas de ordem pública destinadas a proteger os elementos economicamente fracos, favorecendo o empregado, pela criação do direito do trabalho, o inquilino, com a legislação sobre locações, e o consumidor, por uma legislação específica em seu favor. Por outro lado, o *dirigismo contratual* restringiu a autonomia da vontade, em virtude da elaboração de uma série de normas legislativas, fixando princípios mínimos que os contratos não podem afastar (salário mínimo, tabelamento de gêneros alimentícios, fixação de juros).

45. O contrato passou, assim, em certos casos, a ter um conteúdo de ordem pública, decorrente da lei, podendo alcançar até pessoas que nele não foram partes, como ocorre na convenção coletiva de trabalho. Temos, então, uma *convenção-lei*, definida como "um ato legislativo, elaborado por via convencional".

46. A obrigatoriedade dos contratos constitui, por sua vez, uma projeção, no tempo, da liberdade contratual, pois as partes são obrigadas a realizar as prestações futuras decorrentes do contrato. O direito contemporâneo limitou, todavia, também tal obrigatoriedade, interpretando-a de acordo com a cláusula implícita *rebus sic stantibus*, ou seja, enquanto as situações das partes não sofrerem modificações substanciais, e permitindo, no caso de haver tais transformações imprevisíveis, uma revisão ou a resolução do contrato.

47. Durante muito tempo, considerou-se que o contrato normalmente compunha interesses divergentes, que nele encontravam uma forma de solução, como acontece nos casos da compra e venda, da locação, da empreitada *etc.* Os contratos que constituem liberalidades são relativamente menos importantes e só recentemente é que a doutrina foi admitindo a importância crescente dos chamados contratos de colaboração, que existem tanto no direito privado quanto no direito público.

48. Nos últimos anos, deixou-se, no entanto, de conceber o contrato como necessariamente decorrente ou representativo de interesses antagônicos, chegando os autores e a própria jurisprudência a admitir, inicialmente nos contratos de longo prazo mas, em seguida, em todos eles, a existência de uma *affectio* - a *affectio contractus*, com alguma semelhança com outras formas de colaboração como a *affectio societatis* ou o próprio vínculo conjugal.

49. Em vez de adversários, os contratantes passaram, num número cada vez maior de contratos, a ser caracterizados como parceiros, que pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e eqüitativa, considerando os ideais de fraternidade e justiça. Já no início do século, alguns autores, como René Demogue, referiam-se ao contrato como sendo "uma união de interesses equilibrados, um instrumento de cooperação leal, uma obra de confiança mútua" [26]. Mais recentemente, outros autores franceses desenvolveram a tese

---

[26] René Demogue chega a caracterizar a relação entre o credor e o devedor como sendo um verdadeiro microcosmo, uma sociedade na qual ambas as partes devem trabalhar para atingir um fim comum, surgindo entre eles um dever de colaboração (René Demogue, *Traité des obligations en général*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931, t. VI, nº 3, p. 9).

da equação contratual, inspirada no direito administrativo, para vislumbrar no contrato um ponto de equilíbrio necessário, ou seja, um instrumento de colaboração, entre os contratantes, no interesse de ambos e da própria sociedade.

50. Há, pois, uma evolução na qual, após termos abandonado a caracterização do contrato como manifestação ilimitada da liberdade individual, demos a ele uma nova conceituação em que prepondera, ou deve preponderar, sobre a intenção e a vontade individual de cada um dos contratantes o consenso que entre eles se formou, sem que seja lícito, a qualquer um deles, tirar uma vantagem maior do que a racionalmente aceitável, no momento tanto da celebração do contrato como em todo o período da sua execução, quando se trata de convenções com efeitos duradouros ou diferidos.

51. No passado, o contrato permitia às partes evitar todos os riscos futuros, garantindo-lhes a imutabilidade das prestações convencionadas e a sobrevivência da convenção diante de fatos imprevistos, mesmo quando alteravam substancialmente a equação contratual. Hoje, o contrato perdeu essa perenidade, mas ganhou em flexibilidade, sacrificando-se alguns benefícios eventuais ao interesse comum das partes e ao interesse social.

52. Em recente estudo, pretendeu-se que o contrato, no passado, era uma espécie de bolha ou uma ilha, independente, alheia aos acontecimentos e prevalecendo sobre as eventuais modificações fáticas e legislativas. Atualmente, o contrato se transformou num bloco de direitos e obrigações de ambas as partes, que devem manter o seu equilíbrio inicial, e num vínculo ou até numa entidade.[27] Vínculo entre as partes, por ser obra comum das mesmas, e entidade, constituída por um conjunto dinâmico de direitos, faculdades, obrigações e eventuais outros deveres, que evolui como a vida, de acordo com as circunstâncias que condicionam a atividade dos contratantes.

53. Assim, em vez do contrato irrevogável, fixo, cristalizado de ontem, conhecemos um contrato dinâmico e flexível, que as partes devem adaptar para que ele possa sobreviver, superando, pelo eventual sacrifício de alguns dos interesses das partes, as dificuldades encontradas no decorrer da sua existência. A plasticidade do contrato transforma a sua própria natureza, fazendo com que os interesses divergentes do passado sejam agora convertidos numa verdadeira parceria, na qual todos os esforços são válidos e necessários para fazer subsistir o vínculo entre os contratantes, respeitados, evidentemente, os direitos individuais.

54. Dentro desse conceito de parceria, admite-se a anulação do contrato por lesão, a sua resolução ou a sua revisão em virtude da excessiva onerosidade, a cessão do contrato e a assunção da posição contratual, a oponibilidade das cláusulas contratuais a terceiros não contratantes, a relação de dependência que se estabelece entre contratos conexos e subordinados uns aos outros[28], inclusive com a eventual substituição de cláusulas e a mitigação das sanções.

---

[27] J. Mestre, "L'évolution du contrat em droit privé français", in *L'évolution contemporaine des contrats, Journées Savatier*, 1985, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, p. 45 e seg.

[28] Bernard Teyssié, *Les groupes de contrats*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, *passim*, e Georges Virassamy, *Les contrats de dépendance*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1986, *passim*.

55. Trata-se de uma verdadeira nova concepção do contrato, já agora como ente vivo, como vínculo que pode ter um conteúdo variável, complementado pelas partes, por árbitros ou até pelo Poder Judiciário, e no qual, ao contrário do que acontecia no passado, a eventual nulidade ou substituição de uma cláusula não põe necessariamente em perigo toda a estrutura da relação jurídica. Estas modificações surgiram tanto na jurisprudência quanto em virtude do trabalho doutrinário realizado pela extensão que se deu do conceito de boa-fé [29] e pelas obrigações implícitas de leal execução do contrato, significando um dever, imposto às partes, de encontrar uma solução para os eventuais impasses que possam surgir. Por outro lado, também exerceram importante influência sobre a nova conceituação do contrato as normas extravagantes e as chamadas leis de emergência, assim como de certos ramos mais recentes da ciência jurídica, como o direito do consumidor e o desenvolvimento que passou a ter a equação contratual no direito administrativo. [30]

56. Num mundo em que nada mais é absoluto, o contrato, para subsistir, aderiu ao relativismo, que se tornou condição *sine qua non* da sua sobrevivência no tempo, em virtude da incerteza generalizada, da globalização da economia e da imprevisão institucionalizada. A indeterminação das prestações contratuais, que era inconcebível no passado, também está vinculada à inflação, à oscilação do câmbio e às rápidas mudanças tecnológicas, fazendo com que as partes adotem determinados critérios para definir os seus direitos, aceitando prestações indeterminadas no momento da celebração do contrato, mas determináveis no momento de sua execução.

57. Por outro lado, a eventual necessidade de substituir certas cláusulas contratuais, sem afetar as bases da equação contratual, obrigou os contratantes e os juristas a realizarem uma verdadeira sintonia fina para distinguir as cláusulas principais ou essenciais das demais, destacando aquelas sem a presença das quais o contrato não teria sido assinado das que foram consideradas inicialmente como meramente complementares ou acessórias. Por outro lado, cabe-lhes verificar se as eventuais mutações sofridas pelas cláusulas principais permitem manter a equação contratual inicial ou se, ao contrário, as modificações surgidas no contexto tornam imperativa a resolução do mesmo.

58. O contrato, realidade viva, forma de parceria, com direitos e obrigações relativas, constitui uma verdadeira novidade para os juristas clássicos, mas decorre de um imperativo categórico do mundo de hoje que é, como vimos, caracterizado como sendo o da descontinuidade, da incerteza e da mudança. Assim, autores recentes puderam afirmar que as regras do direito dos contratos

---

[29] Judith Martins - Costa, *A boa-fé no direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, e Arnoldo Wald, "La bonne foi: dans l'exécution du contrat, rapport brésilien", in *Travaux de L'Association Henri Capitant, XLIII, La bonne foi (journées louisianaises)*, Paris, Litec, 1994, pp. 252-264.

[30] Arnoldo Wald, "O equilíbrio econômico e financeiro no direito brasileiro: a contribuição do professor Caio Tácito", in Carlos Alberto Menezes Direito (org.), *Estudos em homenagem ao prof. Caio Tácito*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 75-97.

se tornaram relativas, pois "o contrato é mais ou menos obrigatório, mais ou menos oponível, mais ou menos sinalagmático ou mais ou menos aleatório e uma nulidade ou uma resolução é mais ou menos extensa". (31)

59. Por longo tempo, manteve-se a estrutura tradicional do contrato, considerando como exceções as regras que, aos poucos, estavam alterando a escala de valores em que se fundamentou. A generalização das exceções está agora exigindo uma reformulação do regime jurídico do contrato, pois não houve tão-somente modificações técnicas, mas uma verdadeira mudança de concepção, que exige uma reformulação dogmática. Trata-se de passar do absoluto para o relativo, sem perder um mínimo de segurança, que é indispensável ao desenvolvimento da sociedade, e respeitando os princípios éticos.

60. Se, há meio século, uma parte dessa evolução já tinha ocorrido, os juristas da época ainda podiam admitir que os remendos necessários eram de pequena monta, admitindo soluções cosméticas.

61. Já no início do terceiro milênio, é preciso reconhecer que o contrato, para sobreviver, exige o reconhecimento de uma nova estrutura. Efetivamente, o número de exceções à aplicação dos princípios gerais do contrato clássico já alcança um nível que não mais permite fazer com que prevaleçam as regras gerais, sob pena de ensejar o predomínio da ficção sobre a realidade.

62. Em certo sentido, foi essa revolução dogmática que encontramos em vários dos artigos do Projeto do Código Civil, já aprovado pelo Senado e em fase de votação na Câmara dos Deputados. Assim, por exemplo, o legislador, inspirado no texto constitucional, atribui expressamente ao contrato uma função social, limitando a liberdade de contratar em razão da mesma, ao mesmo tempo em que considera a lesão como causa de anulação dos negócios jurídicos e admite a resolução ou a revisão do contrato por excessiva onerosidade, seguindo o exemplo do *Codice Civile* italiano.

63. Quanto à função social do contrato, por si mesma, em nada altera o respectivo regime jurídico, que já repelia o abuso de direito, com base no próprio Código Civil e em virtude de construção jurisprudencial e da norma constitucional de 1988. Efetivamente, a partir do momento em que o direito constitucional brasileiro considerou que a propriedade tinha uma função social (art. 5°, XXIII), tendo a palavra propriedade uma conceituação ampla, o mesmo princípio haveria de ser aplicado aos direitos de créditos, ou seja, às obrigações e, conseqüentemente, aos contratos. Assim, à primeira vista, em termos gerais, pode-se considerar que o Projeto se limitou a explicitar uma norma constitucional e a ratificar tanto a legislação anterior quanto a construção jurisprudencial.

64. Deve-se, entretanto, ponderar que a função sócial do contrato não deve afastar a sua função individual, cabendo conciliar os interesses das partes e da sociedade. Assim, os direitos contratuais, embora exercendo uma função social, constituem direitos adquiridos (art. 5°, XXXVI) e gozam, nos termos da

---

(31) P. Malaurie e L. Aynes, referidos por Cathérine Ghibierge-Guelfucci, no seu excelente artigo intitulado "Libres propos sur la transformation du droit des contrats", publicado na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, abril-junho 1997, n° 2 (do ano), p. 363, nota 45.

Constituição, da proteção do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV), em virtude do qual ninguém pode ser privado dos seus bens - e dos seus direitos que também se incluem entre os bens - sem o devido processo legal. Com essa interpretação, que é a única aceitável em nosso regime constitucional, a inovação do Projeto não põe em risco a sobrevivência do contrato, como manifestação da vontade individual e acordo entre partes interessadas para alcançar um determinado objetivo, por elas definido em todos os seus aspectos.

65. Por outro lado, a lesão já foi reconhecida no direito brasileiro anterior ao Código Civil e a ela se refere a legislação de economia popular. Trata-se, agora, no Projeto, de caracterizá-la como um dos vícios da vontade que enseja a anulação dos atos jurídicos em geral e dos contratos em particular. É matéria que mereceria ser definida com maior precisão, tanto mais que, anteriormente, havia referência aos diversos tipos de lesão, como, por exemplo, a lesão enorme ou até enormíssima.

66. Finalmente, o dinamismo dos contratos fez com que o legislador admitisse a resolução dos mesmos por excessiva onerosidade e a revisão dos contratos unilaterais pelo mesmo motivo. É preciso lembrar que, seguindo o modelo italiano, o Projeto considera que só se justifica a resolução por onerosidade excessiva, que incide sobre um dos contratantes, quando também ocorre uma extrema vantagem para o outro. O Projeto admite que haja revisão do contrato se o réu, na ação de resolução, modificar eqüitativamente as condições do contrato. Talvez, aliás, o legislador pudesse ser mais explícito no caso, subordinando a possibilidade de revisão ao enriquecimento indevido ou excessivo do outro contratante.

67. Nos contratos nos quais as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá a mesma pleitear a redução de sua prestação ou a alteração do modo de execução, a fim de evitar a onerosidade excessiva. Nesta última disposição, não há referência à extrema vantagem do outro contratante, cabendo, todavia, ao intérprete considerar que é uma condição necessária da revisão, pois os dois artigos que tratam da matéria devem ser interpretados construtiva e sistematicamente.

68. Na realidade, diante de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, melhor seria admitir simplesmente que se mantivesse a equação contratual, ou seja, a relação inicialmente estabelecida entre as partes, permitindo, outrossim, que, especialmente nos contratos aleatórios, se pudesse convencionar o afastamento da teoria da imprevisão, pela própria natureza e finalidade do negócio jurídico.

69. Também em relação à imprevisão, o Projeto não chega a inovar radicalmente, por já existir a revisão legalmente prevista em determinados contratos, como os de locação comercial, e ter sido a mesma generalizada pela jurisprudência no tocante ao contrato de empreitada, tanto no campo do direito privado como na área do direito administrativo. Houve, no caso, a transformação de uma norma, que já foi considerada excepcional, em verdadeiro princípio geral do direito, que, no fundo, deflui da própria vedação do enriquecimento sem causa.

70. Sintetizando a posição do Projeto, na sua última fase de revisão pelo Senado Federal, esclarece o Professor JOSAPHAT MARINHO que:

> *"Repele o Projeto, pois, a majestade do contrato, da velha cláusula pacta sunt servanda, para imprimir às obrigações assumidas caráter compatível com o alcance social do direito. Adota o espírito de justiça, que desenvolveu* DUGUIT *já em 1911, na Faculdade de Direito de Buenos Aires, e se alargou, pelo tempo afora, com* RIPERT, SAVATIER *e tantos outros mestres. Mas transmitindo flexibilidade às relações jurídicas, o Projeto não as desguarnece de segurança."* [32]

71. Verificamos que a transformação do contrato se realiza nos seus mais diversos aspectos, quer em relação às suas categorias básicas, quer no tocante ao seu conteúdo, quer no tocante à sua forma, seu suporte e suas dimensões.

72. Efetivamente, enquanto se falava, há algum tempo, da publicização do contrato de direito privado [33], já se admite hoje um movimento pela privatização do contrato de direito administrativo, despojando-se, em certos casos, o Poder Público da sua soberania para atuar como se fosse um particular [34]. Um autor português escreveu interessante obra intitulada *Requiem pelo contrato administrativo* [35], mas, não chegando a este extremo, a doutrina mais recente admite a importância crescente de alguns princípios de direito privado, que se aplicam aos contratos públicos, nas várias formas de parceria, que se multiplicam no plano interno [36] e internacional. [37]

73. Cabe salientar que, nas relações internacionais, a liberdade contratual está sendo ampliada e a *Lex Mercatoria* nos indica a presença de um contrato no qual as partes escolhem a lei aplicável e o foro competente, eventualmente substituído pelo juízo arbitral, reduzindo-se, cada vez mais, o âmbito de aplicação

---

[32] JOSAPHAT MARINHO, "O Projeto do novo Código Civil", in *Revista de Informação Legislativa*, nº 146, p. 8.

[33] LOUIS JOSSERAND, "Apercu général des tendances actuelles de la théorie des contrats", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1937, p. 1. No mesmo sentido, ARNOLDO WALD, "A evolução do direito", in *Revista do Serviço Público*, dezembro 1951, com separata publicada pelo DASP em 1953, p. 21, e *Obrigações e contratos*, 14ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, nº 64, p. 189.

[34] ARNOLDO WALD, "Dos contratos privados firmados pela Administração Pública", in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 40, pp. 13-22.

[35] MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, Almedina, 1990.

[36] ALICE GONZALEZ BORGES, "O contrato administrativo repensado", in *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*, nº 3, 1999, p. 13.

[37] ARNOLDO WALD, "O direito internacional de parceria", in LUIZ OLAVO BAPTISTA e outro, *O direito internacional no terceiro milênio (Estudos em homenagem do Professor Vicente Marotta Rangel)*, São Paulo, Ltr, 1998, p. 887.

da ordem pública internacional [38]. A aplicação do direito uniforme, por sua vez, tem ensejado grandes transformações que mereceriam ser analisadas em profundidade. [39]

74. A importância crescente dos contratos eletrônicos, nos quais se abandona o suporte de papel que, durante tantos anos, caracterizou a estrutura contratual, também modifica alguns dos aspectos da manifestação de vontade das partes, provocando novas regras de interpretação que decorrem das peculiaridades dos novos meios de transmissão.

75. Diante de todas essas modificações, alguns autores chegam a reconhecer a morte do contrato [40] ou, ao menos, o fim da liberdade contratual [41], do mesmo modo que, há cerca de meio século, alguns eminentes juristas diagnosticavam "o declínio do direito". [42]

76. É, todavia, interessante que mesmo aqueles que dão ao contrato o atestado de óbito, reconhecem que poderá ressuscitar das suas próprias cinzas. [43]

77. Mais adequado nos parece admitir, como o fazia René Savatier, logo após a Segunda Guerra Mundial, que o conceito tradicional de contrato tenha estourado ou explodido, adquirindo novas dimensões e referindo-se ao *éclatement* do contrato a justificar a elaboração de uma nova estrutura que a dogmática teria que lhe dar. [44]

78. A polivalência do contrato e a sua vinculação à importância que a civilização ocidental reconhece à palavra dada e ao consenso ao qual chegaram as partes justificam tanto a sobrevivência quanto a adaptação ao contexto existente no terceiro milênio desse instrumento tão rico e flexível, que tem permitido o desenvolvimento racional e pacífico das relações entre os homens.

IV. *Conclusões*

79. Na realidade, temos modificado substancialmente o contrato, dando-lhe conteúdo e efeitos que não tinha no passado, e introduzido, no secular direito civil, com as necessárias cautelas, alguns dos princípios do direito do consumidor e do direito administrativo. Embora seja uma evolução necessária e justa, ela deve ser temperada pelo atendimento dos direitos dos contratantes e da segurança jurídica.

---

[38] Arnoldo Wald, "Algumas aplicações da *Lex Mercatoria* aos contratos internacionais", in Luiz Olavo Baptista e outros, *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas (Estudos em homenagem a Irineu Strenger)*, São Paulo, Ltr, 1994, p. 306.

[39] A. V. M. Struycke, "La *Lex Mercatoria* dans les contrats internacionaux", in *L'évolution contemporaine du droit des contrats (Journées René Savatier de 1985)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, p. 207.

[40] Grant Gilmore, *The death of contract*, 2ª ed., Columbus, Ohio State University, 1995.

[41] P. S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

[42] Georges Ripert, *Le déclin du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

[43] Grant Gilmore, ob. cit., p. 112.

[44] René Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1952, p. 19 e seg.

80. De um lado, já não bastam os retoques incidentais para manter um instituto que, tendo sofrido grandes transformações, exige o reconhecimento das respectivas conseqüências pela dogmática jurídica, a fim de evitar que os conceitos se afastem da realidade. Trata-se, pois, de repensar os institutos, redefinindo as suas características, não bastando manter o nome, ou a forma, para que uma técnica jurídica se mantenha com o mesmo conteúdo.

81. Por outro lado, se o Direito tem a dupla finalidade de garantir tanto a justiça quanto a segurança, é preciso encontrar o justo equilíbrio entre as duas aspirações, sob pena de criar um mundo justo, mas inviável, ou uma sociedade eficiente, mas injusta, quando é preciso conciliar a justiça e a eficiência.

82. Não devem prevalecer nem o excesso de conservadorismo, que impede o desenvolvimento da sociedade, nem o radicalismo destruidor, que não assegura a continuidade das instituições. O momento é de reflexão e construção para o jurista que, abandonando o absolutismo passado, deve relativizar as soluções, tendo em conta tanto os valores éticos quanto as realidades econômicas e sociais. Entre princípios antagônicos, num mundo dominado pela teoria da relatividade, cabe adotar, também no campo do direito [45], o que alguns juristas passaram a chamar os princípios de geometria variável, ou seja, o equilíbrio entre justiça e segurança, com a prevalência da ética, mas sem desconhecer a economia e os seus imperativos.

83. Surge, assim, um novo contrato, tão afastado daquele que foi concebido pelo Código Napoleão quanto o da lei francesa estava distante do contrato romano. A força das palavras e das instituições e, algumas vezes, a denominação dos institutos jurídicos se mantêm no tempo, mesmo quando sofrem mutações radicais em virtude das quais se poderia considerar que o seu conteúdo foi esvaziado ou até desapareceu. Cabe, todavia, aos juristas, especialmente na fase de transição que atravessamos, adaptar os conceitos e institutos à evolução constante do mundo e da tecnologia, para evitar a revolta dos fatos contra o direito, à qual aludia, há longos anos, GASTON MORIN. [46]

SP, 25.09.2000.

---

[45] GUSTAV RADBRUCH, *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1999, p. 74.

[46] GASTON MORIN, *La revolte du droit contre le code*, Paris, Recueil Sirey, 1945, p. 119.

(*) ARNOLDO WALD é Advogado, Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da U.E.R.J., Doutor *honoris causa* da Faculdade de Direito da Universidade de Paris e Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia.

A NOVA ORDEM JURÍDICA E OS PARADIGMAS DA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO E DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUAS FIGURAS PARCELARES

SYLVIO CAPANEMA

No que tange à cessão do estabelecimento é necessário examiná-la à luz dos princípios da função social e da boa-fé subjetiva.

Não temos a menor dúvida que, ao volver seus olhos para o passado, as futuras gerações identificarão que a maior contribuição de nossos tempos para a ciência jurídica foi a conversão da boa-fé subjetiva em objetiva.

Abriu-se, na verdade, uma grande janela para uma outra dimensão ética.

Novas figuras surgiram, como derivadas da boa-fé, no vasto cenário das relações pessoais, tais como o *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio*, o *tu quoque*, *a exceptio doli generalis* e a *exceptio doli specialis*.

No regime anterior, a boa-fé era muito mais uma exortação ética que se fazia aos contratantes, no sentido de que procurassem não causar dano a outrem, agindo sempre segundo as regras da probidade.

Dizia-se subjetiva porque consistia num estado de ignorância, análogo ao erro essencial, daquele que não sabe estar em situação irregular, e por isso atua como se fosse titular do direito.

O exemplo mais eloquente deste estado de putatividade era o do possuidor de boa-fé, que se considerava aquele que ignorasse a existência de vícios que maculavam a sua posse. Ou seja, a posse poderia estar contaminada pela presença de vícios, mas se consideraria de boa-fé, se o possuidor não os conhecesse.

Só ocorreria a interversão da natureza da posse, para considerá-la de má-fé, quando o possuidor, tomando ciência do vício, não se demitisse voluntariamente dela, mantendo o poder físico sobre a coisa.

Enquanto permanecesse no estado de inciência dos vícios, o possuidor era protegido, inclusive no que tange aos efeitos da posse, quanto aos frutos, às benfeitorias e ao direito de retenção.

Muito ao contrário, a boa-fé objetiva se traduz em um dever obrigatório de conduta, um verdadeiro agir segundo as regras da probidade e da veracidade.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 47 (3ª Fase), jan./mar. 2013, p. 257-265.

Tornou-se a boa-fé uma cláusula geral, implícita em todos os contratos, como acima assinalado, mas que vale a pena repisar, à exaustão.

Isso permite e recomenda que os juízes mergulhem nos contratos, para aferir se os contratantes estão se conduzindo como o fariam as pessoas honestas.

O Código Civil de 2002 atribuiu à boa-fé três funções distintas, a ressaltar sua relevância, na nova ordem jurídica.

A primeira é hermenêutica, como se vê do artigo 113, segundo o qual a interpretação dos negócios jurídicos se fará pelas regras da boa-fé e dos costumes do lugar da celebração.

A segunda é contratual, traduzindo a conduta a ser cumprida pelas partes durante a vida do contrato, e que se insere no artigo 422.

Na dicção enfática desse dispositivo legal, em todo e qualquer contrato, e durante todas as suas fases, desde as tratativas até mesmo depois de sua extinção, as partes são obrigadas a guardar a mais estrita boa-fé e probidade.

E, finalmente, surge a noção da boa-fé como equilibradora da equação econômica do contrato, com a relevante função de mantê-la razoavelmente justa, durante toda a sua existência.

Para que a boa-fé possa cumprir essa função, poderosos mecanismos de controle foram criados, tais como as figuras da lesão, do estado de perigo e da onerosidade excessiva, que preservam a comutatividade do contrato.

Não será nada difícil concluir que a boa-fé objetiva apresenta vários papéis fundamentais no atual sistema do direito positivo.

No mundo dos contratos, onde com maior frequência se exige, a boa-fé objetiva vai desde a função de imputar responsabilidade extra-contratual, pela imotivada ruptura das tratativas, até a de vedar o exercício inadmissível de posições jurídicas, que pudessem quebrar a base econômica do negócio.

Como cláusula geral, a boa-fé cria para as partes deveres anexos, que independem de prévia e expressa declaração de vontade.

Quanto à função social do contrato, consagrada no artigo 421 do Código Civil, não caberia ao legislador defini-la.

Mas é intuitivo, acima de qualquer dúvida, que função social do contrato significa que não mais se pode tolerar que sirva ele apenas aos interesses das partes, ou de uma delas, como fator de seu enriquecimento exclusivo, como no passado se pensava.

O contrato, modernamente, deve servir também à sociedade, como mecanismo de construção de um estado de bem-estar, gerando empregos e contribuindo para reduzir as desigualdades sociais.

Não se trata de mera recomendação aos legisladores, o que tornaria inócuo o preceito, e nem de paternalista proteção do mais fraco.

O que se deve entender como função social é a preocupação de evitar que o contrato, desbordando das pessoas dos contratantes, alcance terceiros, causando-lhes prejuízos.

A solidariedade social, transformada em fundamento da República, conforme o artigo 3º da Carta Magna, impõe que sejam considerados, na formulação dos contratos, os interesses coletivos e não apenas os individuais.

Miguel Reale, coordenador e homogeinizador do projeto do Código Civil de 2002, ao comentá-lo, alertou que um dos principais objetivos da codificação foi:

> *"Tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, 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. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão do Direito, mas essencial à adequação das normas peculiares à concreção ética da experiência jurídica" (O Projeto do Novo Código Civil, p. 71).*

O mesmo raciocínio foi desenvolvido por Flávio Tartuce, em seu excelente livro "Função Social dos Contratos", Ed. Método, 2ª ed., p. 239, onde doutrina, com notável sensibilidade:

> *"Pela vanguarda dessa nova visão, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social em que estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva ou situações de injustiça às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, equilibrando a relação em que houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro".*

É evidente que essas considerações não se aplicam apenas ao momento do aperfeiçoamento do contrato, ou à sua hermenêutica, mas também, e principalmente, à sua execução e extinção, já que a regra do artigo 422 alude a todas as fases da vida do contrato.

Em sua exposição, na obra acima citada, Flávio Tartuce transcreve lapidar comentário de Emílio Betti, em sua "Teoria Geral do Negócio Jurídico", Ed. LZN, 2003, p. 150, que vale a pena ler:

> *"O direito, como vimos, não dá seu apoio ao capricho e ao arbítrio individual, mas a funções práticas que tenham uma relevância e uma utilidade social, e que, por isso mesmo, mereçam ser estavelmente organizadas".*

Por sua vez, o Professor Antônio Junqueira de Azevedo resume, com extraordinário poder de síntese, que "a função social do contrato é um limite para a liberdade contratual".

No campo da propriedade, a tendência é a mesma, como se percebe da simples dicção do artigo 1228, parágrafo 1º:

> *"§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".*

A natureza quase absoluta do direito de propriedade, no Estado Liberal, foi sendo mitigada pelas sucessivas limitações ao seu exercício, sempre em homenagem à função social e boa-fé.

O sempre lembrado e já antes citado Miguel Reale aponta essa relação íntima entre a função social do contrato e da propriedade.

Leia-se este comentário lapidar:

> *"Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessam somente às partes contratantes, mas a toda coletividade" (Função Social do Contrato, Ed. RT, 2005, p. 266).*

Daí se deve concluir, sem maior esforço, que se o nosso atual sistema condiciona o exercício do direito real de propriedade à sua função social, não há como se deixar de associar este comando ao mundo dos contratos.

O conceito de função social da propriedade serve como fundamento constitucional para a análise da natureza jurídica da função social do contrato, ensina o Ministro Eros Grau, do Colendo Supremo Tribunal Federal, *in* "A ordem econômica na Constituição", Ed. Malheiros, 1998, p. 255.

Mas não é só no mundo dos contratos e da propriedade que se fortalece o princípio da função social, mas também em relação às empresas, consideradas hoje polos geradores de empregos e tributos, além de indispensáveis para atender aos anseios de uma sociedade consumerista.

Isto explica a proteção que hoje se confere ao fundo empresarial, e que se reflete nas leis do inquilinato que já se sucederam e no atual Código Civil.

Através da empresa são impulsionadas as engrenagens que fazem mover a roda da economia, a todos trazendo benefícios.

Em todo este universo de profundas transformações é de fundamental importância a figura do abuso de direito, agora inserida na dicção do artigo 187 do Código Civil.

No campo da locação urbana é preciso também analisar a conduta das partes, à luz da teoria do abuso de direito.

Na feliz observação de Paulo Nader, "a figura do abuso de direito, se não chegou a ser teorizada pelos romanos, pelo menos foi conhecida do ponto de vista doutrinário", para se adotar soluções casuísticas, diante de situações práticas que surgiram no relacionamento entre as pessoas. (Introdução ao Estudo do Direito, 16ª Ed., Forense, 1999).

No Direito moderno, o "leading case" é de 1912, no famoso caso Clement Bayard, julgado pela Corte de Amiens, que expressamente reconheceu o abuso de direito praticado pelo proprietário de um terreno vizinho ao campo de pouso de dirigíveis, e que construiu enormes torres com lanças de ferro em seus topos, sem qualquer justificativa plausível, com o evidente propósito de provocar perigo para as aeronaves, impedindo sua normal utilização.

No Direito Brasileiro, durante muitas décadas se discutiu, acirradamente, se o abuso de direito traduzia uma espécie de ato ilícito, tendo em vista o silêncio do Código Civil de 1916.

A primeira corrente, amparando-se nas lições de Planiol, sustentava haver uma insuperável contradição na expressão "abuso de direito", já que não seria possível se falar simultaneamente em ato conforme e contrário ao direito.

Essa corrente negativista está hoje superada, sendo certo que diante da omissão do Código Civil de Bevilácqua, recorria-se a uma interpretação inversa do seu artigo 160, inciso I, segundo o qual não traduziria ato ilícito "o exercício regular de um direito".

Depreendia-se, então, que o exercício abusivo, ou seja, irregular, já se inseria no campo da ilicitude.

A segunda corrente, afirmativa, consolidou-se através de várias teorias elaboradas por eminentes juristas, como Savatier, Josserand e Ripert.

George Ripert percebeu, com sua conhecida lucidez, que o abuso de direito seria o resultado da subordinação da Lei positiva aos princípios morais.

Sempre nos impressionamos com esta Teoria, que reprova o abuso de direito pela sua infringência aos deveres morais de justiça, equidade e humanidade, os quais devem se situar em plano muito acima da legalidade.

A Teoria de Ripert, como se vê, tem o grande mérito de introduzir a ideia de moralidade no exercício dos direitos.

O Código Civil de 2002 albergou a teoria afirmativa, conforme se extrai da redação do seu artigo 187, segundo a qual "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".

Nossos melhores doutrinadores se orientam no sentido de ter o Código Civil de 2002 se afastado da teoria subjetiva do abuso de direito, para abrigar a teoria finalista.

Entre eles, e dos mais cultos e respeitados, Eugênio Facchini Neto observa que "o novo texto não exige a intenção de prejudicar, contentando-se com o excesso objetivamente constatável" (Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo Código – Revista Jurídica, vol. 309, pg. 30, 2003).

Mas se dúvida ainda houvesse, foi ela de todo espancada, com o advento do Enunciado 37, que versa sobre o abuso de direito e o artigo 187 do Código Civil, redigido sob orientação do Min. Ruy Rosado, e que emanou do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

É a seguinte, a sua esclarecedora dicção:

> *"A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalista."*

Será fácil perceber que o legislador atual incluiu a figura do abuso de direito no Título referente ao ato ilícito, em que pese não se confundirem os conceitos.

No ato ilícito, propriamente dito, há uma violação direta ao comando da lei, como, por exemplo, quando o devedor, culposamente, deixa de entregar ao credor a prestação que lhe é devida, ou, ainda, quando um motorista imprudente atropela um pedestre, causando-lhe lesões corporais graves, infringindo o dever geral de cautela.

No abuso, o titular estaria agindo no exercício de seu direito, mas em desconformidade com os seus valores, que justificam o reconhecimento pelo ordenamento jurídico.

Heloísa Carpena, eminente Procuradora de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro, doutrina que "para se proceder à caracterização do abuso de direito deve-se tentar identificar o seu motivo legítimo, o qual deve ser extraído das condições objetivas nas quais o direito foi exercido, cotejando-as com sua finalidade e com a missão social que lhe é atribuída, com o padrão de comportamento dado pela boa-fé e com a consciência jurídica dominante" (Abuso de Direito no Código de 2002, Ed. Renovar, pg. 382).

Percebe-se, facilmente, a íntima relação entre a boa-fé objetiva e o abuso de direito, já que uma das mais importantes funções daquela é o de limitar o exercício dos direitos subjetivos.

Rubens Limongi França, em sua Enciclopédia Saraiva de Direito, Ed. Saraiva, 1977, define o abuso de direito como sendo "um ato lícito pelo conteúdo, mas ilícito pelas consequências", ou seja, a ilicitude está na forma de execução do ato, tal como ocorre na hipótese da consulta.

Daí a dificuldade que hoje enfrentam os aplicadores do direito, que segundo as regras da hermenêutica e da equidade, deverão adotar soluções justas para os diversos casos concretos que lhes são submetidos, e isto porque o atual conceito de abuso de direito não está inserido exclusivamente no de ato ilícito.

Resulta nítida a intenção do legislador atual de limitar direitos e poderes previstos nos contratos, que ali são exercidos, procedendo-se a uma releitura de princípios consagrados no passado, como os da autonomia da vontade, da força obrigatória e da relatividade dos contratos.

É evidente que o conceito de "moral" é muito mais amplo, não se confundindo com o de direito, o que, muitas vezes torna difícil decidir se uma determinada cláusula, ou a execução do contrato, estão, ou não, de acordo com a "moralidade", que agora se inseriu no mundo das relações jurídicas.

Em apertada síntese, entretanto, entendemos ser "imoral" uma cláusula contratual, ou uma conduta que traz em seu bojo um abuso de direito.

Essa só pode ser a interpretação finalista do artigo 187 do Código Civil.

Fernando Noronha acrescenta que o melhor caminho para se vislumbrar o abuso de direito é o da "manifesta desproporção entre o interesse que o agente visa realizar e aquele da pessoa afetada, ou, dizendo de outro modo, entre as vantagens do titular do direito e os sacrifícios suportados pela outra parte. Se todos os direitos têm finalidade social, não é possível tutelar pretensões que representam sacrifício manifestamente desproporcional" (Direito das Obrigações, Ed. Saraiva, 2003, vol. I, p. 372).

Ao se inserir a figura do abuso de direito no atual Código Civil, procurou-se promover uma relativização dos direitos individuais, para coibir o seu exercício de maneira a colidir com os interesses coletivos e o bem estar social.

Não basta, portanto, aferir se o direito é legítimo, mas também o modo de estar sendo ele exercido pelo seu titular, sem o que se tornaria inócua a regra do artigo 187, rompendo-se a íntima ligação que existe hoje entre a ética e o direito.

Na visão de Louis Josserand (Relatividad y abuso de los derechos, Bogotá, Temis, 1982, p. 26) "pode acontecer, e com frequência acontece, que um ato seja conforme a determinado direito e, nada obstante, ilícito, por se mostrar contrário à boa-fé e àquelas regras que dominam todo o direito e que constituem o que Maurice Hauriou chamava de Supralegalidade".

Afasta-se, com isto, a ideia de direitos individuais absolutos, já que todos eles se submetem a relativização decorrente da boa-fé e da função social.

A Profª. Judith Martins Costa, em Comentários ao Código Civil, Ed. Forense, 2003, p. 122, elenca os requisitos do abuso de direito, a saber: conduta humana, existência de um direito subjetivo, exercício desse direito de forma emulativa, dano para outrem, ofensa à boa-fé e prática em desacordo com o fim social ou econômico do direito subjetivo.

Observa a eminente civilista que a doutrina clássica qualifica o abuso de direito como ato emulativo. A verdadeira meta do titular do direito subjetivo, ao exercê-lo, é causar dano a outrem, na maioria das vezes por mero capricho ou *vindita*.

Em tese, o abuso ocorre quando o agente despreza a economia interna do negócio, continua a respeitada professora, perseguindo fim lesivo a outrem, sem proveito lícito para si.

Na mesma esteira segue José de Oliveira Ascenção, ao destacar que o verdadeiro conteúdo do abuso de direito são os atos emulativos, que são aqueles que estão formalmente incluídos no conteúdo do direito, mas que se exercem apenas para prejudicar outrem, extrapolando a função que o direito subjetivo desempenha na ordem jurídica.

Encarado sob esse prisma, a conduta descrita no artigo 187 se encaminha para o rumo dos atos contrários à boa-fé, invadindo o território pantanoso da ilicitude genérica ou antijuridicidade, que não exige a presença da culpa.

Torna-se ainda mais evidente esta "eticidade" com que se impugnou a nova ordem jurídica, na dicção do § 2º do artigo 1.228 do Código Civil, segundo o qual são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Daí porque o Enunciado nº 49 da 1ª Jornada de Direito Civil assim concluiu:

> *"A regra do artigo 1.228, § 2º do novo Código Civil interpreta-se restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no artigo 187".*

Em diversas passagens do Código Civil, se vislumbra essa preocupação de se vedar e punir o abuso de direito, conjugando-se a noção com a da função social.

No campo do condomínio edilício, caldo de cultura ideal onde germinam os conflitos entre os coproprietários, surgiu uma figura nova, que é a do condômino antissocial, que, por seu reiterado comportamento, que viola as regras mínimas da civilidade, se torna incompatível com a vida comum.

Além de poder ele ser constrangido a pagar multa equivalente ao décuplo da quota condominial, já vai se firmando a construção pretoriana no sentido do ser admissível a ação judicial para excluí-lo do edifício.

A questão foi enfrentada na 5ª Jornada de Direito Civil, que editou o Enunciado 508, segundo o qual, desde que autorizada pela Assembleia Geral, é possível a propositura de ação para excluir o condômino antissocial, assegurando-se-lhe o mais amplo direito de defesa.

Vivemos, sem dúvida, um novo tempo, oxigenado e inspirado por valores fundamentais, que nos cabe implantar, impregnando-os na sociedade brasileira, no exercício de nossas atividades profissionais, como professores, advogados, magistrados, e, principalmente, os membros do Ministério Público.

A tarefa é hercúlea e o desafio quase desanimador, diante de uma sociedade corrompida por décadas de pecados.

Certamente ainda um tempo razoável passará, sem que se perceba a transformação dos comportamentos sociais.

Mas se preservarmos nossa capacidade de sonhar, e o sonho é o combustível d'alma e lutarmos por torná-lo realidade, há de se chegar um momento em que possamos respirar o ar de uma sociedade ética, fraterna e solidária.

A nós todos, cabem os primeiros passos, e às futuras gerações, a realização final de nossos sonhos.

EVOLUÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA E O PAPEL DA VONTADE NA ATIVIDADE CONTRATUAL

GUSTAVO TEPEDINO*

Sumário. 1. Evolução das categorias de direito privado e critérios interpretativos; 2. Voluntarismo, autonomia privada e negócio jurídico como instrumento de autorregulamentação: controle exclusivamente dos meios e não dos fins. Negócio Jurídico e obrigatoriedade dos pactos; 3. Dirigismo contratual e o ocaso do voluntarismo. Flexibilização da obrigatoriedade dos pactos, o surgimento das relações de fato e a admissibilidade de comportamentos socialmente típicos; 4. Declínio da teoria das relações de fato e do comportamento socialmente típico. Vontade negocial e vontade contratual. Ocaso da subsunção, qualificação contratual, e juízo de merecimento de tutela das atividades apartadas de negócio jurídico; 5. Releitura da doutrina dos comportamentos socialmente típicos na legalidade constitucional. Consequências nos planos das Teorias dos Contratos e da Responsabilidade Civil.

1 Evolução das categorias de direito privado e critérios interpretativos

A análise dos institutos fundamentais do direito civil impõe, como premissa metodológica indispensável, a reflexão acerca dos critérios interpretativos que devem nortear o intérprete na contínua reconstrução das categorias de direito privado, examinando-se, a partir daí, as inovações legislativas. Para tanto, apresenta-se atualíssima a lição admirável do Professor Tullio Ascarelli dedicada à teoria da interpretação,[1] em que procurou ressaltar dois aspectos fundamentais: em primeiro lugar, a função criativa do intérprete, que em sua atividade deve proceder a uma *ricostruzione tipologica della realtà*, de tal modo que "a uma reconstrução tipológica da realidade se reporte depois todas as normas como pressuposto para sua aplicação. Esta reconstrução tipológica não pode ser, por sua vez, integralmente realizada dentro do sistema normativo. Isto porque este tem em mira a disciplina de uma mutante realidade, em relação à qual quer oferecer critério de valoração e decisão. A realidade econômica, dada a sua própria mutabilidade, não pode ser objeto de exaustiva classificação por parte de qualquer *corpus iuris*, importando a sua aplicabilidade uma contínua reconstrução tipológica da realidade disciplinada".[2]

* Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

[1] Cfr. *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Il diritto dell'economia*, 1955, pp. 1179-1223; *Proprietà e controllo della ricchezza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, pp. 753-759 e disciplina delle società per azioni e legge antimonopolistica, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1955, 273-317.

[2] Tradução livre. No original: "ad una ricostruzione tipologica della realtà si riporta poi ogni norma per i presupposti della sua applicazione. Questa ricostruzione tipologica non può essere a sua

Na esteira de tal construção, conclui Ascarelli: "para aplicar a uma realidade concreta um *corpus iuris* qualquer que se apresenta como certo e unitário, o intérprete deve reconduzir com unidade ao sistema normas fruto de tendências diversas e reconstruir tipologicamente a realidade em função das normas, enquadrando depois o caso em relação à referida reconstrução, para superar, portanto, o momento meramente declaratório" da atividade interpretativa.[3]

Em segundo lugar, a necessidade de se superar o descompasso entre as categorias jurídicas ultrapassadas e a realidade emergente, mediante atividade interpretativa que tenha em conta *a concepção aberta e unitária do sistema jurídico*, que não se contenha nos limites do dado normativo. Desta forma, segundo Ascarelli, procede-se a um equilíbrio constante entre as atividades do legislador e do intérprete, mecanismo que aproxima os sistemas da *common law* e *civil law*, sendo igualmente verificado em ambos os ambientes culturais, como antevisto, com argúcia, pelo professor italiano.[4]

A advertência de Ascarelli apresenta renovada importância no momento em que setores nostálgicos do voluntarismo parecem pretender atribuir à codificação de 2002, ou a pretendido projeto de Código Comercial, a solução para o aperfeiçoamento do sistema. Como se uma lei nova pudesse tornar desnecessário, a partir de sua promulgação, o esforço hermenêutico de compatibilização das fontes normativas em torno da Constituição da República.[5]

---

volta compiutamente data dal sistema normativo. Ciò appunto perché questo [sistema normativo] mira alla disciplina di una mutevole realtà nei cui confronti vuole offrire un criterio di valutazione e decisione. Questa realtà, data la sua stessa mutevolezza, non può essere oggetto di compiuta classificazione da parte di nessun *copus iuris*, importando perciò la stessa applicabilità di questo una continua ricostruzione tipologica della realtà disciplinata".

[3] Tradução livre. No original: "Per applicare a una realtà concreta un qualunque *corpus iuris* che si pone come dato e unitario, l'interprete deve coordinare unitariamente a sistema norme frutto di tendenze diverse e ricostruire tipologicamente la realtà in funzione della norma inquadrando poi il caso in relazione a detta riconstruzione e supera pertanto il momento meramente dichiarativo". Aduz ainda o autor a belíssima síntese: "É perciò che l'oggetto della giurisprudenza non è il mero studio delle norme e seppure si possa soggiungere in funzione della realtà, ma proprio quello della realtà in funzione delle norme, a loro volta oggetto di studio ai fini della loro applicazione alla realtà e così un ordinamento normativo della realtà". La norma non è intelligibile in sè, ma solo in funzione di una realtà e compito del giurista è necessariamente e sempre quello di una valutazione normativa di questa realtà".

[4] Ainda nas palavras de Ascarelli: "I codici, così come il sistema dispregato nei precedenti giurisprudenziali, stanno perdendo quel carattere di definitività e completezza, di specchio di un ordine naturale che sotoricamente rivendicavano.In ambedue i sistemi – diritto codificati e *common law* – viene accentuandosi l'importanza della produzione legislativa la cui frequente variazione accompagnata da un caractere regolamentare diminuisce la portata dell'opera dell'interpretazione e, a sua volta, risponde alla necessità di una soluzione autoritaria de fronte a una fenomenologia nuova nel contrasto di valutazione diversa (...) La soluzione legislativa è spesso la risposta a una mancata evoluzione interpretaive e la soluzione interpretativa la replica a una non gradita soluzione legislativa. É notissiimo il peso di questo constrasto nell'evoluzione costituzionale americana – contrasto fra il poter esecutivo e legislativo, più sensivili alle esigenze popolari, e quello giudiziario naturalmente più legato a critreri conservatori". E conclui: "Nell'Europa continentale il fenomeno è meno evidente, ma non sarebbe forse difficile ritrovarlo nell'atteggiamento della dottrina e della magistratura nei riguardi della valutazionie delle nuove costituzioni, della persisitenza in vigore di norme dettate in regime precedenti, dell´interpretazioni di leggi dettate dopo la seconda guerra ai fini di una modificazione della struttura sociale".

[5] Ao excessivo apego às categorias cristalizadas pelos legislador, Ascarelli adverte para a indevida substituição sostituisce "all'esame della realtà effettuale quella di una realtà ideale. Ciò che sì apre inevitabilmente il cammino a una dottrina aulica e concettuale, che trascura una valutazoine normativa della realtà presente, ciò che si traduce non (come a volte si pensa) in una accentuazione di

Segundo tal raciocínio, a nova codificação restauraria ao civilista o seu estatuto orgânico das relações patrimoniais, servindo o Código como mediador entre as normas de direito público e a autonomia privada. O mesmo entendimento assegura que um novo Código Comercial permitira uma espécie de purificação do tratamento interpretativo das relações mercantis. A tese, contudo, mostra-se inteiramente descabida. Em primeiro lugar, porque a aplicação direta das normas constitucionais não se reduz a mera questão de localização topográfica das normas aplicáveis às relações privadas. Trata-se, de maneira muito mais ampla, da inserção permanente e contínua da tábua axiológica constitucional nas categorias do direito privado, processo que se intensifica com o advento de novos diplomas legislativos, codificados ou extracodificados.

Por outro lado, as novas tecnologias, que despontam no cenário contemporâneo, rompem com os compartimentos do direito público e do direito privado, invocando regulação a um só tempo de natureza privada e de ordem pública. A dignidade da pessoa humana há de ser tutelada e promovida, em última análise, nos espaços públicos e privados, daí resultando a imprescindibilidade de o controle da atividade econômica segundo os valores constitucionais, processo hermenêutico que, em definitivo, há de ser intensificado – e jamais arrefecido – com a promulgação de leis infraconstitucionais.

O desafio do jurista de hoje, especialmente quando trata de institutos fundamentais como a autonomia privada, consiste na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e princípios constitucionais. O Código Civil deve contribuir para tal esforço hermenêutico – que em última análise significa a abertura do sistema –, não devendo o intérprete deixar-se levar por eventual sedução de nele imaginar um *microclima* de conceitos e liberdades patrimoniais descomprometidas com a legalidade constitucional.

2 Voluntarismo, autonomia privada e negócio jurídico como instrumento privilegiado de autorregulamentação: controle exclusivamente dos meios e não dos fins. Negócio jurídico e obrigatoriedade dos pactos

As liberdades fundamentais, asseguradas pela ordem constitucional, permitem a livre atuação das pessoas na sociedade. Expressão de tais liberdades no âmbito das relações privadas é a autonomia privada, tradicionalmente entendida como poder de autorregulamentação e de autogestão conferido aos particulares em suas atividades. Tal poder, cujo conteúdo se comprime e se expande de acordo com opções legislativas, constitui-se em princípio fundamental do direito civil, com particular inserção tanto no plano das relações patrimoniais – na teoria contratual, por legitimar a regulamentação da iniciativa econômica pelos próprios interessados –, quanto no campo das relações existenciais – por coroar a livre afirmação dos valores da personalidade inerentes à pessoa humana.

---

quella funzione di conservazione che è sempre e necessariamente propria di ogni diritto costituito, ma in un'accentuzione del potere delle forze economicamente prevalenti in quanto operanti in una realtà diversa da quella visualizzata nella normativa".

No apogeu do liberalismo econômico dos Séculos XVII e XVIII, a vontade assumiu importância formidável. Tanto assim que, para muitos autores, as liberdades fundamentais, das quais decorre o papel da vontade, constituem noção pré-jurídica, que seria apenas reconhecida pelos ordenamentos nacionais.

A teoria do negócio jurídico, formulada no esplendor do voluntarismo e dotada de substrato teórico de rara sofisticação, serviu de instrumento técnico para a segurança da autonomia privada, subordinando os efeitos obrigacionais a uma série de pressupostos, requisitos e modalidades associados a elementos subjetivos, objetivos e formais. Com a teoria do negócio jurídico, logrou o direito assegurar-se de que os efeitos obrigacionais tivessem por fonte, inicialmente, a vontade real dos agentes, e, posteriormente, a vontade declarada, valorando-se, assim, à luz de disciplina legal extensa e analítica, o livre discernimento e o conteúdo das declarações tais quais manifestadas, em homenagem a maior segurança social.[6] O contrato, compreendido pelo voluntarismo nos termos pactuados no negócio jurídico que o instaura, fazia lei entre as partes, para as quais vale essencialmente a vontade manifestada.

Compreende-se, nessa vertente, a análise dos três planos do negócio jurídico, cronologicamente investigados, na perspectiva de sua existência, validade e eficácia. Solução tão engenhosa quanto artificial, já que a *existência* revela valoração fenomenológica (existir ou não existir), enquanto o controle jurídico se mostra eminentemente deontológico (comportamento devido). Com o plano da existência, contudo, permitiu-se estabelecer o controle jurídico sumário de manifestações despidas de vontade, antecipando-se o desfazimento do negócio ao controle de validade, este a demandar cognição judicial demorada e profunda, já que destinado a privar de efeitos determinado negócio jurídico – a lei instaurada voluntariamente entre as partes.

A análise do negócio em seus três planos desenha-se, assim, como solução de compromisso entre a segurança que deve despertar o negócio jurídico (a justificar, por isso mesmo, a dificuldade anteposta para a declaração de sua nulidade mesmo na presença de vícios graves em seus elementos essenciais) e a inadmissibilidade de vínculos jurídicos assumidos na ausência da vontade do agente ou dos demais elementos essenciais.

Entende-se, portanto, facilmente o porquê de as codificações romano-germânicas terem consagrado portentoso espaço ao negócio jurídico e à obrigatoriedade dos vínculos dele decorrentes.

3. Dirigismo contratual e o ocaso do voluntarismo. Flexibilização da obrigatoriedade dos pactos, o surgimento das relações de fato e a admissibilidade de comportamentos socialmente típicos

A despeito da prevalência, até os dias de hoje, da dogmática voluntarista assim concebida, a evolução política e econômica da sociedade, desde o final do Século XIX, exigiu a interferência do Estado nas relações privadas, mitigando-se

[6] A magnitude do tema é traduzida em bibliografia clássica. V, por todos, Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, UTET, 1952.

a força vinculante da vontade negocial. Especialmente diante de situações específicas de vulnerabilidade, arrefeceu-se a tutela concedida ao interesse individual em favor de outros interesses jurídicos socialmente protegidos.

Por conta da eclosão de movimentos sociais, no Brasil e alhures, a intervenção nas atividades contratuais incidiu primeiramente nas relações laborais, tendo sido o direito do trabalho precursor do que se convencionou chamar de *dirigismo contratual*, destinado a proteger a parte mais desfavorecida – técnica e economicamente – do contrato de trabalho. O desconforto do direito privado clássico com a intervenção heteronímica[7] na deliberação das partes levou à autonomia do direito do trabalho, afastando-se do direito civil tudo o que se considerava destinado a reduzir o papel da vontade como fonte soberana de vínculos obrigacionais.[8]

Esse processo de intervenção legislativa, que muitos julgavam contingências momentâneas de crises econômicas, mostrou-se inevitável e irreversível, acirrando-se na primeira metade do Século XX como mecanismo de equilíbrio do mercado e do próprio regime capitalista. Nessa esteira, as locações também foram objeto de forte intervenção legislativa, com o intuito de gerir a escassez de imóveis e as crescentes demandas locatícias. Ao longo do tempo, tem-se tutelado de modo imperativo tanto o direito à moradia quanto o fundo de comércio, assegurando-se desde os anos 30 do Século passado a renovação do contrato de locação para fins comerciais (Decreto 24.150, de 20 de abril de 1934). O legislador interveio também intensamente na economia popular, combatendo os juros extorsivos, o curso de moeda estrangeira e assim por diante (cfr., dentre outras normas, o Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933; Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951).

---

[7] Sobre a referida intervenção heterônoma nos contratos, afirma Stefano Rodotà que o contrato, embora decorrente da vontade das partes, uma vez formado, sujeita-se à intervenção de fontes exteriores, alheias à vontade individual: "è evidente, allora, che le diverse fonti si ispirano ciascuna a peculiari valutazioni: ma qui interessa rilevare soltanto che tutte convergono nella finalità comune della costruzione del regolamento contrattuale; rispetto a quest'ultimo la particolare ratio delle singole fonti non viene in questione, riguardando esclusivamente il modo in cui ciascuna di esse, in sé considerata, opera" (*Le fonti di integrazione del contrato*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 87).

[8] Conforme se afirmou em outra sede: "Coincide, em certa medida, por isso mesmo, o movimento teórico de sustentação do direito de trabalho com construções antiformalistas surgidas no final dos anos 60 do século passado, que se opunham aos princípios dogmáticos do direito privado, inflexíveis no assegurar a vontade do proprietário e do contratante. Em certa medida, o crescimento do direito do trabalho, na segunda metade do século XX, coincide com a legitimação política do *Welfare State* e se aproxima a formulações teóricas que, na tentativa de romperem com a lógica da igualdade formal, notabilizaram-se como o *uso alternativo do direito*. A afirmação de direitos subjetivos extraproprietários, capazes de vergar as forças hegemônicas e de fazer prevalecer direitos sociais, afigurava-se sediciosa, sendo significativa a alusão, por parte de conceituado teórico do direito francês, à criação de *contradireitos*" (Gustavo Tepedino, "Direito civil e direito do trabalho: diálogo indispensável", In Gustavo Tepedino et al. (coords.), *Diálogos entre o direito civil e o direito do trabalho*, São Paulo: RT, 2013, pp. 14-15). Sobre a expressão "contradireitos", veja-se Michel Miaille: "Todas as lutas políticas e sociais dos séculos XIX e XX se desenrolaram sob esta palavra de ordem; todas as leis liberais que foram, assim, arrancadas à ordem burguesa se justificam pelos direitos subjetivos, do direito à instrução ao direito de defesa, passando pelo direito de associação. Neste sentido, como toda a ideologia de combate, a afirmação dos direitos subjetivos faz parte de uma luta viva, ainda eficaz nos nossos dias [...] É o 'contradireito'" (*Uma introdução crítica ao direito*, Lisboa: Moraes, 1919, p. 143-144).

Esse processo de intervenção legislativa, que se acirrou na Europa a partir da Segunda Grande Guerra, destinada à tutela de direitos fundamentais alcançados pela iniciativa econômica privada e que, no Brasil, culminou com a Constituição da República de 1988, acaba por colocar em crise a noção de autonomia privada e a teoria do negócio jurídico, incapazes de abranger a variedade de modelos e interesses mediante os quais a atividade privada se estabelece e é socialmente reconhecida.

Anotem-se, nesse longo itinerário histórico, ao menos duas relevantes consequências para a teoria dos contratos. De um lado, o aparecimento de princípios mitigadores da obrigatoriedade e da relatividade dos pactos, notadamente a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e a função social, que desde o início do Século XX foram incorporados gradualmente às legislações nacionais, dando margem ao surgimento de numerosos instrumentos de controle da justiça contratual (como a lesão, a revisão e a resolução por excessiva onerosidade, o adimplemento substancial, a vinculação a deveres anexos, o dever de mitigar danos, a proibição de comportamento contraditório, o abuso de direito). Essas e tantas outras figuras, na experiência brasileira, foram absorvidas pela doutrina, legislação e jurisprudência somente no final do Século XX, especialmente a partir da Constituição da República de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, de 1990.

De outra parte, como espécie de válvula de escape para o rigor técnico imposto pelo excessivo controle de validade dos negócios jurídicos, desenvolveu-se, a partir do final da primeira metade do Século XX, a teoria das relações contratuais de fato, a qual, ao confrontar a realidade jurídica à realidade fática, teve o mérito de alargar a admissibilidade, pelo direito, de relações admitidas socialmente embora sem a proteção conferida pelo Direito ao negócio. De maneira geral, os países da família romano-germânica que adotam, de forma direta ou indireta, a doutrina do negócio jurídico, encontram dificuldade semelhante: o excessivo controle de validade do negócio acaba por excluir de seu espectro de incidência certas atividades que, em sua substância, despidas do aparato negocial, são admitidas como socialmente úteis e legítimas pelo corpo social.

Diante do contraste entre a legitimidade da atividade desenvolvida e a invalidação do ato negocial que a constitui, autores de renome sustentaram a preservação dos efeitos de tais atos a despeito de sua invalidade. No início do Século XX, Haupt construiu teoria pioneira nesta direção.[9] Com resultados semelhantes, Larenz produziu trabalho importantíssimo no qual concebeu a categoria dos comportamentos socialmente típicos.[10] De outra parte, na doutrina italiana, Ascarelli[11] e inúmeros outros conceituados autores desenvolveram,

[9] Günther Haupt, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, 1941.

[10] Karl Larenz, *O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956)*, in *Revista Direito GV*, vol. 2, n. 1, jan-jun/2006.

[11] Ao propósito, a obra de Tullio Ascarelli mostra-se particularmente importante. Cfr. *Lezioni di diritto commerciale - Introduzione*,1955, Milano, Giuffrè, pp. 102 a 108, onde se lê: "L'attività dovrà essere valutata in via autonomia, indipendentemente cioè dalla valutazione dei singoli atti, singolarmente considerati. Indipendentemente dalla disciplina dei singoli atti può essere illecito (o sottoposto a norme particolari) l'esercizio dell'attività" (p. 103). Sobre o tema, v. também o

em diversos campos da autonomia privada, o que seria a teoria das relações jurídicas de fato, a qual atingiu o seu apogeu nos anos 60 e 70, com o seu reconhecimento pela Corte Suprema Alemã – BGH *(Bundesgerichtshof)*.[12]

4 Declínio da teoria das relações de fato e do comportamento socialmente típico. Vontade negocial e vontade contratual. Ocaso da subsunção, qualificação contratual, e juízo de merecimento de tutela das atividades apartadas de negócio jurídico

Paradoxalmente, o principal motor da teoria do comportamento socialmente típico, consubstanciado na crítica à exasperação da vontade negocial como fonte primordial das obrigações, transformou-se em sua maior vulnerabilidade. Associada ao processo histórico de crítica ao poder impositivo das forças econômicas nos regulamentos contratuais, no âmbito da massificação da economia e do fortalecimento dos mercados consumidores, a teoria do comportamento típico passa a ser admitida a prescindir do elemento volitivo. Buscava-se proteger a vontade do vulnerável, estigmatizando-se o poder da vontade como inevitável imposição das forças econômicas na celebração dos negócios jurídicos.

Em última análise, da crítica ao voluntarismo opressor decorreu a hostilidade à vontade e a rejeição de seu papel como motor da livre iniciativa. Tal perspectiva não resistiria à retomada dos movimentos liberais que, ao lado do declínio do *Welfare State*, acabaram por sepultar a doutrina do comportamento socialmente típico.

Com efeito, a partir dos anos 70 do Século passado, assistiu-se, tanto na Alemanha quanto na Itália e em Portugal, à progressiva substituição dessa construção por uma ampliação da categoria do negócio jurídico, cuja abrangência o tornaria apto a compreender numerosas atividades socialmente típicas, ora mediante a invocação de *vontade presumida* dos seus agentes (a ampliar o conceito de negócio jurídico), ora por meio da *ratificação de atos inválidos*, ora mediante a mera *admissão de efeitos patrimoniais ressarcitórios* decorrentes de negócios inválidos – cuja fonte, portanto, seria o ato ilícito, não já o contrato.

---

verbete fundamental de Giuseppe Auletta (*Attività (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 982), que define attività "quale insieme di atti di diritto privato coordinati o unificati sul piano funzionale dalla unicità dello scopo".

[12] Na doutrina italiana, Carlo Angelici analisa o caso julgado em 28 de janeiro de 1976 pelo *Bundesgerichtshof* em que uma criança se acidentou no supermercado enquanto a mãe comprava, e estava pagando no caixa. Discutiu-se se a responsabilidade era contratual ou extracontratual e se haveria responsabilidade pré-contratual. Exclui-se a responsabilidade pré-contratual já que a autora, sendo criança, não efetuaria compra alguma, ou seja, não teria nada a comprar, o que a impediria de intentar a ação contra o supermercado (*Responsabilità precontrattuale e protezioine dei terzi in uma recente sentenza del Bundesgerichtshof*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, ano LXXV, 1977, pp. 23-30). Segundo observa o autor, o dever de boa-fé serve de fundamento para a relação de proteção em face de terceiros, aplicando-se a teoria designada como *Vertrag mit Schutzwirkung sugunsten Dritter*, de modo a proteger terceiros alcançados pela atividade contratual independentemente de qualquer vínculo negocial: "il *Bundesgerischtshof* accentua il profilo del rapporto di protezione che deve intercorrere tra il contraente ed il terzo danneggiato e riconduce la vicenda ad una sua rilevanza, tramite il contratto o l'attività precontrattuale, pure nei confronti della controparte" (p. 25).

Do ponto de vista dogmático, não parece convincente a legitimação de efeitos obrigacionais com base na técnica da vontade presumida ou, por outro lado, como mera liquidação de danos. Basta lembrar a hipótese do incapaz que compra e vende artigos de suas necessidades pessoais, faz-se transportar e assim por diante. Não seria razoável admitir como válidos tais negócios com fundamento em suposta vontade presumida de seus responsáveis, já que, por vez, as atividades desenvolvidas são levadas a cabo contra a vontade expressa de quem deveria autorizá-las. Também em outras hipóteses de atividades desenvolvidas por pessoas capazes, mostra-se insustentável cogitar-se de vontade presumida pelo simples fato de que o agente se recusa a celebrar o negócio. E tampouco se sustentaria a explicação circunscrita à liquidação de danos quando se pensa na execução específica de certos contratos fundados em negócio nulo, na esteira de tendência progressiva do direito obrigacional.

Daí ser plausível a suspeita de que a rejeição à doutrina do comportamento social típico se associe mais ao contexto histórico e ideológico em que se insere do que aos seus fundamentos teóricos. Por ter sido germinada em oposição à Teoria do Negócio Jurídico, aquela doutrina acabou sendo desenvolvida como construção crítica ao papel da vontade na teoria contratual, associando-se a orientações que, por diversos matizes, enalteceram, ao longo do Século XX, o papel do Estado intervencionista, seja em regimes autoritários de diversos países, seja no dirigismo contratual.[13]

As duas últimas décadas do Século passado, por outro lado, coincidem, em diversos países europeus e da América Latina, com a densificação do neoliberalismo e, especificamente na esfera jurídica, com a retomada entusiasmada do prestígio da autonomia privada, reduzindo-se, em diversos setores – mercado de locação, relações de trabalho, setores da economia privatizados – o grau de intervenção do Estado, que adquire feição regulamentar, com suas agências e instrumentos que enaltecem o papel da livre contratação, ainda que sob rígido controle do Estado.

---

[13] Bastaria, para comprovar tal percepção, a crítica de Dieter Medicus à expressão "comportamento socialmente típico" (*Il ruolo centrale delle disposizioni relative al negozio giuridico*, in *I Cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana* – Atti del convegno di Ferrara, 26-28 settembre 1996, Padova, Cedam, 2002, pp. 155 a 176). O autor critica (p.165) especialmente a decisão da Corte alemã (sentenza de 1966, Landgericht di Breṃa, in *NJW* 1966, p. 2360) que obrigou o pagamento de bilhete de trem em face de um menino de 8 anos que havia realizado o trajeto, imputando-lhe também a multa. Invoca o festejadíssimo Flume (civilista liberal que se transformou em uma lenda viva na Alemanha, por sua posição de resistência ao regime nazista, quando se exonerou da Cátedra), que reduz a construção à retroatividade de efeitos para relações obrigacionais inválidas. Afirma a p. 166: "Il ricorso alla formula 'contratto di fatto' ha consentito di trattare come efficaci, per il periodo in cui era stata ad essi data esecuzione, contratti di lavoro subordinato e contratti di società conclusi sulla base di accordi giuridicamente inefficaci (...). In definitiva, essa non fa altro che sostituire l'effetto retroattivo della nullità, dell'annullamento e del recesso operante *ex tunc* (*Rücktritt*), con una causa di scioglimento del rapporto non pienamente retroattiva, assimilabile al recesso operante *ex nunc* (*Kündigung*)". E remata de forma sarcástica: "In conclusione, si può dire che, nel complesso, il diritto classico dei contratti, imperniato sulla volontà negoziale, ha saputo difendersi dagli attacchi che gli sono stati portati: i tentativi operati in questo senso da quella che Flume ha efficacemente definito '*giurisprudenza della corsa in tram*' sono falliti (*Jurisprudenz der Straßenbahnfahrt*)".

A Europa, neste particular, diferencia-se da América Latina, onde, talvez pelas contradições sociais ainda muito evidentes, e por não se terem alcançado níveis médios satisfatórios na promoção dos direitos sociais, é compreensível que se propugne por um grau de intervenção e de promoção de políticas públicas maior, capaz de favorecer a distribuição de rendas e diminuir a desigualdade social. Tal diferença, superficialmente percebida, explica, em certa medida, intensificação mais visível, na doutrina europeia, da retomada do papel da vontade nas atividades privadas.

A preocupação com a preservação da vontade como elemento relevante da iniciativa privada, associada à reação liberal ao dirigismo contratual, mostram-se eloquentes para a compreensão do alargamento das doutrinas do negócio jurídico e da rejeição da doutrina do comportamento social típico.

Entretanto, a análise dos comportamentos socialmente típicos, especialmente na perspectiva ascarelliana de atividade contratual sem negócio, não renega o papel da vontade, limitando-se a considerar secundária, para determinadas atividades socialmente típicas, a vontade negocial, ou seja, a existência de negócio jurídico que inaugure a atividade já existente de fato.

Considerando-se a insuficiência do negócio jurídico – e da vontade presumida – para justificar a presença de atividades admitidas pelo grupo social, que produzem efeitos jurídicos carecedores de qualificação, ainda que desprovidas de negócio fundante, torna-se oportuno revisitar a doutrina dos comportamentos socialmente típicos.

Do ponto de vista metodológico, a atividade contratual sem negócio exige qualificação da concreta relação jurídica a partir da sucessão de atos funcionalmente interligados, sem prévia tipificação e reconhecimento jurídico do negócio. Corrobora-se o ocaso da subsunção, como técnica hermenêutica a reclamar premissa legal abstrata, correspondente a suporte negocial determinado, em favor da verificação em concreto da disciplina aplicável ao conjunto de atos de natureza diversa. Amplia-se, dessa forma, o controle da atividade privada, permitindo-se proteger efeitos socialmente relevantes decorrentes de negócios nulos ou inexistentes, sem que a presença de negócio válido seja um pressuposto para a tutela jurídica.

5 Releitura da doutrina dos comportamentos socialmente típicos na legalidade constitucional. Consequências nos planos das Teorias dos Contratos e da Responsabilidade Civil

O que se pretende propor, para a reflexão contemporânea, é a necessidade de se reler a doutrina dos comportamentos socialmente típicos, a partir, não já do afastamento do elemento volitivo como motor da livre iniciativa, mas da distinção entre a vontade negocial e a vontade contratual.

O negócio jurídico mantém-se vinculado ao controle estabelecido pelo Código Civil. Ao seu lado, contudo, uma série de atividades socialmente típicas, decorrentes de atos não negociais, é valorada positivamente e a ordem jurídica reconhece, como jurígenos, seus efeitos. Enquanto no negócio jurídico

a declaração de vontade hígida é um *prius* para a sua validade (elemento essencial), nas atividades socialmente típicas a vontade suscita verificação *in posterius*, a partir dos efeitos por elas produzidos, independentemente de declaração destinada à instauração do vínculo, conferindo-se juridicidade a situações jurídicas que, de outra forma, não poderiam ser admitidas.

Duas ordens de consequências decorrem de tal construção: em primeiro lugar, no plano contratual, podem-se admitir como válidos efeitos de atividades desprovidas de negócios jurídicos fundantes. Em tais hipóteses, inexiste o negócio de origem ou este é nulo por (i) ilicitude do objeto, (ii) incapacidade das partes ou (iii) violação da forma exigida por lei.

Manifesta é a insuficiência, nestes casos, de teorias expansionistas do negócio, mediante a vontade presumida, já que muitas vezes a atividade e a vontade contratual se desenvolvem (independentemente, em desacordo ou até mesmo) em oposição à vontade negocial. Além disso, restaurar o negócio, em situações como essas, equivale à fraude à lei, alcançando-se os efeitos vedados pelo legislador mediante exótica flexibilização de elementos essenciais.

Ao contrário, a admissão da relação contratual sem negócio permite atribuir juridicidade a efeitos socialmente reconhecidos, a partir de qualificação *a posteriori* da função da atividade realizada, estabelecendo-se, dessa forma, controle de merecimento de tutela, à luz da legalidade constitucional, acerca de atos praticados sem negócio jurídico de instauração (mas que, nem por isso, podem ser considerados fora da lei), cuja eficácia, de ordinário, é mais restrita do que a gama de efeitos almejados pelo negócio. Basta lembrar as hipóteses do funcionário público cujo acesso à carreira não se deu por concurso público;[14] ou do vínculo empregatício do apontador de jogo do bicho;[15] ou do policial militar em empresa de segurança privada, a despeito de vedação legal expressa;[16] ou do menor que adquire, por si mesmo, produtos ou serviços; ou ainda o exemplo dos sócios de sociedade irregular ou da pessoa que integra modalidade de família inadmitida pelo direito.[17]

[14] A respeito, v. o Enunciado nº 363 da Súmula do TST: "Contrato nulo. Efeitos (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS".

[15] A respeito, v. a O.J. nº 199 da SDI-1: "Jogo do bicho. Contrato de trabalho. Nulidade. Objeto ilícito (título alterado e inserido dispositivo) - DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010. É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico".

[16] A hipótese é disciplinada pelo art. 22 do Decreto-lei n.º 667/1969: "Art. 22. Ao pessoal das Polícias Militares, em serviço ativo, é vedado fazer parte de firmas comerciais de empresas industriais de qualquer natureza ou nelas exercer função ou emprego remunerados".

[17] Em interessante precedente, o Superior Tribunal de Justiça, baseado no princípio da monogamia (compreendido pela Egrégia Corte como essencial ao regime das famílias no ordenamento brasileiro), decidiu, ao analisar pretensões sucessórias das partes, pela impossibilidade de reconhecimento de duas uniões estáveis simultâneas do *de cuius* – que, após se divorciar, manteve união estável com a própria ex-esposa, bem como com segunda mulher. *In casu*, foi privilegiada a união estável com a companheira com a qual não foi casado, em detrimento da união com a ex-esposa (iniciada após o divórcio), reputada concubinato diante da pré-existência da outra união (STJ, REsp. 1.157.273, 3ª T.,

Em todos esses casos, a invalidade dos negócios não exclui a admissibilidade, para certos fins, de eficácia jurídica à atividade desenvolvida. E somente graças a artificialismo retórico se poderia afirmar que se pretendeu, em tais hipóteses, celebrar ou extinguir uma série de negócios, alçando-se o mesmo efeito rejeitado ora pela vontade expressa do declarante, ora pela lei. Torna-se, assim, incongruente, nesses casos, falar-se em negócio jurídico, cuja admissão colidiria com matéria de ordem pública, que pauta a teoria das capacidades, das formas *ad substantiam* e da licitude dos bens passíveis de circulação.

A segunda ordem de consequências, no plano da responsabilidade, diz respeito à teoria do inadimplemento, permitindo-se superar a rígida distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, baseada na existência ou não de negócio jurídico. Pela doutrina tradicional, a aplicação da responsabilidade contratual depende exclusivamente do conteúdo do negócio celebrado entre as partes, permanecendo a teoria da culpa *in contrahendo*, engendrada pelo gênio de Jhering[18] há mais de século, como único recurso para a responsabilidade (extracontratual) de quem culposamente rompeu tratativas ou deixou de cumprir o negócio preliminar, daí decorrendo a reparação por interesses negativos (o prejuízo causado por quem deixou de contratar). Já o comportamento socialmente típico permite verificar, a partir dos efeitos produzidos pelas tratativas efetivamente levadas a cabo, o conteúdo contratual estabelecido na atividade realizada sem a celebração de negócio jurídico, propiciando a deflagração de indenização por interesses positivos.[19]

Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 18.5.2010).

[18] *Culpa in contrahendo oder Schadensersaltz bei nichtigen oder nicht yur Perfektion gelangten Veatragen*, in *Ihering Jahrbucher*, 4, 1861, 1.

[19] A matéria, de extrema atualidade, foi objeto de tese exaustiva, em dois densos volumes, de Paulo Mota Pinto, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009. Em rara referência expressa à indenização por interesse positivo, entende o Superior Tribunal de Justiça pela proximidade do conceito com o de lucro cessante: "Indenização. Contrato de mediação de seguros. Quebra da exclusividade. Pretensão da corretora de receber comissão a título de lucros cessantes. Interesse positivo. Prova. Ausência de dano. O lucro cessante não se presume, nem pode ser imaginário. A perda indenizável é aquela que razoavelmente se deixou de ganhar. A prova da existência do dano efetivo constitui pressuposto ao acolhimento da ação indenizatória. Caso em que a corretora não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência do dano sofrido com a quebra da exclusividade" (STJ, REsp. 107.426/RS, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 20.2.2001). Interessante precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo indenizou, por interesse positivo, o contratante que se viu surpreendido pela ruptura das negociações em processo de licitação com o Poder Público: "Direito civil. Responsabilidade civil pré-contratual. Sociedade de economia mista. Ruptura da confiança depositada após negociação para formalização do contrato e ausência de ato revocatório. Violação do princípio da boa-fé objetiva. Responsabilidade aquiliana. Dever de indenizar. Cabimento. A ruptura injustificada das negociações para celebração do contrato após adjudicação em procedimento licitatório, aliada à inexistência de ato revocatório formal para dar ciência da vontade administrativa, proporcionando ao licitante vencedor a ampla defesa e o contraditório, configura ofensa ao princípio da boa-fé objetiva por deslealdade e rompimento da confiança depositada, impondo à sociedade de economia mista o dever de indenizar ante a sua responsabilidade civil pré-contratual" (TJSP, Ap. Civ. 0139502-81.2005.8.26.0000, 27ª C.D.Priv., Rel. Des. Gilberto Leme, julg. 9.8.2011). Vê-se, contudo, que a boa-fé nem sempre se mostra suficiente à antecipação de efeitos contratuais, quando ainda não se aperfeiçoou, sendo mais seguro, por isso mesmo, reconhecer interesses positivos desde que em presença de atividade contratual.

A atividade contratual precede, por vezes, a celebração do negócio, quando nas tratativas, minutas ou acordos preliminares se desenvolvem vínculos com propósitos definitivos, parciais embora inteiramente aperfeiçoados, a despeito da inexistência ainda do negócio jurídico, cuja celebração se encontra pendente, na dependência da consecução de elementos essenciais, naturais ou acidentais, pretendidos pelas partes (formação contratual progressiva). Em outras hipóteses, embora consumados todos os efeitos previstos no negócio, extinguindo-se inteiramente o conteúdo negocial, remanesce a atividade empreendida entre as partes, sendo razoável cogitar-se da expansão da relação contratual para além da extinção do negócio (poder-se-ia falar, então, em uma extinção contratual progressiva). Não se trata aqui, convém anotar, de projeção de deveres anexos para além da extinção do contrato, senão de atividade levada a cabo após o exaurimento dos efeitos do negócio jurídico originário.

Em ambos os cenários acima descritos, as atividades anteriores e posteriores ao negócio coincidem com uma espécie de contratação em etapas.[20] Na formação progressiva do contrato, no que concerne aos vínculos efetivamente assumidos, mostra-se legítimo reconhecer a existência de relação contratual, a despeito da inocorrência de celebração do negócio jurídico pretendido pelas partes. Em consequência, o descumprimento, nestas fases, relativamente a determinados vínculos, constitui-se em inadimplemento contratual. Basta pensar nos vínculos (definitivos) de confidencialidade e de exclusividade que usualmente se estabelecem durante certa tratativa contratual.[21]

[20] Embora com matizes diferenciados, a formação progressiva do contrato não se constitui em designação recente, tendo sido sugerida por Franceso Carnelutti no início do Séc. XX: *Formazione progressiva del contratto*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1916, I, pp. 308 a 319. Em sugestiva síntese, Carnelutti observa: "la strada del contratto viene percorsa a tappe" (p. 315; em tradução livre: A estrada do contrato é percorrida por etapas). V., ainda, sobre o tema, Vincenzo Riucciuto, *La formazione progressiva del contrato*, in Enrico Gabrielli (a cura di) *contratti in generale*, in *Trattato dei Contratti* diretto da Pietro Rescigno ed Enrico Gabrielli, tomo I, Torino, UTET 2006, 2ª ed. p. 177 a 322. Para o autor, durante as tratativas, trata-se de "individuar o conteúdo de tais momentos *intermediários*, e reconstruir-lhes a função, na perspectiva de compreender sua idoneidade para a produção de efeitos juridicamente relevantes, que poderão mostrar-se ora *finalizados* à definição do regulamento de interesses querido pelas partes, a ser alcançado tão somente com a avença contratual; ora eles próprios *definitivos*, configurando-se aquele momento, a bem observar, só aparentemente intermediário; mas em realidade, segundo a reconstrução da vontade das partes, compreendido em uma *fattispecie* negocial, a qual, por sua estrutura e função, bem se apresenta com as características de natureza definitiva e de completude de um regulamento contratual. No original: trata-se de "individuare il contenuto di tali momento intermedi e ricostruirne la funzione, nella prospettiva di comprenderne l'idoneità a produrre effetti giuridicamente apprezzabili, che potranno apparire ora finalizzati alla definizione dell'assetto di interessi voluti dalle parti, che si avrà solo con la regola contrattuale; ora essi stessi definitivi, configurandosi, quel momento, a ben vedere, solo apparentemente intermedio, ma in realtà, secondo la ricostruzione della volontà delle parti, riconducibile a una fattispecie negoziale, che, per struttura e funzione, ben si presenti con i caratteri della definitività e della completezza di un regolamento contrattuale" (p. 179).

[21] A literatura italiana é copiosa acerca da eficácia jurídica da fase pré-contratual. V., dentre outros, Aurelio Candian, *Questioni in tema di formazione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1916, I, pp. 854 a 886; Lucio Ricca, *Carattere vincolativo della minuta nella fase precontrattuale*, in, Giustizia Civile, I, 1961, p. 1668 a 1673; Angelo Luminoso, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile* in *Contratto e impresa*, 1988, n. 1., Cedam, Padova, pp. 792 a 803; Pier Giuseppe Monateri, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, UTET,

Há de se ampliar, portanto, a eficácia do contato social vinculante. Portentosa afigura-se a jurisprudência a reconhecer, intuitivamente, efeitos de atividades decorrentes de negócios nulos por ausência de capacidade das partes, de forma exigida por lei ou de objeto lícito, sendo significativa a solução preconizada na Justiça do Trabalho – que cogita, em tais hipóteses, para o reconhecimento da eficácia da relação laboral, do "princípio da primazia da realidade".[22] Embora louvável pelos resultados positivos produzidos em favor do trabalhador, tal solução acaba por decretar a *vitória dos fatos contra o direito*,[23] como se este não desse conta de promover a pessoa humana, e como se, por outro lado, o elemento formal se circunscrevesse à tutela patrimonial, podendo ser afastado, pura e simplesmente, como mero "formalismo", quando defasado do fato social, embora a forma essencial configure matéria de ordem pública. Já no campo do inadimplemento pré ou pós-contratual, hesitante se mostra a jurisprudência, sem conseguir definir critérios estáveis para a produção de efeitos (contratuais) na ausência de negócio jurídico válido de instauração da atividade desenvolvida.

Para que se possam suplantar tais dificuldades teóricas, há de se abandonar o negócio como único instrumento de aferição do papel da vontade. Supera-se, nessa linha de raciocínio, a perspectiva que circunscreve a atuação da vontade à seara do negócio jurídico e à ausência de fontes heteronímicas de integração. Se a liberdade há de ser exercida à luz da legalidade constitucional, em respeito e em harmonia com a solidariedade social, o exame de licitude e de merecimento de tutela dos atos se projeta tanto nos negócios como em atividades realizadas mediante a prática de atos extranegociais.

O princípio da autonomia privada, longe de ser absoluto, insere-se no tecido axiológico do ordenamento, no âmbito do qual se pode extrair seu verdadeiro significado. Encontra-se informado pelo valor social da livre iniciativa, que se constitui em fundamento da República (art. 1º, IV, C.R.),[24]

1998; Renato Speciale, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, Giuffrè, 1990; Giovanni D'Amicco, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in, AAVV, *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Tomo II, *Proprietà e diritti reali*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 1.043 a 1.073; Rodolfo Sacco, *La conclusione del accordo*, in Enrico Gabrielli, (a cura di) *Contratti in generale*, in *Trattato dei Contratti* diretto da Pietro Rescigno ed Enrico Gabrieli, tomo I, Torino, UTET, 2006, 2ª ed., p. 7 a 173; Natalino Sapone, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 2008.

[22] Relata Américo Plá Rodriguez que, em sua formulação original, o termo "contrato-realidade", cunhado por Mario de La Cueva, fazia alusão apenas ao fato de que o contrato de trabalho seria fundamentalmente distinto dos contratos civis, na medida em que estes dependeriam tão somente do acordo de vontades para sua configuração, ao passo que o contrato de trabalho é também necessário à efetiva prestação do serviço, de tal modo que a existência da relação contratual de trabalho depende da situação real em que o trabalhador se ache colocado. A expressão, porém, adquiriu posteriormente o sentido de que, "em matéria trabalhista, há de primar sempre a verdade dos fatos sobre os acordos formais", acepção que acabou por prevalecer na prática jurisprudencial (*Princípios de direito do trabalho*, São Paulo: Ed. LTr, 1996, p. 217-222).

[23] Toma-se por empréstimo o célebre título de Gaston Morand, "A revolta dos fatos contra os Códigos", que se consagrou no século XIX como verdadeiro libelo contra a escola da exegese, denunciando justamente seu excessivo formalismo.

[24] Destacam a proteção constitucional da livre iniciativa como princípio informador da autonomia privada, Orlando Gomes, *Transformações do Direito das Obrigações*, Rio: Forense, 1967; Francisco Amaral, *Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 359.

corroborado por numerosas garantias fundamentais às liberdades, que têm sede constitucional em diversos preceitos, com conteúdo negativo (princípio da legalidade, *ex vi* do arts. 5º, II, 170, parágrafo único, C.R.) e positivo (arts. 1º, III, 3º, I e III, C.R.).

Segundo o Texto Constitucional, a liberdade de agir, objeto das garantias fundamentais insculpidas no art. 5º, associa-se intimamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1, III), fundamento da República, da solidariedade social (art. 3º, I) e da igualdade substancial (art. 3º, III), objetivos fundamentais da República. Significa dizer que a livre iniciativa, além dos limites fixados por lei, para reprimir atuação ilícita, deve perseguir a justiça social, com a diminuição das desigualdades sociais e regionais e com a promoção da dignidade humana. A autonomia privada adquire, assim, conteúdo positivo, impondo deveres à autorregulamentação dos interesses individuais, de tal modo a vincular, já em sua definição conceitual, liberdade à responsabilidade.[25]

Como se vê, a ideologização da vontade (a exasperá-la ou demonizá-la) acaba por prejudicar a dogmática do direito civil, reduzindo, de maneira inquietante, o debate jurisprudencial (relacionado ao controle da atividade econômica privada, à execução específica das obrigações e à responsabilidade civil) à posição política do magistrado em relação ao consumidor, ao fornecedor, à Fazenda Pública, ao empresário, ao empregado e assim por diante. Daí o empobrecimento da dogmática e da jurisprudência. O caminho parece ser, em contrapartida, o respeito à autonomia privada sem mistificá-la, controlando-se evidentemente as forças de produção e o mercado, para que não venham estes a moldar a doutrina contratual e a teoria da interpretação.

A partir do controle (positivo e negativo) da autonomia privada nas relações concretas, fragmenta-se o tratamento abstrato que reduz a atividade contratual a *standards* estáticos, incapazes de qualificar funcionalmente a autonomia de acordo com os interesses em jogo. Em seguida, e em consequência, autonomia patrimonial e existencial hão de ser apartadas, sendo incompatível com o sistema a utilização da técnica patrimonial para a tutela da personalidade.

A atividade privada, em última análise, estabelece-se mediante atos de natureza diversa, funcionalmente convergentes, pouco importando tratar-se de atos *stricto sensu*, atos-fatos ou mesmo negócios jurídicos, integral ou parcialmente válidos. A valoração funcional desse conjunto de manifestações amplia as possibilidades de controle social e de promoção dos valores existenciais, mantendo-se o intérprete atento não às suas escolhas pessoais, mas à tábua axiológica complexa e unitária definida pela Constituição da República.

[25] Nesta direção, leciona Federico Castro y Bravo, *El Negocio Jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Políticos, Madrid, 1967, p. 29, segundo o qual, na dinâmica dos negócios jurídicos, a definição de finalidades a serem alcançadas pelos particulares "no sopone disminuir el alcance de la autonomía de la volontad, sino pó el contrario tenerla em cuenta em su doble aspecto de libertad y de responsabilitad".

A FUNÇÃO DE CONTROLE DA BOA-FÉ OBJETIVA E O RETARDAMENTO DESLEAL NO EXERCÍCIO DE DIREITOS PATRIMONIAIS (*SUPPRESSIO*)**

GUILHERME MAGALHÃES MARTINS*

Diante de coisa tão doída
Conservemo-nos serenos
Cada minuto de vida
Nunca é mais, é sempre menos
Relógio (Cassiano Ricardo)

Sumário: Introdução; 1 Requisitos da suppressio; 2 A suppressio na jurisprudência nacional; 3 A suppressio e o art. 330 do Código Civil; 4 Distinção em face de outros institutos. A suppressio como modalidade de venire contra factum proprium; 5 A surrectio; 6 A função de controle da boa-fé; Conclusão.

Introdução

O direito visa assegurar expectativas, garantindo desde logo a confiança fundada nas condutas comunicativas das pessoas responsáveis, com base na própria credibilidade que estas reivindicam.[1]

O presente artigo visa discutir o instituto da *supressio*, conhecido por ser a perda da exigibilidade de um direito, não exercido durante longo lapso de tempo, criando uma expectativa na outra parte em torno da inércia do titular.

Tal figura, portanto, funda-se no valor confiança, visto que, em certos casos, o passar do tempo pode fazer desaparecer situações jurídicas ou direitos subjetivos que não foram exercidos durante certo lapso por seu titular, desde que tal inércia tenha gerado um benefício para a outra parte, por acreditar que aquela situação ou direito não seria mais usado.

---

* Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor adjunto da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Professor dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da UERJ, PUC-RIO, UCAM e EMERJ.

** Trabalho escrito em homenagem ao professor Ricardo Cesar Pereira Lira. Artigo originalmente publicado em Revista Trimestral de Direito Civil. Volume 32. p. 143-159. Outubro/Dezembro de 2007. Merecem especial agradecimento pela revisão bibliográfica e jurisprudencial o Mestrando Vitor de Almeida Azevedo Jr., da Faculdade de Direito da UERJ, e as alunas Ana Claudia Gonçalves Carvalho e Mayra dos Santos Loyola, ambas graduandas e bolsistas do PIBIC/CNPq na Faculdade de Direito da UFRJ.

[1] MACHADO, João Baptista. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. 118º ano , nº 3730-3741. Coimbra Editora, p. 229, 1985-1986.

A denominação *suppressio* é usada sobretudo pelo civilista português Antônio Menezes Cordeiro[2], que a define como "a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé".

O instituto, denominado pelos juristas alemães *Verwirkung*[3], tem como efeito a paralisação do exercício de um direito como meio sancionatório da deslealdade e da torpeza[4], cuja consagração dogmática definitiva se deve sobretudo às perturbações econômicas causadas pela primeira grande guerra e pela inflação. Isso se justificou especialmente em situações em que o exercício retardado de alguns direitos levou a um inadmissível desequilíbrio entre as partes, tendo em vista alterações imprevisíveis nos preços de determinadas mercadorias ou dificuldades acrescidas na realização de contratos de fornecimento.[5]

O titular do direito ou situação subjetiva seria, portanto, impedido de fazer valer um direito após ter injustificadamente retardado o seu exercício, suscitando na outra parte a expectativa legítima de que se manteria inerte.[6]

A *suppressio*, portanto, pressupõe o exercício surpreendente de uma posição jurídica cujo abandono o titular já tornara aparente, permitindo o surgimento de uma posição digna de tutela em favor de outrem: a *surrectio*. [7]

Logo, mesmo que determinado direito subjetivo exista, segundo as regras legais, o seu exercício é vedado e paralisado, sob pena de se atentar contra a boa-fé e lesar a confiança no tráfico jurídico.

Parte da doutrina associa a *suppressio* à ideia de neutralização de uma posição jurídica, na qual se divisa essencialmente o pensamento da proteção da confiança, derivada de um prolongado não exercício de certa situação jurídica por outrem.[8]

O foco deste trabalho se refere exclusivamente aos direitos patrimoniais, tendo em vista a tutela diferenciada das situações existenciais, baseadas na cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 3º., I, Constituição da República)[9], não sendo possível solucionar em termos de titularidade ou não

---

[2] *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p.797.

[3] Este trabalho utilizará indistintamente os termos *suppressio* e *retardamento desleal* ao designar o instituto em exame.

[4] MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.315.

[5] CORDEIRO, Antônio Menezes, *op.cit.*, p.801.

[6] RANIERI, Filippo. *Rinuncia tacita e Verwirkung*. Padova: CEDAM, 1971. p.01-02 (tradução livre).

[7] PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.158.

[8] FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.p.426-427.

[9] O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teve a oportunidade de enfrentar uma situação ligada à apropriação e exibição, irregular e sem autorização, da imagem do apresentador de televisão Silvio Santos, no programa televisivo Pânico na Band, envolvendo "a sua perseguição e o cerco, em público, por integrante do programa que, de forma agressiva, formulou uma série de provocações, causando-lhe profundo aborrecimento"(Agravo de instrumento nº. 0107420-50.2012.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP, rel.Des.Vito Gugliemi, j.21.02.2013). No caso, foi afastada a tese de *suppressio* invocada pela parte ré, visto que" ainda que se considere que o uso da imagem do autor por longo período de tempo pelo mesmo programa de televisão sugerisse autorização tácita, pode a mesma ser revogada a qualquer tempo, independentemente de motivação, e o ingresso de medida inibitória isso claramente

de direitos subjetivos os conflitos envolvendo a proteção da personalidade.[10]

1 Requisitos da *suppressio*

O instituto em questão reside, segundo Franz Wieacker, em uma conduta prévia de inatividade, necessariamente associada a uma determinada duração no tempo.[11]

Não basta, porém, o simples decurso do tempo, devendo subsistir circunstâncias peculiares à luz das quais o exercício retardado se mostre contrário à lealdade e correção decorrentes da boa-fé objetiva[12]. Isso pode ocorrer, por exemplo, se determinado direito de crédito somente vem a ser exercido próximo ao vencimento da respectiva obrigação ou mesmo após a satisfação do credor, desde que verificados os demais requisitos de tal figura[13].

Díez-Picazo elenca três requisitos: a omissão no exercício do direito, o decurso de um período de tempo e a objetiva deslealdade e intolerabilidade do posterior exercício atrasado[14].

Segundo Menezes Cordeiro, hão de ser observados os seguintes requisitos para a verificação do regime da *suppressio*: 1) Em regra, salvo raras exceções[15], todos os direitos subjetivos se lhe sujeitam, sejam individuais ou coletivos[16], desde que transcorra um certo período de tempo sem o exercício do direito; 2) A existência de indícios objetivos de que esse direito não seria mais exercido, devendo ser ponderado o comportamento do titular, havendo, portanto, uma legítima expectativa no tocante à inatividade do credor.

Baptista Machado, de modo singular, elencou as circunstâncias que se combinam nas situações em que se operam o retardamento desleal. São elas: o titular de um direito deixa passar longo tempo sem o exercer; com base nesse decurso do tempo e com base ainda numa particular conduta do dito titular ou noutras circunstâncias, a contraparte chega à convicção justificada de que o direito

---

revela". O acórdão é assim ementado: "ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA A DIREITO DE IMAGEM. PRETENDIDA PROIBIÇÃO DE QUE OS PROFISSIONAIS DA EMPRESA DE RÁDIO E TELEVISÃO REQUERIDA SE APROXIMEM DA PESSOA DO AUTOR, NEM EXIBAM SUA IMAGEM SEM AUTORIZAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA. HIPÓTESE EM QUE RESTA EVIDENTE A MONTAGEM DAS FALAS ATRIBUÍDAS AO AUTOR, ATRIBUINDO AO MESMO EXPRESSÕES IMPRÓPRIAS À LINGUAGEM DA TELEVISÃO ABERTA. CASO QUE CONFIGURA VIOLAÇÃO AO DIREITO À PRIVACIDADE DO AUTOR. RECURSO PROVIDO".

[10] MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: _____ . *Na medida da pessoa humana; estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.p.128.

[11] WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986. p.62.

[12] RANIERI, Filippo, *op.cit*, p.27.

[13] BIRR, Christiane. *Verjährung und Verwirkung*. Tradução Tânia Simões. Berlin: Erich Schmidt, 2003. p.164.

[14] Prólogo à obra de Franz WIEACKER, *El principio general de la buena fé*, *op.cit*, p.22 .

[15] CORDEIRO, António Menezes, . *op.cit*., p.810-811. Aponta o autor, dentre as exceções, os direitos sujeitos a prazos curtos de prescrição, a qual atinge a respectiva exigibilidade, além dos direitos que, no ordenamento alemão, seriam legalmente excluídos da *suppressio*, como, por exemplo, os direitos emergentes de contratos coletivos de trabalho e certos direitos que considera existenciais dos trabalhadores, como o direito ao salário.

[16] BIRR, Christiane, *op.cit*, p.165.

já não será exercido; movida por esta confiança, essa contraparte orientou em conformidade a sua vida, tomou medidas ou adoptou programas de acção na base daquela confiança, pelo que o exercício tardio e inesperado do direito em causa lhe acarretaria agora uma desvantagem maior do que o seu exercício atempado[17].

É desnecessária, para tanto, a ocorrência de culpa ou de quaisquer elementos ditos subjetivos por parte do titular não exercente, bastando a situação objetiva criada, geradora de justificada confiança da pessoa contra quem o direito se dirigia, quanto à sua inércia. [18]

A incidência da *suppressio* não é afastada pelo fato de o credor desconhecer a existência do seu direito - o que não afeta necessariamente a possibilidade de seu exercício a qualquer tempo, o que pode ou não ocorrer de forma desleal -, a menos que tal desconhecimento se deva à conduta deliberada do próprio devedor[19].

Porém, tal conclusão não é absoluta, eis que o conhecimento pelo titular do direito, normalmente passível de verificação pela outra parte, reforça a confiança desta, que pode reputar que o titular, em tal situação, não pretende exercer seu direito.

É certo, no tocante ao atraso desleal (*"illoyalen Verspätung"*), que o prolongamento excessivo da inércia do credor se inicia no momento em que o titular teria, pela primeira vez, a oportunidade de fazer valer seu direito[20], assumindo uma atitude inicialmente passiva.

Pode ser considerado como referência inicial para a aferição da demora ilegítima - casuisticamente e de cotejo com os demais requisitos da *suppressio* - o respectivo prazo prescricional ou decadencial, embora estes, sobretudo por seu caráter geral, não se confundam com a figura em estudo, marcada pela excepcionalidade.[21]

A *suppressio*, no que toca ao seu relacionamento com outros institutos, tem natureza sempre subsidiária, em se tratando de verdadeira saída extraordinária, insuscetível de aplicação sempre que a ordem jurídica prescreva qualquer outra solução. [22]

A excepcionalidade do instituto encontra explicação no fato de que os valores que ela comporta, segundo Menezes Cordeiro, não se encontrarem presentes na generalidade das relações jurídicas. Ocorre exatamente o contrário: seus requisitos surgem apenas em condições especiais, afastando

---

[17] MACHADO, João Baptista. , *op.cit.*, p. 228.
[18] NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 187.
[19] BIRR, Christiane, *op.cit*, p.170.
[20] *Idem.*
[21] No entanto, como bem adverte Anderson SCHREIBER (A proibição de comportamento contraditório. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.182), "(...) a importância de um longo decurso do tempo não deriva de ser a extensão do intervalo temporal um requisito essencial da *Verwirkung*, mas do fato de que, na maior parte das situações concretas, tal extensão temporal é necessária à formação de uma confiança legítima no não-exercício, ressalvada a concorrência de outras circunstâncias que atribuam este poder gerador de confiança ao comportamento omissivo em lapso temporal mais exíguo".
[22] CORDEIRO, Antônio Menezes, *op.cit*, p.812.

valores genéricos evidentes ligados à existência dos direitos devidamente constituídos, verificando-se, segundo a casuística da jurisprudência alemã, a individualização da boa-fé em função do caso concreto.[23]

A figura em exame não pode ser confundida com a renúncia tácita, a qual, para Alejandro Borda, requer, além de uma vontade negocial, a possibilidade de o renunciante demonstrar a inexistência desta declaração, o que apagaria o seu efeito extintivo, enquanto a *suppressio* se funda na boa-fé.[24]

A *suppressio*, com efeito, é uma inatividade abusiva, não correspondendo a uma declaração de vontade abdicativa, ainda que tácita, como a renúncia, além de esta necessariamente exigir o conhecimento do direito pelo seu titular, pois não se pode renunciar àquilo que não se conhece. Além disso, como visto, independe do conhecimento do direito pelo seu titular.[25].

Uma corrente doutrinária nega à *suppressio* a eficácia de paralisar a pretensão do titular:[26]

> tal como no *venire*, contudo, não cabe falar-se de uma proibição de exercício (ou de um dever de não exercício) de uma posição jurídica. Dentro dos prazos de caducidade e de prescrição, cada sujeito pode também legitimamente escolher, para quando lhe aprouver, o momento de a actuar. E igualmente se deveria reconhecer que a consequência ordinária da *´verwirkung´* está na indemnização dos danos resultantes do exercício ´tardio´ de uma posição e não na inibição desse exercício, devendo esta apenas ser admitida aí onde uma indemnização do dano derivado da frustração da confiança não permita uma satisfatória compensação do prejuízo.

No entanto, atribuir à função de controle da boa-fé, no instituto em questão, função meramente reparatória, não é a melhor solução, tendo em vista a importância consagrada no direito brasileiro às obrigações de fazer e não fazer, que contemplam o melhor interesse dos envolvidos, ultrapassando o velho dogma da intangibilidade da vontade humana, possibilitando a prevenção dos danos. A *suppressio*, além de paralisar a pretensão do titular, pode vir acompanhada da responsabilidade civil decorrente do retardamento desleal, tendo em vista o princípio da reparação integral (art. 944, Código Civil).

Portanto, são duas as modalidades fundamentais de sancionamento da autovinculação resultante da confiança legítima, como ensina João Baptista Machado:

---

[23] *Op.cit*, p.818.
[24] BORDA, ALEJANDRO. *La teoria de los actos próprios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. p.43.
[25] BIRR, Christiane, *op.cit.*, p.183.
[26] É a posição defendida por Manuel Carneiro da Frada, *op.cit.*, p.426-427.

a) ora em considerar relevante (ainda que como mero facto) e juridicamente exigível o conteúdo significativo da autovinculação extranegocial que engendrou a confiança;

b) ora em obrigar o responsável a indemnizar os danos causados. [27]

2 A *supressio* na jurisprudência nacional

A importância da análise da incidência do instituto em estudo na jurisprudência pátria reside, justamente, no fato de não encontrar positivação. A tutela da confiança merece uma maior ênfase justamente nesses casos desprovidos de previsão específica no ordenamento. Desse modo, os Tribunais, tanto estaduais quanto superiores, ajudam na identificação dos seus requisitos na prática.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro resolveu interessante litígio relativo à cobrança de cotas condominiais de unidade comercial localizada no térreo de edifício constituído por lojas, subsolo, sobrelojas, pilotis, apartamentos e cinema, buscando a parte autora ver reconhecido o direito de receber as cotas condominiais relativas aos dezessete anos anteriores ao ajuizamento da demanda, as quais jamais tinham sido antes exigidas daquele estabelecimento. [28]

[27] *Op.cit.* , p.298. Prossegue o autor: "Na primeira hipótese, tratando-se de actuar preventivamente, vai-se paralisar ou considerar inexigível o direito que o autor da conduta geradora da confiança pretende mais tarde exercer, ou vai se sancionar juridicamente aquela autovinculação, tornando exigível a satisfação do compromisso contratualmente assumido, ao impedir-se o responsável de arguir a nulidade desse compromisso.

Na segunda hipótese, tratar-se-á, em regra, de ressarcir o interesse negativo ou de confiança, sem que todavia se exclua de todo a possibilidade de, em casos excepcionais, se impor ao responsável a obrigação de indemnizar o interesse positivo ou de cumprimento".

Porém , admite João Baptista Machado, no mesmo artigo, *op.cit.*, p.292, a possibilidade de exceções àquela regra: "no domínio de casos em que é aplicável a proibição do *venire contra factum proprium* a responsabilidade pela confiança funciona em regra em termos preventivos, paralisando o exercício de um direito ou tornando ineficaz aquela conduta declarativa que, se não fosse contraditória com a conduta anterior do mesmo agente, produziria determinados efeitos jurídicos. É teoricamente admissível, porém, que uma conduta declarativa destinada a produzir certo efeito jurídico, mas contrária à boa-fé, não veja recusada essa eficácia jurídica, mas, em compensação, dê origem a uma obrigação de indemnizar. Assim, p.ex., o nº 4 do artigo 30 do Decreto-lei nº 231/81, de 28 de julho, que se refere à resolução do contrato de associação em participação, admite que mesmo a declaração de resolução com abuso de direito extingue a relação contratual, mas não exonera de responsabilidade aquele que exerce o direito de resolução ".

[28] Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, apelação cível 0014558-75.2010.8.19.0210, 20ª Câmara Cível, rel.Des.Marco Antonio Ibrahim, julgado em 13 de junho de 2012. Segundo o relatório, "a análise dos autos revela que a cobrança jamais foi deflagrada por se ter entendido que a convenção condominial isentava as unidades comerciais do pagamento das cotas. Com efeito, a escritura de convenção do condomínio (fls. 06/16), firmada em 26/03/1965, não menciona que a divisão das despesas comuns deve ser feita entre os proprietários das unidades residenciais e comerciais, embora não haja qualquer ressalva no sentido da isenção destas últimas. Bem verdade que, estabelecendo a lei a obrigatoriedade do rateio das despesas, qualquer entendimento diverso deve ter por base a Convenção (...) Mas é importante frisar que como unidades autônomas a convenção designou apenas os apartamentos (...) *Ora, se a loja não foi individualizada na Convenção como unidade autônoma, sendo implicitamente excluída do*

Não obstante a ausência de referência às lojas na convenção de condomínio, foi decisivo para a solução do caso o fato de que os antigos proprietários das lojas, bem como os réus que as adquiriram, sempre tiveram a justa e legítima expectativa de que jamais seriam cobrados pelo rateio de despesas dada a "isenção" que se protraía desde 1972, ou seja, há 41 anos.

---

rateio, e se não utiliza as dependências internas do condomínio, possui entrada separada, não faz uso dos elevadores e tem hidrômetros e quadros de luz independentes, parece mais do que razoável a exegese de que seus proprietários não estariam sujeitos à divisão de despesas" (g.n.). A ementa é a seguinte: "Direito Civil. Cobrança de cotas condominiais. Inércia do exercício do direito de cobrança. Violação do princípio da boa-fé objetiva. 'Suppressio' e 'surrectio'. Não tendo o condomínio exercido (desde 1972) o direito de cobrança de cotas das unidades comerciais que o integram, o ajuizamento de demanda configura comportamento contraditório violador da boa-fé objetiva dada a confiança dos réus de que estariam isentos do rateio de despesas comuns, *longi temporis*. O ordenamento jurídico veda que uma pessoa adote comportamentos contraditórios, ainda que lícitos. Omissão reiterada que gerou legítima expectativa de que os réus não estariam obrigados a rateio. Inexistência da obrigação. Doutrina. Precedentes. Sentença reformada".

No mesmo sentido, o seguinte acórdão, também do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: "AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. RÉU QUE ALEGA A VENDA DO IMÓVEL POR INSTRUMENTO PARTICULAR, MAS NÃO JUNTA PROVA DA REALIZAÇÃO DO NEGÓCIO. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES DO RÉU NO SENTIDO DE NUNCA HAVER O CONDOMÍNIO LHE COBRADO AS COTAS. COBRANÇAS DIRIGIDAS A SINDICATO OCUPANTE DO IMÓVEL. INÉRCIA DO CONDOMÍNIO QUE GERA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DO PROPRIETÁRIO DE QUE TAL DIREITO NÃO MAIS SERIA EXERCIDO. COBRANÇA QUE ATENTA CONTRA O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DA SUPPRESSIO/SURRECTIO. SUPRESSÃO DO DIREITO SUBJETIVO DE COBRANÇA EM FACE DO RÉU, MAS NÃO EM FACE DE QUEM OCUPA O IMÓVEL. PROVIMENTO DO RECURSO PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL, COM A INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. Sabe-se que a obrigação do condômino de arcar com o pagamento da cota condominial para conservação da propriedade comum possui natureza de obrigação *propter rem*. Em que pese haver o condomínio demonstrado que o nome do réu consta do Registro Geral de Imóveis como um dos proprietários da fração ideal correspondente ao imóvel em cobrança, há notícia nos autos de que o imóvel em questão foi vendido há mais de quarenta anos atrás, através de instrumento particular. Apesar de não ter o réu apresentado documento que demonstrasse a realização do referido negócio, mostram-se verossímeis as alegações do mesmo no sentido de nunca haver recebido qualquer cobrança por parte do condomínio, uma vez que todos os boletos acostados à inicial se dirigem ao Sindicato dos Técnicos e Auxiliares de Radiologia do Estado do Rio de Janeiro, a quem o demandado afirma ter alienado o imóvel. Ademais, o oficial de justiça que esteve no imóvel no intuito de citar o demandado informa haver sido atendido por uma funcionária do sindicato que esclareceu que este funciona naquele endereço desde 1964, sendo de sua propriedade o imóvel, além de ser o demandado desconhecido no local. É inegável que o não exercício do direito por certo lapso temporal pode gerar expectativa legítima na contraparte de que tal direito não venha mais a ser vindicado. *In casu*, a inércia do condomínio em promover a cobrança das cotas em face do demandado deu indícios de que o direito não seria mais exercido, de modo que a cobrança efetuada de forma retardada acaba por lesar a confiança do apelante na inatividade do credor. Urge fazer prevalecer na presente demanda o valor confiança, com base no instituto da *suppressio*, que consiste exatamente na supressão do exercício de um direito por deixar o seu titular de exercê-lo durante certo lapso temporal, quebrando a expectativa que havia surgido no outro sujeito quanto ao seu exercício. Trata-se de reflexo do princípio da boa-fé objetiva, no que diz respeito à função limitativa do exercício de direitos subjetivos advindos do contrato. Ao direito subjetivo do réu decorrente da tutela conferida a esta expectativa legítima dá-se o nome de *surrectio*, que equivale à outra face da *suppressio*, aquela relativa à parte cuja confiança se pretende proteger. *A modificação do julgado para reconhecer a impossibilidade de cobrança em face do réu em razão da inatividade prolongada do condomínio não importa em supressão do direito do mesmo de promover a cobrança em face de quem ocupa o imóvel, como vem fazendo, podendo, inclusive, ajuizar a demanda em face do possuidor, no caso de não haver o cumprimento voluntário da obrigação na data do vencimento, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça* (TJ-RJ, 9ª Câmara Cível, apelação cível 0101561-84.2008.8.19.0001, rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, j.07.04.2009).

Conclui o mencionado acórdão:

> Não tendo o condomínio exercido (desde 1972) o direito de cobrança de cotas das unidades comerciais que o integram, o ajuizamento da presente demanda configura comportamento contraditório violador da boa-fé objetiva e da confiança dos réus de que estariam isentos do rateio de despesas comuns. Evidente a *suppressio*, razão pela qual sequer se deve investigar a ocorrência de prescrição(...)

A verificação dos requisitos da *suppressio* foi igualmente enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em acórdão assim ementado:

> ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONTRATO DE MÚTUO FIRMADO PELO USUÁRIO E A CONCESSIONÁRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CLÁUSULA CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. LIMITAÇÃO DO EXERCÍCIO DO DIREITO SUBJETIVO. SUPPRESSIO. JUROS. TERMO INICIAL.
>
> A *suppressio* constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do princípio da boa-fé objetiva. Para sua configuração, exige-se (I) decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não seria exercido e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor. Lição de Menezes Cordeiro.
>
> Não caracteriza conduta contrária à boa-fé o exercício do direito de exigir a restituição antecipada de quantia emprestada depois de transcorridos mais de quinze anos se tal não gera desvantagem proporcional ao devedor em relação ao benefício do credor. Hipótese em que o mútuo não só permitiu a expansão da rede elétrica de concessionário de serviço público de energia elétrica como também a exploração econômica do serviço mediante a cobrança de tarifa, sendo que esta, a par da contraprestação, engloba a amortização dos bens reversíveis. Ausente, portanto, desequilíbrio entre o valor atualizado a ser restituído e o benefício fruído pelo Apelado durante todo esse tempo -, não há (sic) falar em paralisação do direito subjetivo.
>
> Conquanto tenha o contrato de mútuo firmado entre o usuário e a concessionária do serviço público de energia elétrica para custeio das despesas a cargo desta de implantação do fornecimento estabelecido que a quantia seria restituída sem correção monetária, tem direito o usuário de receber o montante atualizado, sob pena de arcar com os encargos que devem ser suportados pela concessionária e para cuja

prestação é remunerada na forma do contrato de concessão".

Tal acórdão, embora negue a verificação da *suppressio*, constitui uma das primeiras manifestações da jurisprudência pátria acerca da matéria, negando provimento a recurso de apelação interposto pela Companhia Estadual de Energia Elétrica do Rio Grande do Sul/CEEE em face de sentença que a condenou a restituir, com correção monetária, quantia em dinheiro emprestada por usuário com vistas ao financiamento da implantação e expansão da rede elétrica naquele Estado.

Foi inclusive reputada abusiva cláusula constante do instrumento contratual do mútuo que estabelecia a restituição pelo valor nominal, sem correção monetária, afastando-se a sua incidência.

Em caso semelhante, também envolvendo a incidência de correção monetária, a Ministra Nancy Andrighi, ao julgar o Recurso Especial 1.202.514-RS (3ª t., j.21.07.2011), aplicou a *suppressio* em ação de cobrança baseada em contrato de serviços de advocacia, prevendo o pagamento de prestações reajustáveis a cada doze meses, sem que houvesse, entre novembro de 1998 e outubro de 2004, qualquer correção no valor das prestações.

Considerou o acórdão de origem, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que , ao longo de seis anos, a sociedade de advogados autora concordou em não reajustar os seus honorários, não obstante a existência de previsão contratual expressa nesse sentido.

Concluiu a Ministra, considerando ter ocorrido uma renúncia tácita à cobrança da correção monetária, que

> (...) nada impede o beneficiado de abrir mão da correção monetária, mantendo sem reajuste a contraprestação mensal, como forma de persuadir a parte contrária a manter o vínculo contratual. Dada a natureza disponível desse direito, sua supressão pode perfeitamente ser aceita a qualquer tempo pelo titular.
>
> Trata-se, aliás, de procedimento corriqueiro nas negociações envolvendo a renovação e/ou manutenção de contratos, tendo sido justamente esse o caso dos autos, conforme conclusão do TJ/RS no sentido de que "tudo indica que [a recorrente] manteve o valor inalterado para manter o contrato, não sendo razoável exigir tais valores apenas após a rescisão (...)
>
> (...) Para o deslinde da presente controvérsia interessa apenas a *suppressio*, que indica a possibildade de se considerar suprimida determinada obrigação contratual na hipótese em que o não exercício do direito correspondente, pelo credor, gerar ao devedor a legítima expectativa de que esse não-exercício se prorrogará no tempo.
>
> Em outras palavras, haverá redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a sensação válida e plausível

– a ser apurada casuisticamente – de ter havido a renúncia àquela prerrogativa.

Na hipótese dos autos, a recorrente abriu mão do reajuste anual das prestações mensais durante todos os 06 anos de vigência do contrato, despertando na recorrida, ao longo de toda a relação negocial, a justa expectativa de que a correção não seria exigida retroativamente.

Na realidade, mais do que simples renúncia ao direito de reajuste, a recorrente abdicou da correção monetária para evitar a majoração da parcela mensal paga pela recorrida, assegurando, com isso, a manutenção do contrato. Vê-se, pois, que não se cuidou propriamente de liberalidade da recorrente, mas de uma medida que teve como contrapartida a preservação do vínculo contratual por 06 anos.

Diante desse panorama, o principio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão da recorrente, de exigir retroativamente valores a título de correção monetária, que vinha regularmente dispensado, frustrando uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual (g.n.).

A *suppressio* fundamentou ainda o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior no Recurso Especial n° 214.680-SP, em situação na qual a autora, condômina, ajuizou ação cominatória em face dos réus, também condôminos, tendo em vista a indevida ocupação do *hall* de circulação dos respectivos apartamentos, infringindo a lei e a convenção, por se tratar de área de uso comum.[29]

Baseou-se o aludido voto na circunstância de que, no caso em tela, os réus passaram a ocupar a parte do corredor que leva aos seus apartamentos, porque houve alteração no próprio projeto de construção do prédio, com incorporação de unidades, de tal modo que o final do corredor dos seus apartamentos praticamente perdeu a razão de ser, e o espaço que lhes correspondia transformou-se em área morta, sem qualquer utilidade para o condomínio; por esse motivo, os réus passaram a se utilizar de tal área com exclusividade, com a plena concordância dos demais condôminos, os quais ratificaram tal estado de coisas em assembleia, assim permanecendo por trinta anos.

Logo, a situação mais justa seria a manutenção do *status quo*, sendo que

para isso pode ser invocada a figura da *suppressio*, fundada na boa-fé objetiva, a inibir providências que já poderiam ter sido adotadas há anos e não o foram, criando a expectativa, justificada pelas circunstâncias, de que o direito que lhes correspondia não seria mais exigido. A *suppressio* tem sido considerada com predominância como uma hipótese de

[29] Revista do Superior Tribunal de Justiça, 130/366, D.J. 16.11.99, p.214.

> exercício inadmissível do direito (...) e pode bem ser aplicada neste caso, pois houve o prolongado comportamento dos titulares, como se não tivessem o direito ou não mais quisessem exercê-lo : os condôminos ora réus confiaram na permanência dessa situação pelas razões já explicadas: a vantagem da autora ou do condomínio, que ela diz defender, seria nenhuma, e o prejuízo dos réus, considerável(...)".

Essa mesma decisão foi mencionada pela Ministra Nancy Andrighi na fundamentação de outro julgado do Superior Tribunal de Justiça[30]. O caso envolvia a apuração da responsabilidade de vizinho, em edifício cuja convenção previa a destinação comercial, por danos morais em razão de ruídos excessivos.

O recorrido, locatário do imóvel em que residia, alegou, na inicial, que sua vizinha, a recorrente, instalou, a fim de atender às necessidades de sua atividade comercial, no teto do edifício e logo acima de sua residência, equipamento que gerava ruído e vibrações em sua moradia. A recorrente, valendo-se da convenção condominial, afirma que o prédio tinha como finalidade, exclusivamente, o comércio.

O imóvel alugado pelo recorrido era uma quitinete situada em edifício cuja convenção de condomínio estipulava a finalidade comercial dos imóveis. Após o início do contrato, a recorrente passou a explorar a atividade no ramo de supermercados (Big Box) e, com a autorização do condomínio, fez instalar sobre o teto do edifício equipamento que garante a refrigeração das suas câmaras frigoríficas, gerando ruído excessivo e incômodo.

Não obstante ter o condomínio mantido uma postura ambígua, por anos, quanto à real destinação do prédio, a conduta da recorrente, ao ignorar a realidade de ali também se encontrarem, de fato, imóveis residenciais, acaba por violar a boa-fé objetiva.

A *suppressio* incide quando a recorrente, sabendo da aceitação da destinação mista do edifício, tenta justificar o ruído e vibração produzidos por ela fazendo uso da regra presente na convenção condominial, a qual, desde

---

[30] REsp 1096639 / DF. Rel. Min. Nancy Andrighi. 3ª t., j. 09/12/2008. A ementa é a seguinte: "DIREITO CIVIL. VIZINHANÇA. CONDOMÍNIO COMERCIAL QUE ADMITE UTILIZAÇÃO MISTA DE SUAS UNIDADES AUTÔNOMAS. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTO POR CONDÔMINO QUE CAUSA RUÍDO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANO MORAL QUE SE FIXA EM QUANTUM RAZOÁVEL. – O exercício de posições jurídicas encontra-se limitado pela boa-fé objetiva. Assim, o condômino não pode exercer suas pretensões de forma anormal ou exagerada com a finalidade de prejudicar seu vizinho. Mais especificamente não se pode impor ao vizinho uma convenção condominial que jamais foi observada na prática e que se encontra completamente desconexa da realidade vivenciada no condomínio. – a *suppressio*, regra que se desdobra do princípio da boa-fé objetiva, reconhece a perda da eficácia de um direito quanto este longamente não é exercido ou observado. – Não age no exercício regular de direito a sociedade empresária que se estabelece em edifício cuja destinação mista é aceita, de fato, pela coletividade dos condôminos e pelo próprio condomínio, pretendendo justificar o excesso de ruído por si causado com a imposição de regra constante de convenção condominial, que impõe o uso exclusivamente comercial, mas que é letra morta desde sua origem".

sua origem, é tida como letra morta.[31]

Vale transcrever um trecho da fundamentação do acórdão:

> O exercício de posições jurídicas encontra-se limitado pela boa-fé objetiva. Assim, o condômino não pode exercer suas pretensões de forma anormal ou exagerada com a finalidade de prejudicar seu vizinho. Mais especificamente não se pode impor ao recorrido uma convenção condominial que jamais foi observada na prática e que se encontra completamente desconexa da realidade vivenciada naquele condomínio.

Embora não tenha sido a *suppressio* aplicada expressamente àquela situação concreta, a professora Judith Martins-Costa[32] a associa ao caso ao comentar o Recurso Especial 401.704-PR (4ª t., j.25.08.2009, rel. Des. convocado do TJ-AP Honildo Amaral de Mello Castro), que envolveu a resilição unilateral do contrato, sem aviso prévio, de distribuição de marca nacionalmente conhecida (Tostines), reconhecendo-se o dever de indenizar pelos danos decorrentes da longa relação contratual existente entre ambas as partes, cuja abrupta diminuição da lucratividade provoca imediatas consequências sociais e econômicas.[33]

[31] Em outro precedente, igualmente relatado pelo Ministro Ruy Rosado, embora sem referência expressa à *suppressio*, mas apenas à teoria dos atos próprios (*nemo potest venire contra factum proprium*), o Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 95.539-SP, j.3.9.96) considerou que "a mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denunciação de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios".
Segundo o voto do relator, "para ter o comportamento da mulher como relevante, lembro a importância da doutrina sobre os atos próprios. O direito moderno não compactua com o *venire contra factum proprium*, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente (...) Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior". Finalmente, conclui que: "o sistema jurídico nacional, a meu juízo, deve ser interpretado e aplicado de tal forma que através dele possa ser preservado o princípio da boa-fé, para permitir o reconhecimento da eficácia e validade de relações obrigacionais assumidas e lisamente cumpridas, não podendo ser a parte surpreendida com alegações formalmente corretas, mas que se chocam com princípios éticos, inspiradores do sistema".

[32] O caso dos produtos Tostines: uma atuação da boa-fé na resilição dos contratos duradouros e na caracterização da *suppressio*. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Trbunais, 2001. p.527 e seguintes.

[33] Segue um trecho do relatório: "infere-se dos autos que Comércio e Representação de Produtos Alimentícios Bom Retiro ajuizou ação cautelar de busca e apreensão de documentos e ação indenizatória cumulada com declaratória de inexistência de débito em face de Tostines Comercial e Industrial Ltda.

A recorrida sustenta que manteve contrato verbal de distribuição de produtos alimentícios com a empresa Tostines desde 1966 até 1996 (exatos 30 anos), cujo contrato correspondia a 70% do seu faturamento. A relação contratual fora unilateralmente rescindida pela recorrente após transferência do controle societário da contratante para o grupo Nestlé.

Face à ruptura contratual, a contratada sofreu vários prejuízos decorrentes da suspensão do fornecimento dos produtos, uma vez que a marca estava consolidada no mercado. Pediu através de

Nas palavras da professora Judith Martins-Costa[34], relativamente ao caso acima mencionado,

> (...) podem ser configuradas – e em regra configuram-se - , situações de extremada injustiça para aquele contraente que, contando com a continuidade do contrato que se desenvolvia desde muito tempo, sem termo determinado para a sua extinção, não se preparou para o desligamento, seja redirecionando os seus negócios, seja buscando outro fornecedor, ou, ainda, o que fez investimentos de monta para poder prover a execução contratual, mas vê o contrato rompido sem que tivesse corrido tempo necessário para viabilizar a possibilidade de um retorno financeiro.
>
> A "extremada injustiça" acima aludida relaciona-se, diretamente, com as peculiaridades dos contratos duradouros dentre as quais estão, além da relação entre o tempo e o adimplemento, uma especial carga de pessoalidade e, ainda, a sua própria racionalidade econômica, só compreensível em vista da complexa trama de interesses em aliança e

liquidação de sentença a fixação de *danos emergentes* relativamente ao fundo de comércio, indenizações trabalhistas e investimentos que se viu obrigada a arcar, além de lucros cessantes e danos morais(...)". O pedido foi julgado procedente pela 8ª Vara Cível de Curitiba, que, julgando parcialmente procedentes os pedidos iniciais, confirmou a medida cautelar e fixou indenização como sendo: a) danos emergentes em R$ 347.345,96, conforme apurado pela perícia; b)lucros cessantes, tendo por base o valor de R$ 577.431,63, na forma do laudo pericial; c)danos morais, em 800 (oitocentos) salários mínimos; custas e honorários em 10% do valor líquido apurado (...) A 2ª Câmara Cível do TJ-PR deu parcial provimento à indenização da Tostines, para reduzir o montante da indenização (...) Ação indenizatória – Ruptura de contrato verbal de distribuição exclusiva de produtos Tostines – Redução no faturamento, dispensa de empregados, cessação das atividades – danos causados com a perda do fundo de comércio e verbas trabalhistas – Lucros cessantes e dano moral (...) III- A ruptura, sem justa causa, do contrato de distribuição exclusiva do produto obriga o fabricante a ressarcir o distribuidor dos prejuízos dela resultantes, como danos emergentes, lucros cessantes e danos morais".

[34] *Ibidem*, p.532, 540: "No caso, os prejuízos foram imputados à conduta de Tostines porque – conforme comprovado – esta alterara o seu comportamento empresarial depois da aquisição do seu controle societário pelo Grupo Nestlé. Resiliu abruptamente o contrato e, uma vez demandada, usou o argumento de a Bom Retiro atrasar o pagamento de mercadorias. O que o acórdão demonstra, porém, é que , se é lícito resilir (nas hipóteses previstas pela lei ou derivadas, expressa ou implicitamente, do contrato), o exercício desse poder formativo há de ser pautado pela boa-fé, que impõe ao seu titular determinados deveres de "aviso prévio", evitando-se o rompimento abrupto, que surpreende, negativamente, o parceiro de longos anos; desconsidera os seus interesses legítimos (porque amparados num ´investimento de confiança´objetivamente constatável, derivado da conduta constante e duradoura) e que, por isso mesmo, é capaz de ocasionar injusta ´diminuição da lucratividade´àquele que, surpreendido pela ruptura, não se pode preparar para enfrentá-la.

A ´abusividade ´ detectada, como se vê, não está na resilição unilateral, mas no modo como operada sem que oferecido à outra parte, mediante aviso prévio, um ´prazo razoável´ para que pudesse ter planejado empresarialmente (...)

A referência à reiterada tolerância de um contratante a falhas na prestação do outro leva a mencionar, por fim, outra face de atuação do princípio da boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos ou poderes formativos: é a que apanha a hipótese de perda ou de ´paralisação´do direito subjetivo para além dos casos tradicionais de prescrição ou decadência, o que vem nomeado, no léxico de Menezes Cordeiro, por suppressio e surrectio"(g.n.).

> interesses em potencial conflito que, comumente, está a permear a sua estrutura. Essas peculiaridades aumentam a intensidade da colaboração contratualmente devida, sob pena de comprometer-se a própria consecução da finalidade contratual. Assim, o longo tempo do contrato, a especial carga de pessoalidade envolvida na relação, a necessidade de um mútuo investimento de confiança no comportamento da contraparte agregam, aos elementos nascidos das declarações negociais, ainda outros elementos, como a confiabilidade no comportamento da contraparte, a previsibilidade (ainda que relativa) acerca de suas ações, a possibilidade de uma renegociação de certas condições contratuais etc., tudo convergindo para uma intrínseca e muito intensa *necessidade de cooperação intersubjetiva,* distinta daquela exigível em contratos instantâneos, bem como naqueles em que a estrutura dos interesses contratuais é fundada na contraposição, como ocorre, por exemplo, numa compra e venda isolada.

Merecem ser ainda lembradas algumas das principais hipóteses de aplicação da *Verwirkung* consagradas pelos tribunais alemães.

Algumas dessas decisões remontam à Primeira Guerra Mundial, como verdadeiro improviso em relação aos institutos até então existentes[35], tendo o *Reichsgeright,* em 05 de julho de 1923, decretado, pela primeira vez, a perda do direito à correção monetária por um empreiteiro que retardara por mais de dois meses a comunicação ao seu cliente acerca da correção do preço, situação essa que correspondeu à supervalorização do marco, hipótese em que poderia ocorrer, por uma mera diferença de dias, a multiplicação do valor do débito, exigindo-se que o credor informasse o mais rapidamente o devedor acerca de sua pretensão.[36]

A *suppressio* funcionou, então, como um contrapeso à proteção conferida ao credor por meio da admissão da correção monetária, assegurando-se assim a posição do devedor, como imperativo da função de controle da boa-fé, de modo que as pretensões de reajustamento, quando caibam, sejam exercidas num prazo razoável, sem o que atingiriam montantes com os quais o devedor não poderia contar.[37]

A *Verwirkung* foi igualmente aplicada em precedentes jurisprudenciais ligados ao desuso de marcas e patentes registradas, como ocorreu no célebre caso julgado pelo *Reichsgericht* em 19 de junho de 1925, em que o autor depositou junto ao órgão competente a marca Goldina para um complexo de produtos laticínios, dentre os quais somente veio a comercializar margarina. Ocorre que, no ano de 1896, o réu depositou a mesma marca Goldina como sinal distintivo da sua produção de cacau e chocolate, passando posteriormente, em 1918, a produzir manteiga e leite condensado, depositando a marca Goldina, que se

[35] BIRR, Christiane, *op.cit.*, p.165.
[36] R.G. 5.7.1923, vol.107, p.106 e seg., *apud* RANIERI , Filippo , *op.cit,* p.17.
[37] CORDEIRO, Antônio Menezes, *op.cit,* p.802.

tornara famosa em função de uma campanha publicitária promovida durante anos pelo réu.

No mesmo ano de 1921, o autor igualmente decidiu iniciar a produção de manteiga e de leite condensado, utilizando como sinal distintivo a marca Goldina, já depositada em 1906 para aqueles outros produtos; ao mesmo tempo, invocando a prioridade na inscrição da marca, propôs ação para que o réu fosse impedido de utilizá-la, tendo sido o pedido julgado improcedente pelo Tribunal alemão, que visualizou na conduta do autor uma violação dos bons costumes (§826 do BGB).

Além da circunstância de o autor não haver produzido anteriormente manteiga e leite condensado, entendeu aquela corte que a ação inibitória tinha a clara finalidade de desfrutar das vantagens resultantes da campanha publicitária promovida pela parte ré, usurpando a clientela por este obtida com a divulgação da marca. Logo, foi reputado inadmissível o exercício tardio dessa impugnação à marca.[38]

Outra hipótese passível de enquadramento na *suppressio* é a dos compromissos de compra e venda que contenham cláusula de arrependimento a qualquer tempo, sendo tal faculdade exercida pelo promitente-vendedor após o recebimento do preço, invocando o revogado art. 1088 do Código Civil de 1916 [39], situação em que ocorreria um desleal exercício atrasado do direito.

Em matéria de inquilinato, uma demora exagerada entre a notificação para o término do contrato de locação por prazo determinado (art.46, § 2°, Lei n ° 8245/91) e a propositura da ação de despejo pode levar o locatário à expectativa legítima de que o locador teria desistido da denúncia. Isso pode induzir a ineficácia do aviso prévio, impondo a sua renovação, embora a lei não preveja qualquer prazo para tanto, ensejando, em nome do princípio da boa-fé objetiva, mais uma possível aplicação da *suppressio*.

3 A *suppressio* e o art. 330 do Código Civil

Vislumbra-se uma clara previsão legal da *suppressio* no art. 330 do Código Civil de 2002, em cujos termos *"o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato"*.

Tal dispositivo, ensina a professora Judith Martins-Costa, pressupõe três condições de incidência: a) a determinação, ou determinabilidade, do local do pagamento, em virtude de contrato; b) a sua alteração, por período de tempo reiterado; c) a presunção de renúncia do credor ao direito que lhe fora estabelecido no contrato.[40]

Faz-se necessário, inicialmente, que se trate de adimplemento cujo local

[38] RANIERI, Filippo, *op.cit*, p.18-19.
[39] O exemplo é dado por Fernando NORONHA, *op.cit.* p.185-186, em cujas palavras os promitentes-vendedores desistiam do negócio por vezes no próprio momento em que deveriam outorgar a escritura definitiva de compra e venda, o que foi vedado por diversas manifestações jurisprudenciais (como cristalizado na súmula n ° 166 do Supremo Tribunal Federal) que culminaram na proibição legal da cláusula de arrependimento em diversos compromissos relativos a imóveis, como no art. 16 do decreto-lei nº 58/37 e no art.25 da lei n ° 6.766/79.
[40] MARTINS-COSTA, Judith . Op.cit, p.317.

possa ser determinado pela autonomia privada e pelos usos, permitindo-se, outrossim, a sua alteração, ficando excluídas situações relativas à tradição de um imóvel ou a prestações relativas a imóvel, caso em que o pagamento deverá ocorrer no local da situação deste, consoante o art. 328 do Código Civil.

Em segundo lugar, a expressão "pagamento reiteradamente feito em outro local" pressupõe o decurso de um razoável lapso temporal, como condição necessária para gerar a legítima confiança. Aquele dispositivo não predetermina o tempo, mas deixa a sua determinação ao juiz, que deverá, à luz das circunstâncias do caso, ponderar o grau de confiança despertado no devedor.[41]

Em terceiro lugar, o legislador enuncia uma presunção de renúncia pelo titular do direito ou situação jurídica, a qual, como bem lembra a professora Judith Martins-Costa, mostra-se inútil e desnecessária, à luz dos outros dois elementos de incidência da regra. Bastaria o decurso de razoável lapso de tempo, o pagamento em local diverso do pactuado e a confiança depositada no beneficiário para a aplicabilidade do dispositivo em questão.[42]

Além disso, a associação da *suppressio* ao instituto da renúncia tácita constitui postulado já superado, tendo aquela gradativamente se libertado de considerações subjetivistas e roupagens negociais, em direção à sua inserção no âmbito da boa-fé objetiva.[43]

4 Distinção em face de outros institutos. *A suppressio como modalidade de venire contra factum proprium.*

Claus-Wilhelm Canaris[44] identifica a *exceptio doli* como uma "subcláusula geral" da boa-fé, carecida de preenchimento com valoração, dentro da qual, num âmbito residual, se situam a exceção do *dolus praeteritus*[45], a *suppressio* e o *venire contra factum proprium*.[46]

[41] Ibidem, p.319.

[42] Ibidem , p.320.

[43] De acordo com Menezes Cordeiro, op.cit., p. 807, "a *suppressio* não pode, de facto, ser qualificada como renúncia, por não reunir os pressupostos respectivos. A ponderação da metodologia inerente às decisões que consagraram a *suppressio* mostra que falta uma indagação nas condições que permitiram decelar, no titular exercente, uma vontade de renúncia. Desde o início, é estudada a situação apenas nos seus efeitos objectivos, sem contemplação da vontade dos intervenientes. E bem se compreende esse procedimento: pretender, do puro silêncio, ou da mera inacção, retirar actuações negociais, coloca dificuldades de construção teóricas e práticas que, às dos comportamentos concludentes, somam as inerentes a uma actuação que prima, afinal, pela ausência. No entanto, ainda que se alcançasse a não actuação no titular como uma manifestação de vontade em renunciar, a *suppressio* não ficaria deslindada: seria necessário reunir ou acrescentar uma série de factores, tais como a forma e a aceitação da contraparte, para que se pudesse falar de uma figura verdadeiramente negocial."

[44] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Tradução: Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkiam, 1989. p.275

[45] A *exceptio doli*, lembra Menezes CORDEIRO, op.cit, p.721-722, exercia um papel duplo, podendo se expressar em duas figuras : a *exceptio doli praeteriti* ou *specialis* - quando o réu alegava a prática, pelo autor, de dolo, no momento da formação da situação jurídica posteriormente levada a juízo - e a *exceptio doli praesentis ou generalis*, quando a ação do incurso em dolo ocorria no momento da discussão da causa.

[46] Em sentido contrário, distinguindo a *exceptio doli* da proibição do *venire contra factum proprium*, Paulo Mota PINTO (Sobre a proibição do comportamento contraditório [*venire contra factum proprium*] no direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 16. Rio de Janeiro, outubro/dezembro 2003, p.171). Para o autor, "no venire contra factum proprium nem sempre se exigirá

No direito romano, a *exceptio doli* impunha limitações à conduta das partes ao se admitir a possibilidade de oposição de uma exceção ao exercício doloso de uma pretensão; não se tratava de impugnar o direito, mas de paralisar a pretensão. [47]

Corresponde a *exceptio doli generalis* não a um verdadeiro dolo cometido no momento da celebração do ato jurídico sobre o qual se funda a demanda, mas a um dolo impróprio, imputável ao ator que postula uma condenação que, embora estritamente conforme o direito, termina por tornar-se iníqua. [48]

A *exceptio doli*, portanto, compreende as situações nas quais o exercício de um direito ante os tribunais infringe a boa-fé, em virtude de circunstâncias especiais, o que decorre do trabalho de sistematização efetuado no §242 do BGB, abrangendo, segundo Karl Larenz, as seguintes situações, dentre outras: o caso da parte que pretende prosseguir no exercício do direito de ação, não obstante haver prometido à outra parte dele desistir ou deixar de interpor recurso; a utilização de uma sentença objetivamente errônea, mas juridicamente válida, no caso da parte que a obteve subrepticiamente, de forma ilícita. Da mesma forma, é abrangida a invocação de um defeito de forma por parte do contratante que o originou, ou cuja conduta despertou a aparência de que atenderia inexoravelmente a palavra dada, sem se sujeitar a quaisquer formalidades.[49]

Trata-se, pois, do poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do autor, por ter este incorrido em dolo, tendo a *exceptio doli* recebido diversas críticas, endossadas por Menezes Cordeiro, no sentido de corresponder a uma regulação demasiado fluida do problema para permitir uma concretização mínima.[50]

Portanto, a incerteza própria da *exceptio doli*, cujo conceito fugidio a levou ao desuso, não se mostra presente na *suppressio*, tendo em vista a progressiva tipificação - sobretudo pela jurisprudência germânica - de suas estritas hipóteses de aplicação. A *exceptio doli*, como observa Franz Wieacker, congrega uma concepção um tanto antiquada da exceção de inadmissibilidade do exercício do direito. [51]

Da mesma forma, não se confunde com os institutos da preclusão ou da prescrição e decadência. Parte da doutrina a designa como uma *prescrição de fato*, baseada na tutela da boa-fé objetiva independentemente e acima dos prazos fixados em lei.[52]

---

dolo atual, predominando o elemento de contradição com a conduta anterior, e sua imputação ao agente, por forma a tornar 'digna de proteção' pela ordem jurídica a confiança pela contraparte".

[47] PASQUALOTTO, Adalberto, *op.cit.*, p.157.

[48] RANIERI, Filippo, *op.cit*, p.08.

[49] *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Tradução Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p.156-159.

[50] *Op.cit*, p. 728-741 e 808. Por esse motivo, nega o autor que a *suppressio* possa ser reconduzida à *exceptio doli*, eis que "*(...) a utilização desse conceito conduz a uma metodologia construtivista de tipo central (...) O defasamento metodológico é patente : ao recorrer à exceptio, usa-se de um conceito central para cobrir soluções periféricas, sendo que, do primeiro, não se deduzem as segundas nem das segundas, se induz o primeiro (...) Muito extenso, de compreensão escassa, acaba, afinal, por se traduzir num mero arrimo linguístico destinado a dar credibilidade a posições que, por inovatórias, careciam de, no passado , provar a sua inoquidade*".

[51] *Op.cit*, p.59.

[52] SCHREIBER, Anderson, *op.cit*, p.185.

A preclusão (art. 473 do Código de Processo Civil) representa a perda da faculdade de praticar determinado ato processual, seja porque se esgotou o prazo legal para tal (preclusão temporal), seja porque a questão já foi decidida anteriormente (preclusão *pro judicato*), porque o ato já foi praticado (preclusão consumativa) ou, finalmente, porque o ato é logicamente incompatível como outro praticado anteriormente (preclusão lógica). [53]

A decadência, por sua vez, consiste na extinção de um direito potestativo pelo decurso do prazo a que se sujeita o seu exercício, gozando um regime explícito, que não pode ser diretamente associado ao princípio da boa-fé; o seu regime, assim como o da prescrição - ligada ao convalescimento da lesão a um direito subjetivo pelo não exercício da pretensão no prazo legal -, é marcado pela generalidade, e não pela excepcionalidade própria da *suppressio*, a qual ecoa na irregularidade dos lapsos de tempo requeridos pela jurisprudência para a aplicação desta. [54]

Com efeito, ao contrário da prescrição e decadência, cujo lapso temporal é estritamente fixado pelas normas jurídicas, a *suppressio* não possui uma duração fixa, exigindo uma valoração caso a caso, vindo acompanhada de circunstâncias nas quais o exercício de um direito se mostre posteriormente inadmissível. [55]

João Baptista Machado igualmente afirma que o tempo necessário dependerá muito das circunstâncias que, combinadamente, contribuam para a formação do estado de confiança.[56]

Sobreleva, ademais, a circunstância de que, mais do que simplesmente procurar sancionar uma inércia do titular do direito não exercido, o objetivo da *suppressio*, bem como do *venire contra factum proprium* em geral, é o de proteger a legítima confiança despertada em terceiros. [57]

Além disso, o campo de atuação da *suppressio* é mais vasto, a esta se sujeitando inclusive os direitos não suscetíveis de prescrição ou decadência.[58] Por outro lado, considera-se inadmissível a exceção de prescrição oposta dolosamente pelo devedor, hipótese em que este haja anteriormente impedido o credor de fazer valer oportunamente seus direitos, dando lugar à prescrição superveniente, como no caso de este solicitar a dilação do vencimento com a promessa simultânea de pagamento pontual, caso em que, segundo Alejandro Borda, ocorreria a *suppressio* com o objetivo de proteger o credor. [59]

---

[53] MARTINS-COSTA, Judith, *op.cit*, p.321.

[54] CORDEIRO, Antônio Menezes, *op.cit*, p.819-820.

[55] RANIERI, Filippo, *op.cit*, p.30. Nesse sentido, o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: "de outro lado, para a caracterização da *suppressio* é necessário um comportamento contraditório do titular do direito decorrente de uma conduta omissiva. A *suppressio*, assim, não se confunde com prescrição, pois, enquanto esta exige apenas o decurso do prazo legal e tem fundamento na segurança jurídica, aquela reclama a existência da confiança gerada na outra parte, decorrente da inatividade do exercício de determinado direito (TJ-RJ, 20ª Câmara Cível, apelação cível 00006910-23.2005.8.19.0209, rel. Des. Agostinho Teixeira, j.22.09.2010)".

[56] MACHADO, João Baptista, *op.cit*, p. 228.

[57] SCHREIBER, Anderson, *op.cit*. p.183.

[58] BIRR, Christiane, *op.cit*., p.183-184.

[59] *Op.cit*., p.47.

Igualmente, deve a *suppressio* ser extremada em face do *tu quoque*, pelo qual a parte que deixou de realizar certo ato não pode exigir da contraparte que o faça. Na forma do brocardo inglês "*equity must came in clean hands*", um contratante não pode exigir do outro um determinado comportamento que ele próprio descumpriu[60], restando tal situação expressa, ainda, na máxima *turpitudinem suam allegans non auditur*. [61]

O *tu quoque*, leciona Menezes Cordeiro, traduz o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído. Nas suas palavras, "fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir exigir a outrem o seu acatamento". [62]

Trata-se, pois, de uma subespécie de *venire contra factum proprium*, consubstanciada no emprego desleal de critérios valorativos diversos para situações substancialmente idênticas, na fórmula que se resume como "dois pesos, duas medidas", voltando-se igualmente à tutela da confiança e a uma preocupação com o reflexo social dos comportamentos que caracterizam o direito atual. [63]

A *suppressio*, porém, constitui uma modalidade de proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), ou seja, a inadmissibilidade da contradição em face de uma conduta prévia do mesmo agente, constituindo uma regra derivada do princípio da boa-fé, que sanciona como inadmissível toda pretensão lícita mas, portanto, objetivamente contraditória[64], vedando-se a duplicidade de comportamentos.[65]

Poderia ser observado, numa abordagem superficial, que a *suppressio* não integra o *venire contra factum proprium* , faltando a este, como elemento constitutivo, o fator tempo, ao passo que a pura inatividade não constitui, em termos claros, um *factum proprium*. [66]

Nesse sentido, destaca Paulo Mota Pinto que o fator que caracteriza especialmente e distingue a *Verwirkung* em face da proibição de conduta contraditória é a relevância autônoma desse elemento temporal. [67]

---

[60] NEVES, José Roberto de Castro. Boa-fé objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, vol. 351, 2000, p.175.

[61] Segundo o professor Antonio Junqueira de AZEVEDO (Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, vol. 351, 2000. p.280-281), uma aplicação do *tu quoque* no direito brasileiro pode ser percebida na exceção de contrato não cumprido (art. 476, Código Civil).

[62] *Op.cit.*, p.837.

[63] SCHREIBER, Anderson, *op.cit.*, p.181. Salienta, no mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, *op.cit.*, p.843, que "(...) dada a grande extensão já decelada no venire, nada impediria que o *tu quoque* lhe representasse um subtipo mais concreto, com especificidades bastantes para incluir princípios próprios".

[64] BORDA, Alejandro, *op.cit*, p.53.

[65] AZEVEDO, Antônio Junqueira de , *op.cit.* p.281.

[66] CORDEIRO, Antônio Menezes, *op.cit.*, p.812-813.

[67] *Op.cit*, p.172. Embora, segundo o autor, nada obste igualmente se verifique no *venire contra factum proprium* esse fator temporal, que poderá atuar quer como mero indício para a irreversibilidade

Porém, a questão é enfrentada com propriedade por Menezes Cordeiro, o qual conclui que o tempo não pode ser visto como fator diferenciador entre ambas as figuras, eis que em qualquer manifestação de *venire contra factum proprium* existe, por mínimo que seja, um lapso entre os dois comportamentos do sujeito.[68]

João Baptista Machado, ao comparar os institutos da *Verwirkung* e do *venire contra factum proprium*, afirma que no primeiro parece estar mais em causa, além do decurso do tempo, o resultado a que o exercício tardio do direito conduziria e a questão de saber se ainda será exigível da contraparte conformar-se à pretensão do titular do direito e suportar esse resultado.[69]

O caráter omissivo do comportamento inicial do credor na *suppressio*, da mesma forma, não justifica seja tal figura colocada à parte do *venire contra factum proprium*, o qual, pressupondo a projeção de um comportamento sobre outrem, de modo a despertar a sua confiança, pode se dar seja este comportamento positivo ou negativo, consista ele em um agir ou em um não agir.

A *suppressio* envolve uma justiça individualizadora, que pondera as circunstâncias específicas de cada caso concreto, no que tenham de particularizador, merecendo ser ainda cotejada com a figura do abuso de direito, ora positivado no art. 187 do Código Civil.

Logo, exclui-se que exista aqui uma aplicação da função social ou econômica que tenha presidido à atribuição dos direitos envolvidos. Este fator, como sublinha Menezes Cordeiro, encontra-se ligado a todos os direitos da mesma espécie, os quais, tendo função idêntica, revelam, ao contrário, a intenção normativa de uma justiça generalizadora.[70]

Em relação aos bons costumes, igualmente integrantes da noção de abuso de direito, não ocorrendo, aqui, o confronto entre dois sujeitos relacionados entre si, cujo equilíbrio o direito pretende solucionar, como na *suppressio*, mas sim a valoração de situações isoladas, independentemente de relação entre si.[71]

No entanto, assim como ocorre em relação ao *venire contra factum proprium*, do qual a *suppressio* constitui uma modalidade, como visto, pode-se falar em um abuso de direito por violação à boa-fé, em se tratando de um comportamento que se torna inadmissível, examinado em conjunto com uma conduta anterior, ofendendo a confiança despertada em outrem.[72]

---

do investimento da confiança, quer como verdadeiro elemento fundante da responsabilidade decorrentes da proibição do comportamento contraditório.

[68] *Op.cit.*, p.813.

[69] MACHADO, João Baptista, *op.cit*, p. 229.

[70] *Op.cit.*, p.828.

[71] *Idem* .

[72] SCHREIBER, Anderson, *op.cit*, p.86-87. Acerca do *venire*, o enunciado nº 362, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "362 – Art. 422. A vedação do comportamento contraditório (venire contra factum proprium) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil".

5 A *surrectio*

O mesmo fenômeno, pois, se reveste de dois aspectos: ora faz desaparecer um direito que não corresponda à efetividade social (*suppressio*), ora faz surgir um direito não existente antes, juridicamente, mas que, na efetividade social, era tido como presente (*surrectio*).[73]

A *surrectio* corresponde ao neologismo alemão *Erwirkung*, proposto por Claus-Wilhelm Canaris, cujos requisitos são basicamente os mesmos da *suppressio*: a exigência de certo lapso de tempo, por excelência variável, associada a uma conjunção objetiva de fatores jurídicos que concitem a constituição do novo direito e, sobretudo, à presença de uma previsão de confiança pelo beneficiário - que deve acreditar ser ao menos provável a regularidade da situação fática subjacente -, aliada à sua imputação ao prejudicado, a título de culpa ou risco.[74]

A *surrectio* em sentido próprio ou estrito corresponde à criação de direitos subjetivos ou situações jurídicas, em relação ao beneficiário que adquiriu uma permissão específica de aproveitamento, situação essa que se situa numa relação de espécie e gênero em relação à *surrectio* em sentido amplo, a qual engloba também o caso do titular que, tendo se livrado de uma adstrição antes existente, recuperou uma permissão genérica de atuação, ou seja, a liberdade de movimentos.[75]

Trata-se, portanto, da vantagem advinda da incidência da *suppressio*, caracterizando-se como liberação de possibilidade de ação ou de recuperação de liberdade de ação, sendo que é admissível a *surrectio* para a constituição de situações mais vantajosas para aquele a quem aproveita. [76]

Para que o beneficiário adquira através da *surrectio* posição jurídica mais vantajosa, é necessário que esteja presente a boa-fé tanto em suas acepções subjetiva como objetiva, ou seja, o beneficiário, nas palavras de Menezes Cordeiro, deve integrar uma previsão de confiança, ou seja,

> encontrar-se numa conjuntura tal que, objectivamente, um sujeito normal acreditaria quer no não-exercício superveniente do direito da contraparte, quer na excelência do seu próprio direito. Subjectivamente, ele deve estar de boa-fé, no sentido de não ter consciência de prejudicar outrem e de ter acatado os deveres de indagação que, no caso, ocorressem.[77]

---

[73] CORDEIRO, Antônio Menezes, *op.cit*, p.816.

[74] *Ibidem*, p.822 Na *surrectio*, como observa Marcelo Dickstein, *op.cit*, p.164, a partir do *factum proprium* comissivo e da confiança justificada pelo decurso do tempo, haverá a modificação da relação jurídica previamente existente com a aquisição de um direito subjetivo – nesse incluem-se os direitos potestativos e as faculdades – derivado da cristalização de uma situação repetida, ainda que ao arrepio de disposições contratuais ou legais, de modo que se presuma uma nova conformação jurídica dada as circunstâncias objetivas.

[75] *Ibidem*, p.821.

[76] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*.8ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.548.

[77] *Op.cit.*, p.824: "Esta situação deve ser imputável ao prejudicado pela *surrectio*, seja porque este, em

6 A *suppressio* e a função de controle da boa-fé

A ideia de boa-fé, lembra Díez-Picazo, não passa de um conceito técnico cunhado pelos técnicos do direito e utilizado como elemento de descrição ou delimitação de diferentes situações correspondentes a um *standard* de conduta social, apresentando-se esta como paradigmática [78], como é assente na técnica das cláusulas gerais.

O fundamento constitucional da boa-fé objetiva, enquanto norma de conduta para os contratantes, que devem se comportar com todo cuidado e respeito para com a outra parte, ensejando os chamados deveres laterais, instrumentais ou anexos de comportamento, pode ser buscado tanto no art. 1°, III (que prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento da República) como no art. 3°, I (que coloca entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária), ambos da Constituição da República.[79]

Enfatiza Franz Wieacker que o problema fundamental de uma cláusula geral como a do §242 do BGB, que consagra o princípio da boa-fé, concerne à relação do juiz com o direito escrito [80], o que orienta a sua tríplice função, já consagrada no direito romano (*adjuvandi vel, suplendi vel, corrigendi vel*).

Na classificação proposta por Wieacker, [81] a boa-fé funciona da seguinte maneira: a) como concretização do plano legal em áreas de explicitação insuficiente implicando uma via para a adequada realização, pelo juiz, do plano de valoração do legislador [82]; b) nas hipóteses em que o juiz atua com maior liberdade e *praeter legem*, exigindo às partes que no exercício e defesa de seus direitos se comportem de maneira justa. Neste segundo caso, a boa-fé atua como regra de comportamento ético-jurídico, compreendendo bitolas extralegais, mas não opostas à lei, o que compreenderia o campo da velha *exceptio doli*, vista em sua concepção tradicional; c) A aplicação do §242 poderia ainda ocorrer *contra legem*, o que compreenderia, segundo a criação jurisprudencial alemã, as hipóteses de revisão dos contratos em função de uma mudança total e superveniente das circunstâncias econômicas de sua celebração, caso em que seria necessário ultrapassar as brechas ético-jurídicas do direito legal.[83]

---

directo, lhe deu lugar, seja porque ela acompanha, com concomitância, outras situações relativas ao mesmo prejudicado, em termos tais que fazem surgir a ideia de risco. No caso concreto, algum ou alguns desses requisitos podem faltar, desde que os restantes assumam uma intensidade tal que supram a sua ausência: integram um sistema móvel. A *surrectio*, por fim, não deve ser afastada por normas específicas ou por outros princípios que, pontualmente, se lhe sobreponham e é supletiva, no sentido de postular a inaplicabilidade, ao caso em causa, de quaisquer outros remédios que satisfaçam a necessidade jurídica imperiosa que ele visa contemplar. A base legal da *surrectio* reside no preceito que mande actuar de boa-fé".

[78] Prólogo a *El principio general de la buena fé, op.cit.*, p.12-13.

[79] NEVES, José Roberto de Castro, *op.cit.*, p.170-171.

[80] *Op.cit.*, p.50.

[81] Tal classificação encontra fortes críticas em MENEZES CORDEIRO, *op.cit.*, p.1129, para quem "Toda a ordenação de WIEACKER assentou, apenas, num reagrupar de elementos diversos, em função das similitudes superficiais que, porventura, apresentem. Há, desta forma, um procedimento periférico, próprio dos jurisprudentes elegantes, com ausência de representações centrais e sem atribuição de um papel básico no próprio sistema (...) A sistemática de WIEACKER -se é que de sistemática se pode, em tais condições, falar - é, apenas, descritiva e empírica".

[82] WIEACKER, Franz. *Op.cit.*, p.53.

[83] *Ibidem*, p.51 e seg.

Porém, segundo uma classificação mais moderna, já consolidada na doutrina, a boa-fé objetiva desempenha três distintas funções, quais sejam, enquanto cânone hermenêutico-integrativo do contrato - presente no art.113 do Código Civil -, norma de criação[84] dos deveres jurídicos de proteção e lealdade - e limite ao exercício de direitos subjetivos, esta igualmente denominada função de controle [85] (as duas últimas mais acentuadas pelo art. 422 do Código Civil).[86]

É da terceira função acima que se extrai a *suppressio*, enquanto freio do exercício do direito subjetivo, impedindo a conduta desleal daquele que pretende fazer valer o seu direito após suscitar na contraparte a legítima confiança de que o mesmo não seria exercido.[87]

É inadmissível todo exercício de um direito subjetivo que contravenha em cada caso concreto as considerações que dentro da relação jurídica ou situação subjetiva uma parte está obrigada a adotar em face da outra.[88]

Por força de uma conduta anterior do responsável, portanto, existe uma espécie de autovinculação[89], uma particular relação de confiança, decorrendo a abusividade da violação dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva.

Conclusão

O retardamento desleal do exercício dos direitos patrimoniais (*suppressio*) funda-se no valor confiança, visto que, em certos casos, o passar do tempo pode fazer desaparecer situações jurídicas ou direitos subjetivos que não foram exercidos durante certo lapso por seu titular, desde que tal inércia tenha gerado um benefício para a outra parte, por acreditar que aquela situação ou direito não seria mais usado.

Trata-se de um instituto subsidiário, em se tratando de verdadeira saída extraordinária, insuscetível de aplicação sempre que a ordem jurídica prescreva qualquer outra solução.

O efeito mais importante da *suppressio* é a paralisação da exigibilidade do direito, traduzindo importante função de prevenção, e não apenas de reparação de danos, por meio da imposição de obrigações de fazer ou não fazer.

O mesmo fenômeno pode ser visualizado por um outro aspecto, no tocante à tutela da expectativa legítima do réu, ao qual se dá o nome de *surrectio*, que equivale à outra face da *suppressio*, aquela relativa à parte cuja confiança se pretende proteger.

---

[84] Com relação a esta função, segundo DÍEZ-PICAZO, Prólogo, *op.cit.*, p.19, "as partes não devem somente aquilo que elas mesmas estipularam ou estritamente aquilo que determina o texto legal, mas a tudo aquilo que em cada situação impõe a boa-fé".
[85] Nomenclatura utilizada por Fernando NORONHA, *op.cit.*, p.167.
[86] MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.427 e seg. A referência à tripartição é ainda utilizada por Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR (cf. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.14, abril/junho 1995, p.25.
[87] RANIERI, Filippo, *op.cit.*, p.27.
[88] DÍEZ-PICAZO, *op.cit.*, p.19.
[89] MACHADO, João Baptista, *op.cit.*,p.324.

A *suppressio* decorre da função de controle exercida pelo princípio da boa-fé objetiva, constituindo uma modalidade de proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). Trata-se, portanto, de sancionar a inadmissibilidade da contradição em face de uma conduta prévia do mesmo agente, constituindo uma regra derivada do princípio da boa-fé, que sanciona como inadmissível toda pretensão lícita mas, portanto, objetivamente contraditória[90], vedando-se a duplicidade de comportamentos.

[90] BORDA, Alejandro, *op.cit.*, p.53.

A Aplicação do Princípio da Proibição do Comportamento Contraditório[1] na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: Algumas Reflexões

The Application of the Principle of Prohibition of Contradictory Behavior in Superior Court of Justice: Some Reflections

Guilherme Magalhães Martins*
Gustavo Livio Dinigre**

Resumo

A repugnância ao comportamento incoerente e a musicalidade do brocardo latino – *venire contra factum proprium* – tem encantado a comunidade jurídica brasileira. Nas últimas décadas, o princípio da proibição do comportamento contraditório ganhou destaque na doutrina e na jurisprudência pátrias. Contudo, observa-se que, não raras vezes, o *venire contra factum proprium* é utilizado como arma contra todos os comportamentos incoerentes, não se atentando para a configuração dos seus pressupostos de aplicação. Assim, fundamental se faz uma análise de seus fundamentos e requisitos, a fim de evitar as indesejadas consequências que a superutilização do instituto pode acarretar, tais como: o enrijecimento das relações sociais e a perda da verdadeira essência do instituto, que é a tutela da legítima expectativa fundada na confiança.

Abstract

The repugnance to the incoherent behavior and the musicality of the latin expression venire contra factum proprium *has delighted everyone. In the last decades, the principle of forbiddance the contradictory behavior is gaining prominence in doctrine and jurisprudence*

* Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFRJ. Doutor e mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ.
** Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Integrante do grupo de pesquisa: O *venire contra factum proprium* na jurisprudência do STJ. Bolsista em projeto de iniciação científica financiado pela FAPERJ.
[1] No presente trabalho, será utilizada a nomenclatura de *venire, venire contra factum proprium, Nemo potest venire contra factum proprium*, teoria dos atos próprios e princípio de proibição do comportamento contraditório como sinônimos.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 55 (3ª Fase), jan./mar. 2015, p. 63-84.

of Brazil. However, the venire contra factum proprium *has been used as a weapon against all contradictory behaviors, don't noting their specific requirements. Therefore, crucial is to analyses their foundations and requirements, in order to avoid the grievous consequences of the overutilization of the institute could have, such as: the stiffening of social relations, and the lost of the true essence of the institute.*

Palavras-chave

Venire contra factum proprium; comportamento contraditório; superutilização; boa-fé objetiva; abuso de direito.

Keywords

Venire contra factum proprium; contradictory behavior; overutilization; objective good faith; abuse of rights.

Introdução: o Problema da Superutilização dos Institutos Jurídicos - um Paralelo com a Boa-fé Objetiva no Direito Romano

A proibição ao comportamento incoerente[2] constitui, pelo seu alto valor retórico, um instituto repleto de sugestividade, nas palavras de Paulo Mota Pinto[3]. Essa característica decorre naturalmente do equivocado estereótipo de que as condutas contraditórias devem ser coibidas a qualquer custo.

Se é verdade que o instituto vem ganhando força nas últimas décadas, é igualmente verídico que os julgados que o utilizam muitas vezes não atentam à verificação de seus pressupostos. Daí a necessidade de aprofundamento no tema, tendo em vista que a aplicação errônea do *venire* pode acarretar o esvaziamento de seu sentido teleológico, tal como ocorreu com a boa-fé objetiva milênios atrás.[4]

A boa-fé tradicionalmente é classificada em objetiva e subjetiva. A boa-fé objetiva remonta suas raízes aos primórdios do direito romano[5], e pode ser conceituada como um princípio que zela por aquela conduta objetivamente tida como leal, digna de fidelidade, e pela mútua cooperação, "às quais logo correspondem os conceitos complementares de credibilidade e responsabilidade".[6]

---

[2] Inicialmente, cabe assentar a origem canônica do instituto. Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Do abuso de direito*: estado de questões e perspectivas, Disponível em http://www.oa.pt/. Acesso em: 04 set. 2013, p. 8.

[3] PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil, In. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.16, outubro/dezembro de 2003, p. 135.

[4] NEVES, José Roberto de Castro. Boa-fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. In: *Revista Forense*, vol.351, set. 2000.

[5] PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. In. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.16, outubro/dezembro de 2003, p. 139.

[6] MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e *"venire contra factum proprium"*. In: *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra Editora, nº 3718-3729, 1985, p. 231.

Contudo, a época de Justiniano assistiu inerte à queda da boa-fé objetiva. Sua superutilização, principalmente no tocante aos contratos, fez com que seu sentido passasse a ser meramente formal. Partia-se do pressuposto que as partes sempre agiam com boa-fé na execução de seus contratos. E se sempre agiam com boa-fé, era dispensável verificar sua presença, seus fins e seu verdadeiro sentido.[7]

Nessa conjuntura, a boa-fé objetiva ficou jogada ao ostracismo durante milênios. Seu sentido foi esvaziado, justamente por ser utilizada em demasia.[8] Assim, o direito romano assistiu à decadência da boa-fé objetiva e, em seu lugar, emergiu com força a boa-fé subjetiva, que, segundo Orlando Gomes, "se refere a um estado subjetivo ou psicológico do indivíduo" [9], na crença sobre determinado estado de coisas.

Séculos se passaram, e a boa-fé subjetiva continuou soberana. A ideia de que o pensamento, a vontade do indivíduo em realizar algum ato sobrestava o ato em si continuava forte, e atingiu seu apogeu com o voluntarismo exacerbado do liberalismo econômico e político do pós-revolução francesa.[10]

Coube aos alemães trazer à tona novamente a ideia da conduta objetivamente em si considerada. Em 1850 começaram a surgir decisões no Tribunal de *Lübeck* que revelavam uma respeitável compreensão da boa-fé objetiva.[11]

No Brasil, o Código Civil de 1916, muito influenciado pelo voluntarismo do Código de Napoleão de 1804, deixou de dar o devido tratamento à boa-fé objetiva[12]. Apesar da forte corrente jurisprudencial e doutrinária a favor de sua utilização, somente no Código de 2002 o Brasil passou a contar com dispositivos legais sobre a boa-fé objetiva.

O objetivo não é, entretanto, fazer uma abordagem histórica sobre a boa-fé. Tem-se por mira apenas demonstrar como a banalização de um instituto é perigosa para sua própria sobrevivência. À época do direito romano, a boa-fé objetiva (*bona fides*) era tão utilizada que sua presença passou a ser presumida entre os contratantes, o que acabou provocando seu desuso.

---

[7] "A época de Justiniano, última fase do direito romano, assistiu à decadência do conceito de boa-fé objetiva, com a banalização do instituto, cujo sentido passou a ser meramente formal. Partia-se do pressuposto de que as partes sempre atuavam de boa-fé". NEVES, José Roberto de Castro. Boa-fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. In: *Revista Forense*, vol. 351, set. 2000, p. 163.

[8] NEVES, José Roberto de Castro. Boa-fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. In: *Revista Forense*, vol. 351, set. 2000.

[9] GOMES, Orlando, *Contratos,* 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43.

[10] "Considerava-se e afirmava-se, de facto (sic), que a justiçada relação era automaticamente assegurada pelo facto (sic) de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses" ROPPO, Enzo. *O contrato.* Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 35.

[11] NEVES, José Roberto de Castro. Boa-fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. In: *Revista Forense*, vol. 351, set. 2000, p. 162.

[12] A boa-fé objetiva era então positivada em um único dispositivo do Código Civil de 1916, o artigo 1443, relativo ao contrato de seguro, nos seguintes termos: "o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes".

A superutilização de um instituto pressupõe justamente sua expansão indevida e injustificada. E os dias atuais, norteados pelo neoconstitucionalismo, caminham em uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial na tendência de uma aplicação supérflua e desnecessária da boa-fé objetiva. Principalmente os tribunais vêm utilizando o referido princípio indiscriminadamente como solução para todos os litígios e resposta para todos os anseios.

Embora sua amplitude seja enorme, devido à positivação da cláusula geral[13] da boa-fé objetiva contida no artigo 422 do Código Civil, é preciso soar o alerta sobre os riscos de sua superutilização. Necessário se faz um reexame sobre a extensão de sua atuação, de modo que não se restrinja demais seu campo de aplicação, e nem a utilize em demasia, em casos onde é supérflua sua aplicação.

Igual análise pode ser feita sobre o *nemo potest venire contra factum proprium*, não apenas porque este possui, como principal fundamento, a própria boa-fé objetiva. O instituto em questão encontra grande respaldo na jurisprudência, e a repugnância ao comportamento contraditório vem ganhando tamanha força, que os tribunais superiores o estão utilizando indiscriminadamente, como arma contra qualquer comportamento incoerente.[14]

A banalização do instituto, portanto, possui duas principais consequências: em primeiro lugar, esvazia seu sentido, como já ocorreu no direito romano em relação à boa-fé objetiva. Em segundo, acarreta a diminuição forçada e desnecessária da autonomia privada.

Nem todo comportamento contraditório deve ser coibido. Muito pelo contrário, *a priori*, o comportamento incoerente é permitido, e só será proibido quando preencher os requisitos para a aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório.

Tudo muda o tempo todo no mundo, sendo a liberdade de evoluir (e por vezes se contradizer) inerente à ciência e à própria natureza humana, somente devendo ser restringida quando importar em prejuízo à confiança depositada por terceiros, não só no campo reparatório como também nas obrigações de fazer ou não fazer.

O próprio Código Civil vigente prevê algumas regras nas quais se entende que é razoável que o agente venha a se arrepender e tomar uma conduta contraditória à outra assumida por ele anteriormente. A título exemplificativo, confira-se o artigo 791, que assim dispõe sobre os contratos de seguro de vida: "Se o segurado não renunciar à faculdade, ou se o seguro não tiver como causa declarada a garantia

[13] Trata-se de técnica legislativa que tem por finalidade justamente ampliar os horizontes de aplicação de um instituto, por meio de linguagens abertas. A aplicação de cláusulas gerais é a principal ferramenta para concretizar o princípio da operabilidade consagrada no Código. Contudo, isso não significa uma atuação indiscriminada desta cláusula. MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um sistema em construção:* As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro: Disponível em http://www.ufrgs.br/. Acesso em: 04 set. 2013.

[14] "O *venire* ficou a dever boa parte de sua carreira à musicalidade de sua forma latina". MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Do abuso de direito*: estado de questões e perspectivas. Disponível em http://www.ufrgs.br/. Acesso em: 04 set. 2013.

de alguma obrigação, é lícita a substituição do beneficiário, por ato entre vivos ou de última vontade". Neste caso, tem-se por lícita a contradição do segurado, na hipótese de prever um beneficiário em seu contrato de seguro, mas por disposição de última vontade ou ato entre vivos, manifesta o desejo de trocar de beneficiário, frustrando a expectativa do substituído de que nessa condição permaneceria.

Existem diversos outros dispositivos que permitem a contradição[15]. O que se pretende atentar é que o *venire contra factum proprium* deve ser utilizado com parcimônia[16], e somente se preenchidos os seus requisitos.

Assim, necessário se faz uma análise sobre os fundamentos e requisitos do *venire*, para determinar qual a causa de sua aplicação, e em que casos deve ser invocado, a fim de evitar sua superutilização.

1. O Princípio da Proibição do Comportamento Contraditório: Conceito, Âmbito de Aplicação e Fundamentos

Em um primeiro olhar, poder-se-ia afirmar que o *venire* é um instituto destinado à tutela da coerência. Nesse sentido, vedaria todo e qualquer comportamento contraditório, buscando sempre a manutenção da coerência em todas as relações.

Contudo, tal assertiva não se mostra verdadeira. O *venire* supera a questão da coerência e, na verdade, protege algo mais importante, que é a legítima confiança criada em uma das partes. Desse modo, não há que se falar em um dever jurídico absoluto de coerência, o que, inclusive, acarretaria graves consequências à maleabilidade e volatilidade dos comportamentos humanos.[17]

Após esta primeira observação, indispensável analisar os três principais fundamentos do *venire*: o princípio da boa-fé objetiva, o princípio da solidariedade social e o valor da segurança jurídica.

Tendo por finalidade primordial a tutela da legítima confiança, o *venire contra factum proprium* possui seu principal fundamento no princípio da boa-fé objetiva[18], já que existe uma nítida correlação entre boa-fé objetiva e confiança. Leciona Menezes Cordeiro: "o princípio da confiança surge como uma mediação entre a boa-fé e o caso concreto. Ele exige que as pessoas sejam protegidas quando,

[15] Como por exemplo, o artigos 428, inciso IV e o artigo 438.
[16] Aliás, esta análise pode se estender para a superutilização dos princípios em geral. Os princípios não tinham, no passado, força normativa vinculante. Agora que o têm, o direito atual passou de um extremo a outro: se antes nem mesmo eram utilizados para resolver casos concretos, hoje as decisões principiológicas são aplaudidas de pé. Passamos de um extremo a outro. Nesse sentido, Daniel Sarmento oferece oportuna crítica ao exagero oportunizado pelo ambiente neoconstitucionalista: "Hoje, instalou-se um ambiente intelectual no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas, e não aprecia tanto aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas – e positivismo hoje no país é quase um palavrão". SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil:* riscos e possibilidades. Disponível em http://isisbollbastos.wordpress.com/. Acesso em: 04 set. 2013.
[17] SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed., rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
[18] MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

em termos justificados, tenham sido levadas a acreditar na manutenção de um certo estado de coisas".[19]

Segundo a melhor doutrina, a boa-fé objetiva possui tríplice função em nosso ordenamento: a primeira delas é a função interpretativa (ou hermenêutica), disposta no artigo 113 do Código Civil. A segunda é a função integrativa, contida na cláusula geral disposta no artigo 422 do Codex. Por fim, a boa-fé objetiva possui ainda uma terceira função, a de controle, consoante disposto no artigo 187[20] da Lei Civil vigente.[21]

O *venire* se insere dentro da função de controle ao abuso do direito[22]. Nas palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, "o abuso do direito revela a contrariedade da conduta ao elemento axiológico da norma, não obstante o comportamento do agente preencher a morfologia do direito subjetivo que se pretende exercer".[23]

Sob uma perspectiva funcional, considera-se que todo direito possui limites, uma vez que não existem direitos absolutos. Se o exercício deste direito ultrapassa os limites impostos pelo ordenamento, caracterizado está o exercício abusivo deste direito, e se este causar dano a outrem (ou tiver potencialidade para causá-lo), o ordenamento deve reprimir esta conduta.

Trata-se, portanto, de uma função negativa da boa-fé objetiva, já que objetiva impedir determinada ação que pode vir a causar dano a terceiros[24]. O instituto em estudo impede comportamentos contraditórios a outros anteriormente assumidos e que violem a legítima confiança alheia. Desse modo, a finalidade do princípio de proibição ao comportamento contraditório é excluir ou evitar o ato incoerente, podendo, portanto, ter um caráter repressivo ou preventivo.

Contudo, o *venire* não se fundamenta apenas na boa-fé objetiva. Apesar do seu imenso campo de aplicação, ainda existe relutância quanto à sua utilização em outros ramos do direito, como por exemplo, o direito público[25]. Dessa maneira,

---

[19] MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Do abuso de direito*: estado de questões e perspectivas, p. 8. Disponível em http://www.oa.pt/. Acesso em 04 set. 2013.

[20] Contra, entendendo que o artigo 187 não consagra o abuso de direito, MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In. *Revista Forense*, vol. 376, nov./dez., 2004, Rio de Janeiro: "Autorizada doutrina vê no art.187 do Código Civil a consagração da velha figura do abuso de direito. Ousamos discordar desse entendimento, pois vemos estampado naquele texto as balizas do exercício inadmissível de posição jurídica".

[21] GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 44-45.

[22] MENEZES CORDEIRO, Antônio. Do abuso de direito: estado de questões e perspectivas. Disponível em http://www.oa.pt/. Acesso em 04 set. 2013.

[23] ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito dos Contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 181-182.

[24] SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 89.

[25] A jurisprudência pátria, por exemplo, no campo do direito público, utiliza diversas vezes o *venire contra factum proprium*, mas sem fazer necessariamente alusão à boa-fé objetiva. Para tanto, basta conferir SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 220. Já os tribunais portugueses não relutam em aplicar a boa-fé ao direito público, consoante leciona Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, "o impulso decisivo para a transplantação da boa-fé no direito público foi dada, mais uma vez, pela jurisprudência. Apesar de algumas decisões negativas iniciais, que não deixaram sequelas, breve

um dos obstáculos à aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório aos demais setores do Direito seria sua fundamentação exclusivamente pautada no princípio da boa-fé objetiva, uma vez que este somente poderia ser aplicado às relações privadas, configurando-se como um óbice à sua extensão ao campo do direito público.

Assim, o segundo fundamento do *venire contra factum proprium* é o princípio constitucional da solidariedade social. Não se pode mais conceber o homem como um ser fechado, isolado. O agir humano, portanto, se encontra limitado pela atuação de seus iguais. A liberdade de ação somente é legitimada na medida em que os interesses da coletividade são respeitados. Ou melhor, a liberdade humana somente é protegida se seu exercício for merecedor de tutela, eis que o agir autônomo de cada pessoa pressupõe o necessário caráter relacional que lhe é intrínseco.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, "a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses comuns, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de 'não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito'".[26]

Portanto, o *venire contra factum proprium* apresenta intrínseca relação com esse princípio constitucional. A solidariedade social, assim, impõe deveres de mútua cooperação entre as partes, de modo que o respeito à palavra dada é premissa básica para que essa cooperação se desenvolva.

Contudo, é inevitável a tensão existente entre liberdade e solidariedade. De um lado, a enorme maleabilidade de condutas humanas se baseia no direito à autodeterminação. De outro, o princípio da solidariedade social impõe respeito às situações de fato e de direito alheias.

Nesta ponderação de interesses, a solidariedade social deve, em regra, prevalecer. Assim propõe Maria Celina Bodin de Moraes:

> Não se trata somente de impor limites à liberdade individual, atribuindo inteira relevância à solidariedade social: o princípio cardeal do ordenamento brasileiro é o da dignidade da pessoa humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre os dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade.[27]

Assim, o instituto se pauta, sobretudo, em um preceito constitucional, o que justifica sua aplicação em todos os ramos do ordenamento jurídico.[28]

---

surgiu uma jurisprudência convicta favorável à boa-fé". MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 384.

[26] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 241.

[27] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro, Renovar, 2010, p. 264.

[28] Como ensina Anderson Schreiber, "Esta vocação constitucional do *nemo potest venire contra factum*

Por fim, o *venire* também encontra sustentação no valor da segurança jurídica. Nas palavras de João Baptista Machado, existe uma nítida correlação entre "o direito, a paz, e a segurança das expectativas. Assegurar expectativas e direccionar (*sic*) condutas são indubitavelmente funções primárias do direito".[29]

A convivência social depende, em certa medida, da confiança no ato praticado por outrem. Tornar-se-ia inviável o convívio se toda informação fornecida tivesse de ser submetida a um exame prévio de veracidade para ter eficácia. Daí a importância que recai sobre a confiança gerada quanto à palavra dada.

O *venire* atende, portanto, às necessidades mais elementares para a convivência social. Permite a estabilização das confianças geradas e a promoção e manutenção de um estado de "paz jurídica".[30]

Uma vez analisados os fundamentos do instituto, imperioso realizar uma análise sobre os requisitos para a aplicação do *venire* no direito brasileiro.

2. Dos Requisitos de Aplicação

Como anotado anteriormente, o princípio da proibição ao comportamento contraditório não atua sobre todo e qualquer comportamento incoerente.[31] Existem requisitos específicos para sua aplicação, e somente com a presença de todos eles é possível proibir determinada contradição.

Segundo Anderson Schreiber, o *venire contra factum proprium* possui quatro pressupostos de aplicação: a ação inicial (o *factum proprium*), a legítima confiança, a ação posterior e o dano ou potencial de dano. [32]

Portanto, o *venire contra factum proprium* pressupõe, por sua própria definição, duas condutas diretamente contraditórias uma a outra, na qual a segunda viola a legítima confiança que a outra parte tinha na manutenção de um comportamento inicial, e com isso, vem a causar um dano ou tem potencial de causar um.

O exame de todos esses requisitos é fundamental para detectar em quais situações o *venire* deve ser utilizado, a fim de evitar, assim, sua banalização.

---

proprium impõe, aliás, sua aplicação a outros ramos do direito, como o direito societário, o direito tributário, o direito do trabalho, o direito internacional público, e assim por diante". SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 220.

[29] MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e *"venire contra factum proprium"*. Coimbra, In: *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra Editora, nº 3718-3729, 1985, p. 229.

[30] A "paz jurídica" que, ao lado da "justiça", é referida como uma das expressões da própria "ideia de direito". MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e *"venire contra factum proprium"*. Coimbra, In: *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra Editora, nº 3718-3729, 1985, p. 230.

[31] "Não é possível ao direito vedar, de forma absoluta, as contradições da conduta humana" MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 470.

[32] SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 131.

2.1. A Ação Inicial (o *Factum Proprium*)

A própria noção de contradição pressupõe a existência de duas condutas, uma oposta à outra. Sendo assim, o primeiro requisito do *venire* consiste em uma ação inicial, vale dizer, o *factum proprium*.

Inicialmente, cumpre destacar que o vocábulo "ação" deve ser entendido em sentido amplo, abrangendo a ação como ato positivo em sentido estrito, e a omissão, em seu sentido negativo.

No caso da ação positiva, determinada conduta é praticada, o que leva a crer na outra parte que este comportamento inicial seria mantido, mediante o depósito de uma confiança legítima na outra parte.

Quanto à omissão, o autor deixa de realizar uma determinada conduta, geralmente durante determinado lapso temporal, que leva a crer na contraparte que esse vazio continuaria, ou seja, que o autor continuaria sem realizar conduta alguma.

A omissão pode ser lícita ou ilícita. Será lícita quando a omissão não decorrer de qualquer dever de agir. A outro giro, será ilícita justamente quando este dever de agir estiver presente e o agente permanecer inerte.

Para o *venire,* apenas interessa o conceito de omissão lícita, já que para a ilícita são reservados outros remédios específicos, como a imposição de multas pelo descumprimento de obrigações.

A omissão, mesmo que inicialmente lícita, também é capaz de gerar na parte contrária a legítima expectativa de que este não agir persistiria. Nesse caso, figurará o instituto da *supressio,* que nada mais é do que uma subespécie do *venire.*[33]

Já tivemos a oportunidade de sustentar que "o passar do tempo pode fazer desaparecer situações jurídicas que não foram exercidas durante um certo lapso por seu titular, desde que o não exercício tenha gerado um benefício para a outra parte, por acreditar que aquela situação ou direito não seria mais usado". [34]

A título ilustrativo, a *supressio* poderia ser perfeitamente aplicável em matéria de inquilinato. Suponha-se que haja um grande lapso de tempo entre a notificação para o término do contrato de locação (por prazo determinado), e a propositura da ação de despejo. Este longo período de omissão do locador pode gerar uma legítima expectativa no locatário de que o locador teria desistido da denúncia. Isso pode induzir a ineficácia daquela notificação (aviso prévio), impondo a renovação do contrato, mesmo a lei não prevendo prazo para a propositura da ação de despejo. Em nome da boa-fé objetiva, poderia o autor perder seu direito de propor ação de despejo pela omissão por tempo exagerado.[35]

[33] MARTINS, Guilherme Magalhães. A *supressio* e suas implicações. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 32, out./dez., 2009.
[34] MARTINS, Guilherme Magalhães, A *supressio* e suas implicações. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 32, out./dez., 2009, p. 143.
[35] MARTINS, Guilherme Magalhães. A *supressio* e suas implicações. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.

Em outro exemplo, basta imaginar que, em um contrato de trato sucessivo firmado entre devedor e credor, a data escolhida para a realização do pagamento foi o dia 5 de cada mês. Contudo, durante dois anos, o pagamento se deu no dia 20 de cada mês, sem qualquer oposição do credor. Por um grande lapso de tempo, o credor tacitamente aceitou o pagamento fora da data e, dessa forma, não pode se insurgir dois anos depois, propondo o inadimplemento do contrato por esse motivo.

Ademais, o *venire* demonstra a insuficiência do direito positivo[36] para regular todas as situações presentes na vida humana. O comportamento humano é extremamente diversificado, de forma que é impossível, mesmo com a colossal quantidade de normas positivadas pelo ordenamento, regular especificamente todas as formas de atuação humana.

É sobre estes comportamentos, mantidos à margem das categorias vinculantes do direito positivo (em especial o ato jurídico e o negócio jurídico), que incide o instituto em estudo[37]. O que se pretende dizer é que o *venire* deverá atuar apenas na ausência de norma específica regulando a situação[38]. Logo, se, por exemplo, existir uma regra positivada pelo ordenamento regulando uma situação concreta específica, esta deve ser aplicada, e não o *venire*.

Significa que o *venire* deve ser aplicado de forma excepcional e subsidiária. Isto não quer dizer, contudo, que apenas deve ser invocado se pairar sobre a situação concreta um verdadeiro vazio normativo. No gigante arcabouço normativo atual, com a já pacífica tese da normatividade dos princípios, muito rara é a situação na qual não exista nenhuma norma regulando determinado fato.

A utilização do *venire* demonstra a insuficiência do direito positivo, mas o ordenamento não é composto apenas por normas positivadas, existindo aquelas que se leem implícitas (como o princípio constitucional da razoabilidade e o próprio *venire*). Não se está a afirmar, contudo, que o ordenamento é absolutamente completo, tal como queria a escola da exegese[39]. O ordenamento possui lacunas, já que, como afirma Norberto Bobbio, "se existem duas soluções, ambas possíveis, e a decisão entre as duas cabe ao intérprete, uma lacuna existe e consiste justamente

32, out./dez., 2009, p. 151.

[36] Como leciona Norberto Bobbio, em crítica a respeito do dogma da completude do ordenamento, ou seja, na crença absoluta de que no sistema jurídico não faltam nem sobram normas, confira: "o programa da sociologia jurídica foi o de mostrar, principalmente no início, que o Direito era um fenômeno social, e que portanto a pretensão dos juristas ortodoxos de fazer do direito um produto do Estado era infundada e conduzia a vários absurdos, como o de acreditar na completude do Direito codificado". BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 125.

[37] SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 126.

[38] Vale destacar trecho de SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil:* riscos e possibilidades. Disponível em http://isisbollbastos.wordpress.com/. Acesso em: 04 set.2013: "Neste contexto, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese".

[39] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 121.

no fato de que o ordenamento deixou impreciso qual das duas soluções é a pretendida".[40]

Os princípios, geralmente, são normas abstratas e gerais, não regulando uma situação específica. Significa dizer que mesmo existindo um princípio vago e abstrato que incida sobre o caso concreto, o *venire* poderá ser utilizado, porque específico para preencher a lacuna deixada pela imprecisão do ordenamento.[41]

Portanto, o uso subsidiário do *venire* deve ser interpretado como a ausência de uma norma específica e vinculante incidindo sobre a situação concreta. Se existir alguma norma específica, apta a regular a situação concreta, o instituto do *venire contra factum proprium* não deve ser aplicado.

Constata-se, portanto, a conhecida regra do predomínio da norma especial sobre a geral. Em certas situações, o *venire* será tido como específico, e nestes deve ser aplicado. Em outros, será classificado como geral, e sua invocação é dispensada.

É, portanto, um instituto não reconhecido de forma expressa pelo ordenamento, mas nem por isso necessita de um vazio normativo para sua aplicação. O ordenamento positivo não chega perto de contemplar todas as atividades humanas, razão pela qual hão de existir institutos extralegais para dar conta destas situações.

Fica claro, portanto, que, se determinado dispositivo de lei proíbe ou permite expressamente determinada conduta, não se faz necessário invocar o *venire*, pois já existe uma regulação legal específica e precisa para a questão. Igualmente, se uma parte praticar ato que fere determinada norma contratual, implicará em inadimplemento, e mesmo que esse descumprimento seja contraditório, o *nemo potest venire contra factum proprium* não deve ser invocado, pois já existe um acordo de vontades que regula a situação.

Como consequência, o *factum proprium* é uma conduta inicialmente não vinculante à luz do direito positivo, mas que, como nas palavras de Anderson Schreiber:

> [...] passa a ser vinculante apenas se e na medida em que gera uma confiança legítima na sua conservação. Não pode, por esta razão, ser definido, *a priori*, como "conduta vinculante", já que vinculante somente será se presentes os demais pressupostos de incidência da proibição do comportamento contraditório [...]. [42]

---

[40] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 137.

[41] Exemplificando, imagine dois comportamentos contraditórios, onde ambos, em tese, poderiam ser resolvidos com base no *venire*. Contudo, na primeira delas, além do *venire*, incide também o princípio da razoabilidade, que não regula precisamente a situação concreta. Estes dois, assim, podem ser utilizados em conjunto. Mas, se num segundo caso, houver expressa cláusula contratual proibindo a contradição, não há necessidade de se invocar o *venire*, tendo em vista a existência de norma específica.

[42] SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra*

Em princípio, o agente estava livre para optar por praticar qualquer conduta. Mas no momento em que a escolher, e esta gerar na outra parte a legítima confiança na sua manutenção, a conduta inicial se tornará vinculante.

O *factum proprium*, assim, possui o condão de fazer nascer na outra parte o principal requisito de aplicação do *venire*: a legítima confiança.

2.2. A Legítima Confiança

A grande finalidade do *nemo potest venire contra factum proprium* é justamente a tutela de uma confiança legítima[43]. Assim sendo, a proibição ao comportamento contraditório só irá incidir a partir do momento em que a conduta inicial gerar na parte contrária a legítima confiança na manutenção do comportamento inicial.

Nas palavras de Menezes Cordeiro, "a pessoa que confie, legitimamente, num certo estado de coisas não pode ser tratada como se não tivesse confiado: seria tratar o diferente de modo igual".[44]

Duas observações devem ser feitas sobre este requisito. A primeira delas é que não é qualquer confiança que deve ser tutelada, e sim a confiança específica de manutenção de um comportamento inicial.

Suponha-se que, por exemplo, alguém firme um contrato de financiamento com um banco para aquisição de uma casa. Junto com o contrato, a pessoa gera em si mesma a legítima confiança de que dias melhores virão. Em momento futuro, o devedor percebe que se endividara demais, o que frustra seus planos de melhoria de vida. No dado exemplo, o contrato fez gerar uma confiança de dias melhores que foi quebrada pelo endividamento. Nem por isso incide *venire contra factum proprium* no comportamento do banco.

Isso por que não foi quebrada a legítima confiança específica de manutenção de um comportamento inicial, que era contrair um financiamento naquela forma específica (este era o *factum proprium*). Houve aqui a quebra de uma confiança que é meramente consequência da ação inicial, e não ela própria.[45]

Assim, somente a confiança específica de manutenção de um comportamento anterior, de que as coisas continuariam como estavam, pode atrair a incidência do *venire*.

A segunda nota é que essa confiança deve ser legítima. Como ensina Anderson Schreiber:

---

factum proprium. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 129.

[43] Vale ressaltar que, como já foi dito, o princípio da confiança é necessário para assegurar a própria segurança do convívio social. Nesse sentido, "o pensamento da confiança aparece frequentemente associado à necessidade de segurança jurídica". MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e *"venire contra factum proprium"*. Coimbra, In: *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra Editora, nº 3718-3729, 1985, p. 294.

[44] MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Do abuso de direito*: estado de questões e perspectivas. Disponível em http://www.oa.pt/. Acesso em: 04 set. 2013.

[45] O fato parece óbvio, mas é motivo de equívoco em alguns julgados do STJ, como será visto adiante.

> [...] não basta, todavia, o estado de confiança; é preciso que tal confiança seja legítima, no sentido de que deve derivar razoavelmente do comportamento inicial. Assim, a ressalva expressa de possibilidade de contradição exclui, a princípio, a legitimidade da confiança [...][46]

Não basta, contudo, um fato inicial que desperte na outra parte a legítima confiança na sua manutenção. É preciso haver um comportamento posterior que, contradizendo diretamente o *factum proprium,* quebra a legítima confiança na sua manutenção.

2.3. Comportamento Posterior

Não existe contradição com uma conduta apenas. Uma ação contraditória o é necessariamente à outra.

Deve existir uma ação inicial, um *factum proprium* que gere a legítima confiança na sua manutenção, mas também deve haver uma conduta posterior, apta a quebrá-la e então configurar o *venire*.

Posto que a ação inicial nasce não vinculante, mas se torna vinculante quando desperta na outra parte a legítima expectativa de sua manutenção, o agente se encontra obrigado, portanto, pela ação inicial, a manter sua conduta.

É aqui que surge, no mundo fático, o comportamento contraditório proibido, pois a vinculação à conduta inicial proibia que o agente tomasse uma conduta contraditória, e mesmo assim ele a pratica.

Cabe a observação de que o comportamento posterior deve ser mantido às margens do direito positivo e das regulamentações contratuais. Caso o agente pratique uma conduta posterior que possui proibição expressa no direito positivo, ela será combatida com muito mais propriedade pelas normas específicas que a proíbem.

Logo, a única vinculação deve ser a gerada pelo *factum proprium*. Se não fosse ele, o agente estaria livre para praticar qualquer conduta, mas deve se ater ao seu dever de manter o comportamento exercido inicialmente.

De acordo com Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, "só se considera como *venire contra factum proprium* a contradição directa (*sic*) entre a situação jurídica originada pelo *factum proprium* e o segundo comportamento do autor".[47]

Sobre um mesmo ato, diversos tipos de confiança podem ser gerados, e todos estes podem ser rompidos. O *venire* incidirá como instrumento de proibição de ruptura

[46] SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 143.
[47] MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra, Editora Almedina, 2001, p. 746.

apenas da legítima confiança de manutenção no *factum proprium*. Se assim o é, apenas a contradição direta entre duas condutas pode romper com essa confiança específica.

Não basta um leve desvirtuamento, ou uma mera incoerência. É necessária uma contradição direta, uma ação, e sua extrema oposição, um antagonismo direto entre o *factum proprium* e a ação posterior.

Por fim, não se exige o dolo de contradição. Basta apenas a conduta objetivamente analisada, pouco importando o *animus* do agente. O *venire* embarca na tendência de objetivação do Direito atual, na qual se dispensa a perquirição sobre os estados subjetivos que levaram à prática da ação, tendo por preferência a análise das condutas em si.

2.4. Dano ou Potencial de Dano

Por último, deve-se analisar a lesividade da conduta contraditória. Mesmo que os três anteriores requisitos estejam presentes, não se imputará uma responsabilidade àquele que, nem em tese, poderia causar dano com a sua conduta contraditória. Ademais, este dano causado pode ser tanto moral quanto patrimonial.

O *venire,* ainda, pode atuar de forma preventiva ou repressiva, como ensina João Baptista Machado:

> A responsabilidade pela confiança funciona em regra em termos preventivos, paralisando o exercício de um direito ou tornando ineficaz aquela conduta declarativa que, se não fosse contraditória com a conduta anterior do mesmo agente, produziria determinados efeitos jurídicos. É teoricamente admissível, porém, que uma conduta declarativa destinada a produzir certo efeito jurídico, mas contrária à boa-fé, não veja recusada essa eficácia jurídica, mas em compensação, dê origem a uma obrigação de indemnizar. [48]

3. O Princípio da Proibição do Comportamento Contraditório na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: um Balanço Crítico

Analisados os fundamentos e os pressupostos de aplicação do *venire,* investiga-se a partir da análise alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, a recepção deste princípio na jurisprudência brasileira. Tal empreitada se mostra relevante na medida em que revela os riscos da superutilização do princípio de proibição do comportamento contraditório. Tal constatação decorre da aplicação supérflua do *venire*, ou ainda, em situações onde não se mostram preenchidos seus requisitos.

[48] MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e *"venire contra factum proprium"*. In: *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra: Coimbra Editora, n. 3718-3729, 1985, p. 297.

Cabe salientar, contudo, a recente trajetória do instituto na jurisprudência pátria. Judith Martins-Costa aponta como *leading case*, um acórdão proferido pelo STF sob a lavra do Ministro Leitão Abreu, em 1978.[49]

Como apontado anteriormente, a repugnância ao comportamento incoerente vem encantando a todos, e a "musicalidade de sua forma latina", à luz da lição de Menezes Cordeiro, vem atraindo para si todos os olhares. Contudo, a superpopularidade do *venire* pode ocasionar um efeito colateral indesejado: a banalização do instituto.

3.1. O Comportamento Contraditório e a Ausência de Outorga Uxória[50]

O julgamento do Recurso Especial 95.539-SP, relatado pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar, é um dos primeiros casos de aplicação do *venire* no direito pátrio. A despeito de não ser o pioneiro, certamente conferiu grande visibilidade ao instituto que, a partir deste momento, passou a ser mais estudado no Brasil.

Ademais, cabe ressaltar que neste caso, inequivocamente, o *venire contra factum proprium* foi aplicado de maneira paradigmática pelo ministro relator Ruy Rosado de Aguiar.

O caso concreto envolve a promessa de compra e venda de bem imóvel. Ocorre que, no ato do contrato, o promissário vendedor não requereu a outorga uxória do seu cônjuge. Como se sabe, no direito pátrio, é necessário a anuência do cônjuge para a alienação de bem imóvel. Essa anuência é denominada de "outorga uxória", e encontrava-se presente no Código Civil vigente à época, e também no atual (artigo 1647).

Assim sendo, a esposa do promissário vendedor não assinou o contrato e, portanto, não deu seu consentimento formal e expresso à avença.

Mesmo assim o imóvel foi vendido. Permaneceu o comprador na posse mansa e pacífica do imóvel, sem qualquer oposição dos vendedores, durante o longo período de 17 anos. Eis que então, após este longo período de inércia, os vendedores (marido e esposa), se insurgem contra o negócio jurídico realizado, requerendo sua anulação justamente com base na ausência da outorga uxória do cônjuge virago.

Como bem entendeu o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, os vendedores incorreram em *venire contra factum proprium* (mais precisamente, em *supressio*), já que aceitaram tacitamente aquele contrato como válido, por 17 anos, mesmo sem a outorga uxória.

Cabe observar que, decorrido este longo período, a esposa aceitou tacitamente o contrato. Assim, gerou na outra parte a legítima confiança de que o contrato era válido e eficaz, e que podiam desfrutar livremente do novo imóvel. Ao

[49] MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Revista Forense*, vol. 376, nov./dez., 2004, Rio de Janeiro, p. 116. STF, RE nº 86.782-2/RS, julg. em 20.10.1978.
[50] REsp 95.539 – SP – Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, quarta turma do STJ, data do julgamento 03/09/1996.

requerer a anulação do contrato justamente por falta de um aceite que ela própria deveria ter dado, comete ato contraditório passível de proibição, já que é quebrada a legítima confiança de persistência daquela omissão ou inatividade.

Nas palavras do relator:

> Para ter o comportamento da mulher como relevante, lembro a importância da doutrina sobre os atos próprios. O direito moderno não compactua com o *venire contra factum proprium*, que se traduz em uma posição jurídica em contradição com o comportamento anteriormente assumido.[51]

Não há aqui outra regra específica que expressamente regule a situação. Portanto, extremamente precisa e necessária foi a utilização do *nemo potest venire contra factum proprium* para proibir a conduta contraditória nesse caso. Pelo contrário, se a regra positiva fosse interpretada literalmente, os vendedores incoerentes sairiam vencedores na causa, e conseguiriam a anulação do negócio mesmo 17 anos depois de celebrado.

Trata-se um julgado emblemático, de extrema importância para o instituto em questão, tendo em vista que o destacou no cenário doutrinário e jurisprudencial brasileiros.

Contudo, ainda há um número expressivo de julgados que utilizam o *venire contra factum proprium* de forma equivocada ou desnecessária, banalizando o instituto e mitigando seu real significado, como será visto a seguir.

3.2. O *Venire* na Seara do Direito Processual Penal[52]

Este caso versa sobre o julgamento de um *habeas corpus,* o que demonstra o anteriormente afirmado, de que o *venire contra factum proprium* pode ser aplicado em todos os ramos do ordenamento jurídico, devido ao seu fundamento constitucional.

O caso trata, em origem, do julgamento de supostos delitos praticados pelo Governador de Roraima à época de seu mandato, acusado de ser o mandante de crimes praticados no desvio de verbas públicas.

Ocorre que, no desenvolver do processo, o político começa a pedir insistentemente para se reunir com o juiz fora do âmbito da Corte. Depois de várias tentativas fracassadas, o juiz acaba sucumbindo às investidas do político, e resolve promover a reunião.

[51] Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial 95.539/SP. 4ª Turma. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONSENTIMENTO DA MULHER. ATOS POSTERIORES. "*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*". BOA-FÉ. PREPARO. FÉRIAS. Relator min. Ruy Rosado de Aguiar.
[52] Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. *Habeas Corpus* nº 206.706/RR. 6ª Turma. HABEAS CORPUS. PECULATO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO. IMPROCEDÊNCIA. Relator min. OG Fernandes. DJe 21 mar. 2012. DJ 14 out. 1996, p. 39015.

Com isso, alega o impetrante que, diante do evento, a imparcialidade do juiz estaria comprometida, pelo simples fato de ter este se reunido com uma das partes fora do tribunal, para tratar de questões relativas ao processo, razão pela qual deveria ser declarada a suspeição do magistrado.

O STJ entendeu por bem negar provimento ao *habeas corpus,* mas, entre outros argumentos corretos, aduz ter ocorrido *venire contra factum proprium,* vez que fora o próprio réu que provocou a reunião, razão pela qual não pode se valer dela para se beneficiar da suspeição.

De fato, o *venire* poderia ser utilizado no caso, se não houvesse dispositivo expresso regulando certeiramente a situação. Trata-se da norma contida no artigo 256 do Código de Processo Penal. Este diz que "a suspeição não será declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz, ou de propósito der motivo para criá-la".

Como foi visto, o *nemo potest venire contra factum proprium* deve ser aplicado de maneira subsidiária, de modo que não haja nenhuma lei positiva regulando expressamente a situação.

É bom ser retomado que nem por isso o instituto ficará restrito aos casos de vazio normativo, tido como aqueles onde não há normas para regular o fato, já que tais casos são de rara existência.

Neste caso, o relator apresentou diversos argumentos, todos idôneos para embasar sua decisão. Para que então se invocar um instituto que deve ser aplicado desta forma? Constata-se a desnecessidade da utilização do *venire* neste caso.

Se determinado instituto é aplicado em demasia, perde sua essência. No caso, a banalização pode gerar consequências drásticas. Estar-se-ia proibindo a contradição em casos onde ela não deve ser proibida. É lícito às partes virem a se arrepender de seus atos futuramente.

3.3. A Aplicação do Princípio de Proibição ao Comportamento Contraditório e a Responsabilidade Civil do Estado[53]

Trata-se, em origem, de ação indenizatória movida em face do Estado do Espírito Santo, pelo fato de ter sido a autora atingida por disparos em via pública após perseguição de policiais militares a criminosos, com consequente troca de tiros.

O Estado pauta sua defesa sobre a alegação de não existir nenhuma prova de que a bala que atingiu a vítima realmente saiu da arma de um policial.

Isso porque o Estado, competente para concluir o inquérito policial e o exame de balística, quedou-se inerte por longos anos, sem realizar as diligências

[53] Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial 1236412/ES. 2ª Turma. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DISPAROS EM VIA PÚBLICA EFETUADOS EM PERSEGUIÇÃO POLICIAL. "BALA PERDIDA" QUE ATINGIU ADOLESCENTE. DANOS ESTÉTICOS. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*. Relator min. Castro Meira. DJe 17 fev. 2012.

necessárias para o esclarecimento dos fatos, a fim de confirmar de onde partiu o projétil que atingiu a autora.

Ainda, ficou constatado, por depoimentos, que o fugitivo estava impossibilitado de responder aos disparos, uma vez que se encontrava dirigindo um veículo.

O argumento da defesa do Estado, entretanto, é que, por não existir exame de balística apto a elucidar a verdade dos fatos, seria impossível imputar-lhe a responsabilidade, uma vez que não poderia se concluir de forma definitiva que o projétil realmente partiu da arma de um policial.

O STJ entendeu que haveria *venire contra factum proprium* no fato de o Estado alegar a inexistência (por 28 anos) do exame de balística para se eximir da culpa, sendo este próprio o competente para fazê-lo.

Contudo, um olhar mais atento revela que os requisitos de aplicação do instituto não se encontram presentes. Falta aqui o elemento essencial para a caracterização do *venire*: a ruptura de uma legítima confiança na manutenção do comportamento inicial.

Ao não proceder, por 28 anos, ao exame de balística, nenhuma confiança específica é depositada, no sentido de que o Estado persistiria em não realizá-lo. Se o aparelho estatal falhou em matéria de segurança pública, inviabilizando dito exame pericial, incorre contradição a ser imputada à administração pública.

Ainda, a contradição entre as duas condutas não é direta. Contradição direta haveria, se o Estado não realizasse o exame por 28 anos, quando, subitamente, decide fazê-lo. Caso a realização do exame violasse a legítima confiança de alguém e causasse um dano, aí sim poderia incidir o *venire*. Mas não é essa a hipótese do julgado.

Falta, portanto, o requisito da legítima confiança de manutenção de um comportamento inicial, e o do comportamento posterior que entra em contradição direta com o *factum proprium*.

3.4. *Venire* e a Oportunidade de Emenda à Petição Inicial[54]

Neste caso, é discutida a possibilidade de revisão contratual de um negócio jurídico firmado entre uma sociedade comercial e um banco.

O tribunal estadual indeferiu a petição inicial por falta de um documento essencial à demanda: o próprio contrato que se pretendia revisar. Entretanto, o autor alegou que deveria ter sido intimado para emendar a inicial antes de vê-la indeferida por inépcia, trazendo ao juízo, assim, o documento reputado como essencial.

[54] Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1.094.223/MG. 4ª Turma. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FEITO. EXTINÇÃO. EMENDA. INICIAL. INTIMAÇÃO PRÉVIA. DOCUMENTO FALTANTE. ALEGAÇÃO DA PARTE DE NÃO POSSUÍ-LO. IMPROVIMENTO. Relator min. Aldir Passarinho Junior. DJe, 10 set. 2010.

Ocorre que em determinado momento do processo, aquela pessoa jurídica alegou não possuir cópias do referido instrumento contratual. Tal fato, na visão do julgador, consistiria *venire contra factum proprium,* já que, num primeiro momento, a sociedade alegou não possuir cópias do contrato, e depois quer ser intimada para trazer a juízo o referido instrumento, que alegou não possuir.

Contudo, o fato de a autora alegar que, naquele momento, não possuía consigo o contrato, não significa que nunca o teria. É plenamente possível a obtenção do instrumento contratual junto à instituição bancária em momento posterior ao ajuizamento da demanda.

Neste sentido, nenhuma confiança pode ser quebrada, já que nem chegou a ser gerada. O fato de não ter consigo, naquele momento, o instrumento contratual, não faz nascer legítima confiança de que a sociedade nunca o conseguiria.

Além disso, o STJ entendeu que, tendo o juízo *a quo* se omitido quanto à possibilidade de o banco trazer a juízo o contrato, não poderia o Tribunal Superior opinar nessa matéria, já que a súmula 7 daquele tribunal veda o reexame do material fático-probatório.

Contudo, isso nada tem a ver com o argumento do *venire* utilizado para negar procedência ao recurso. As provas, é verdade, não podem ser reexaminadas no Superior Tribunal de Justiça, mas isso não gera a impossibilidade de emenda à inicial, pois é perfeitamente possível a anulação do julgado *a quo*, para que então seja a parte intimada a emendar a inicial.

A vedação ao reexame de provas em nada afeta a possibilidade de anulação do acórdão estadual. Ou seja, o STJ aceita que é possível a anulação do julgado estadual, embora inútil, como se percebe do seguinte trecho do acórdão:

> [...] Como se vê, ainda que a jurisprudência deste Superior Tribunal seja assente no sentido de que é direito da parte ser intimada para emendar a petição inicial antes de tê-la indeferida, a anulação do acórdão estadual para tal fim, ante as peculiaridades do caso concreto, seria providência inútil e procrastinatória, haja vista que a própria autora alega não possuir os documentos reputados essenciais pela instância recorrida. (...) Desse modo, a pretensão de anular o julgado combatido para que a parte seja intimada a emendar a inicial com documentos que alegou não possuir é comportamento contraditório, que atenta contra o princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*, amplamente aceito na jurisprudência pátria.[55]

[55] Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1.094.223/MG. 4ª Turma. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FEITO. EXTINÇÃO. EMENDA. INICIAL. INTIMAÇÃO PRÉVIA. DOCUMENTO FALTANTE. ALEGAÇÃO DA PARTE DE NÃO POSSUÍ-LO. IMPROVIMENTO. Relator min. Aldir Passarinho Junior. DJe, 10 set. 2010.

Assim, a vedação ao reexame de provas em nada afeta o mau uso do *venire*. Se não é possível reexaminar as provas, é possível anular o julgado estadual para então ser a parte intimada a emendar a inicial, como admite o próprio julgado.

E nesse sentido, ao afirmar, em dado momento, que não se possui determinado documento, não se gera na outra parte a legítima expectativa de que nunca o teria. Se nenhuma confiança é gerada, não pode haver a incidência do *venire contra factum proprium*.

A partir da análise de alguns julgados, pode-se constatar que o STJ tem aplicado o princípio da proibição ao comportamento contraditório sem atentar à presença dos requisitos essenciais para sua configuração. Cabe ressaltar, ainda, que a legítima confiança – justamente o requisito mais importante, que fundamenta a proibição do comportamento contraditório – tem sido o pressuposto menos observado.

Conclusão

Conforme visto, não existe uma proibição geral ao comportamento contraditório. Apenas circunstâncias especiais podem levar à sua vedação.[56]

Não se pode proibir todos os comportamentos contraditórios. Caso contrário, nas lições de Menezes Cordeiro, "todo o relacionamento social converter-se-ia em um edifício rígido de deveres irrecusáveis"[57]. Seria sempre vedado o arrependimento, quando "faz parte da natureza humana o 'voltar atrás', a faculdade de poder rever seus conceitos e determinações"[58].

Porém, a mutabilidade das decisões humanas não é compatível com a rigidez causada pela superutilização do *venire*. A própria concepção de ciência possui intrínseca a ideia de mutabilidade. Como já afirmou Heráclito, filósofo grego pré-socrático, "No mundo tudo flui, tudo se transforma, pois a essência da vida é a mutabilidade, e não a permanência".

Uma dose de segurança jurídica é necessário para o próprio funcionamento do sistema. Por outro lado, uma rigidez inflexível dos comportamentos humanos tornaria inviável a convivência humana. O *venire,* se corretamente utilizado, tutela exatamente o meio termo: fornece segurança no tocante à manutenção da conduta que desperte na outra parte a legítima confiança na sua manutenção, mas também permite o arrependimento.

É razoável que, em alguns casos, a pessoa possa se arrepender de seus atos, e tomar atitudes incoerentes com outras tomadas anteriormente, desde que isso não atente contra a legítima confiança da outra parte.

[56] MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 751.
[57] MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Editora Almedina, 2001, pag. 750
[58] PASINI, Fabíola. Venire contra factum proprium *como limite positivo à autonomia da vontade:* elementos característicos. Brasília, 2007, p. 100.

Em síntese, os tribunais pátrios, ao não utilizar o *venire* atentando para seus requisitos, provocam seu desvirtuamento, além de enrijecer indevidamente a enorme gama de comportamentos humanos, causando desequilíbrio no binômio liberdade-responsabilidade.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e *"venire contra factum proprium"*. In: *Revista de legislação e de jurisprudência*. Coimbra: Coimbra Editora, n. 3718-3729, 1985.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A *supressio* e suas implicações. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 32, out./dez., 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____ . *O direito privado como um sistema em construção*: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Disponível em http://www.ufrgs.br/. Acesso em 04 set. 2013.

_____ . A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Revista Forense*, vol. 376, Rio de Janeiro, nov./dez., 2004.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____ . *Do abuso de direito*: estado de questões e perspectivas. Disponível em http://www.oa.pt/. Acesso em: 04 set. 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NEVES, José Roberto de Castro. Boa-fé Objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. In: *Revista Forense*, vol. 351, set., 2000.

PASINI, Fabíola. Venire contra factum proprium *como limite positivo à autonomia da vontade*: elementos característicos. Brasília, 2007.

PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.16, out./dez., 2003.

ROPPO, Enzo, *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito dos Contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SARMENTO, Daniel, *O neoconstitucionalismo no Brasil*: riscos e possibilidades. Disponível em http://isisbollbastos.wordpress.com/. Acesso em: 04 set. 2013.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

Inadimplemento Antecipado do Contrato

Guilherme Magalhães Martins*

Sumário

1. Situação Geral do Tema. 2. O Instituto Anglo-Saxônico da *Anticipatory Breach of Contract* – Reflexos na Legislação Estrangeira. 3. Adaptação do Instituto ao Ordenamento Jurídico Brasileiro – Critérios para sua Incidência – Casuística Jurisprudencial. 4. Principais Objeções na Doutrina Nacional. 5. Aplicação Analógica do Artigo 477 do Código Civil – Efeitos do Inadimplemento Antecipado. 6. O Inadimplemento Antecipado como Quebra dos Princípios da Confiança e da Boa-Fé Objetiva. Bibliografia.

1. Situação Geral do Tema

Tendo em vista os deveres anexos, instrumentais ou laterais de conduta, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, amplia-se o próprio conceito de adimplemento, que passa a abarcar todos os interesses envolvidos na relação, estendendo-se dos deveres de proteção aos deveres instrumentais.[1]

Se o conceito de adimplemento se amplia, revela-se consequência simétrica no estado patológico da obrigação[2], ou seja, o inadimplemento, que poderá ser ocasionado pela quebra de ambas as categorias de deveres, inclusive aqueles de natureza instrumental, decorrentes da boa-fé.

A obrigação possui natureza temporária, marcada desde o início para se extinguir; no entanto, a normalidade do desdobramento programado e tendente ao adimplemento poderá frustrar-se por fatores surgidos contemporaneamente à celebração, ou a ela supervenientes.[3]

Sob a égide da boa-fé objetiva, o comportamento das partes antes e depois do cumprimento da prestação principal passa a produzir efeitos jurídicos próprios, por vezes mais relevantes do que aqueles decorrentes do cumprimento em si.[4]

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Professor de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ.

[1] SAVI, Sérgio. Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos. *In:* TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações;* estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 459-460.

[2] Expressão cunhada por Agostinho Alvim, que afirma, numa perspectiva que nos dias de hoje soa um tanto otimista, que "sem dúvida, o estado patológico é exceção ao estado fisiológico, ou normal. Não obstante, é tal a frequência da enfermidade, que em nenhum indivíduo se encontra o estado fisiológico perfeito". ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequ*ências. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

[3] AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* (resolução). Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 18.

[4] SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento; adimplemento substancial,

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 58 (3ª Fase), out./dez. 2015, p. 153-178.

Considerada a obrigação como um processo tendente ao adimplemento, à luz dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé, pode ocorrer, sobretudo nos contratos de trato sucessivo, que o devedor declare que não cumprirá, ou demonstre que não honrará sua prestação por meio de comportamento concludente.[5]

No exemplo figurado pela professora Judith Martins-Costa[6], imagine-se que, num contrato de empreitada, na construção civil, fique ajustada a entrega de um prédio de apartamentos de 15 (quinze) andares a ser construído no prazo de 24 (vinte e quatro) meses após o contrato. Se, transcorridos 14 (quatorze) meses, e a obra sequer começou a ter suas fundações escavadas, pode o devedor demandar o inadimplemento?

A jurisprudência inglesa vem admitindo o inadimplemento antecipado do contrato (*anticipatory breach of contract*) desde meados do século XIX, sendo que o caso pioneiro, HOCHSTER *v.* DE LA TOUR, ocorrido no ano de 1853, até hoje serve de padrão para os *cases* julgados pelas cortes inglesas e norte-americanas, como destacado por Fortunato Azulay[7]:

> Tratava-se de um contrato de trabalho em que o autor, apesar de contratado para iniciar seu serviço de correio no continente, a partir de 1º de junho, recebeu comunicação do empregador em maio, repudiando totalmente o contrato. A decisão judicial vencedora, todavia, consagrou definitivamente a doutrina da quebra antecipada, *i.e.*, de que não há mister que a parte ofendida aguarde o termo para cumprimento de sua prestação, desde que não houve retratação do réu em tempo ainda de se iniciar a prestação do autor no dia aprazado.

---

inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil.* Rio de Janeiro, v. 32, out./dez. 2007, p. 11: "Em um cenário marcado por relações contratuais duradouras, torna-se não apenas um direito, mas um efetivo dever de ambas as partes diligenciar pela utilidade da prestação antes, durante e depois do seu vencimento, para muito além do momento pontual de sua execução".

Na visão crítica de Jorge Cesa Ferreira da Silva, "a forma tradicional de conceber a relação obrigacional, organizada neste aspecto especialmente sob orientação escolástica, compreende o lapso de tempo entre o nascimento da obrigação e o termo para o cumprimento como um espaço vazio, no qual o devedor não é obrigado a atuar ou a proceder a algum comportamento particular. Concorreu para esta compreensão a simplicidade de conteúdo vivenciada, em grande medida, nas relações econômicas. Estas, normalmente classificáveis do ponto de vista obrigacional como relações de execução imediata e relativas a produtos já acabados, não propiciavam um campo de provas severo para a manutenção da visualização do 'espaço vazio'. O atual desenvolvimento das relações econômicas, porém, desmentiu esta visualização, bastando lembrar a complexidade de alguns adimplementos, como os relativos a processos industrializados de fabricação (*e. g.* o de uma aeronave), ou relativos à realização de um grande projeto técnico. Há, nesses casos, um conjunto de deveres instrumentais, existentes *para* possibilitar a realização do adimplemento". SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 260.

Baseando-se na aplicação da teoria da causa, especificamente com relação aos negócios jurídicos de disposição, observa Clóvis do Couto e Silva: "É que na vontade de criar obrigações, insere-se naturalmente a vontade de adimplir o prometido. Não fora, assim, o negócio jurídico não teria as condições mínimas de seriedade que o Direito exige. Daí, porque, quando alguém vende algo, demonstra, também, neste preciso momento, vontade de adimplir o prometido. *Essa vontade de adimplir é inseparável, no plano psicológico, da vontade de criar obrigações. Faltaria seriedade à vontade criadora do dever, se, ao mesmo tempo, não se desejasse adimplir o prometido"* (g. n.) COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo.* São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 56-57.

[5] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil.* vol. V. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 156

[6] *Idem.*

[7] *Do inadimplemento antecipado do contrato.* Rio de Janeiro: Brasília, 1977. p. 101

A ação, visando ao ressarcimento dos prejuízos, foi ajuizada antes de 1º de junho, tendo o julgador, Lord Campbell, entendido que não haveria razão para a parte aguardar o termo para o cumprimento de sua prestação para só então reclamar seus direitos decorrentes do contrato.[8]

Observa Anelise Becker[9] que, nos contratos comutativos, deve-se concluir que, uma vez evidenciado que uma das partes não vai adimplir, a outra deve ser desobrigada do cumprimento daquilo que lhe compete.

O inadimplemento antecipado decorre da condição resolutiva tácita vigente nos contratos bilaterais e comutativos, pelo qual o descumprimento da prestação por uma das partes exonera a outra de cumprir a sua obrigação.

De acordo com o artigo 331 do Código Civil, salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigi-lo imediatamente. A expressão "imediatamente", é verdade, não pode ser interpretada literalmente, em virtude de hipótese que admite prazos estabelecidos tacitamente entre as partes, em virtude da própria natureza da prestação, em especial quando esta depender de tempo para ser realizada.[10]

O descumprimento dos deveres de lealdade que as partes devem guardar, em decorrência da boa-fé objetiva, torna viável o instituto, pois, segundo Vera Jacob de Fradera, "diante de uma situação em que o devedor declare que não pretende cumprir ou seu comportamento faça supor tal coisa, deveria ser facultado ao credor promover a ação conveniente, de vez que esperar pelo vencimento lhe traria maior prejuízo"[11].

Igualmente em defesa do cabimento do inadimplemento antecipado da obrigação em nosso direito positivo, sustenta Jorge Cesa Ferreira da Silva[12], tendo em vista, sobretudo, a complexidade de alguns adimplementos[13], como os relativos a processos industrializados de fabricação (p. ex., o de uma aeronave), ou relativos à realização de um grande projeto técnico:

---

[8] O caso é comentado pelos autores norte-americanos Thomas D. Crandall e Douglas J. Whaley: "quando existe um contrato visando uma ação a ser praticada num dia futuro, existe uma relação constituída entre ambas as partes nesse ínterim, e ambos implicitamente prometem que, a partir de então, não tomarão qualquer atitude em prejuízo da outra e inconsistente com tal relação (...) Especialmente neste caso, envolvendo um viajante e um mensageiro, a partir da contratação até o início da execução do contrato, ambos se encontravam vinculados entre si, e parece haver uma quebra de contrato se qualquer um deles renuncia ao compromisso assumido". CRANDALL, Thomas D; WHALEY, Douglas J. *Cases, problems and materials on contracts*. Aspen: New York, 2004. p. 748.

[9] Inadimplemento antecipado do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 12, p. 70, out./dez.1994. A mesma autora, *ibid.*, p. 77, enfatiza que "o devedor tem o dever de não contradizer a própria intenção de adimplir e de agir em tempo suficiente para preparar os meios necessários à execução da prestação".

[10] *Ibidem*, p. 71.

[11] A quebra positiva do contrato. *Ajuris*. Porto Alegre, vol. 44, p. 150, nov. 1988.

[12] *Op. cit.*, p. 261.

[13] É o caso dos *Turnkey Construction Contracts,* "pelos quais uma empresa de construção obriga-se a completar determinado projeto, quase sempre de longa duração, conforme critérios previamente especificados e por um preço fixado no momento da assinatura do contrato", de modo que "o objeto da prestação é desenvolvido em fases, mas cujo produto só é entregue ao final". MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no Direito brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, vol. 391, p. 166, maio/jun. 2007.

> No que toca ao direito brasileiro, a defesa do 'espaço vazio', como não poderia deixar de ser, também não se sustenta. Afora as exigências lógicas relacionadas aos deveres instrumentais do inadimplemento, sem muita dificuldade podem-se encontrar disposições específicas, na regulação dos contratos típicos, que indicam a existência de deveres durante o lapso de tempo da duração do contrato. Juntamente a isso, o Código Civil possui regras que preveem, expressamente, hipóteses de antecipação *do vencimento,* quando houver fundada desconfiança quanto à solvência do devedor.
>
> Por sua vez, a conformação do direito brasileiro igualmente não impede a admissão de um inadimplemento anterior ao termo fixado para o cumprimento. Disposições específicas apenas limitam a amplitude de efeitos, mas não vedam a admissão da figura no seu aspecto global.

Para o mesmo autor, o inadimplemento antecipado do contrato pode decorrer tanto da infringência de deveres principais como de secundários de prestação, como ainda dos deveres laterais, anexos ou instrumentais de conduta, configurando, nesta última situação, a violação positiva do contrato.[14]

Anteriormente já concluíra Clóvis do Couto e Silva[15] que a doutrina da violação positiva do contrato, nascida do estudo de H. Staub intitulado *Positive Vertragsverletzung* (1902), revela a aplicação no direito germânico do instituto do *antecipated breach of contract,* oriundo do *common law.*

---

[14] SILVA, *op. cit.*, p. 261: "Quando, para a construção da aeronave, demanda-se um conjunto de atos prévios, dedicados a preparar e a permitir o resultado final, é evidente que se está diante de deveres *de prestação.* O resultado do não cumprimento desses deveres será ou a impossibilidade da construção ou o atraso na entrega. O descumprimento, portanto, é de deveres secundários de prestação, passíveis de ensejar inadimplemento absoluto ou mora.
Situação distinta, no entanto, é encontrada naqueles casos em que o descumprimento não provoca, em cadeia causal necessária, a não realização futura da prestação, mas sim consubstancia desde já um ataque à *relação de confiança* existente entre as partes. São os casos de declarações concretas no sentido do inadimplemento, ou mesmo de atos concretos que demonstrem essa possibilidade. Nestas circunstâncias, não será um dever de prestação que será violado, mas um *dever lateral.* Por isso, a classificação desses casos não poderá realizar-se entre as figuras tradicionais do inadimplemento, ligando-se assim diretamente à *violação positiva do contrato*".

[15] O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. *In:* FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 37. Ensina o autor: "Um aspecto não suficientemente salientado é a circunstância de a aplicação do princípio da boa-fé, com a criação ou compreensão científica dos deveres secundários ou anexos, aproximar o conceito de relação obrigacional vigorante no Direito germânico com o da *common law.* Começava a reconhecer-se no princípio da boa-fé uma fonte autônoma de direitos e obrigações; transforma-se a relação obrigacional. manifestando-se no vínculo dialético e polêmico, estabelecido entre devedor e credor, elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento".

2. O Instituto Anglo-Saxônico da *Anticipatory Breach of Contract* – Reflexos na Legislação Estrangeira

A jurisprudência norte-americana e inglesa rompeu com a regra geral e universal dos contratos pela qual só se pode considerar descumprida a obrigação com o advento do termo ou da condição, de modo que a intenção manifestada de não cumprir por uma das partes ou, mesmo, a sua inabilidade para esse efeito, qualquer que seja a causa, bastam para que se considere desobrigado o outro contratante.[16]

As duas formas do *anticipatory breach* no direito norte-americano abrangem, respectivamente, atos capazes de tornar a prestação impossível ou quase impossível e atos que revelam a intenção da parte de não cumprir a obrigação.[17]

Em importante precedente da Suprema-Corte norte-americana, no caso *Equitable Trust Co. x Western Pacific R. Co.,* ficou assentado que "a lei sempre tem disposto que, quando uma parte deliberadamente se incapacita ou torna impossível o perfazimento da sua prestação, o seu ato constitui injúria à outra parte que fica assim autorizada a propor ação por quebra de contrato".[18]

Portanto, o repúdio[19] da prestação pode ocorrer mesmo anteriormente à chegada do vencimento da obrigação, dando-se à parte inocente a opção de dar o contrato imediatamente por terminado, juntamente com a cobrança das perdas e danos devidas, ou, alternativamente, nesse ínterim, promover a respectiva execução específica.[20]

Do contrário, seria uma perda de tempo para a parte inocente programar o cumprimento de sua obrigação em função do vencimento ajustado[21], tornando-se então justificada a sua conduta.

---

[16] AZULAY, *op. cit.*, p. 102-103.
[17] *Ibid.*, p. 104.
[18] *Idem.*
[19] O repúdio foi definido no julgado *Tenavision, Inc. v. Neuman,* 379, N.E. 2nd 1166,1168(N.Y. 1978), transcrito em parte por E.Allan Farnsworth, William F.Young e Carol Sanger: "deve ser demonstrado que o anúncio de uma intenção de não cumprir foi positivo e inequívoco(...)De modo a constituir um repúdio, a linguagem da parte deve ser suficientemente segura, sendo razoavelmente interpretada de modo a significar que a parte não quer ou não pode adimplir". *Cf.* FARNSWORTH, E.Allan; YOUNG, William F.; SANGER, Carol. *Contracts;* cases and materials. 6ª ed. New York: Foundation Press, 2001.p. 740.
[20] ATIYAH, Patrick Selim. *An introduction to the Law of Contract.* 5ª ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 402. O autor faz referência ao caso *Fercometal SARL v. Mediterreanean Shipping Co AS [1989] AC 788*, no qual o transportador marítimo de uma carga erroneamente repudiada antecipadamente anunciou que, diante disso, não estaria preparado para a chegada da mercadoria na data avençada, recusa essa não aceita pela outra parte. O Tribunal assegurou a permanência do contrato em vigor, permitindo aos proprietários da mercadoria despachar a mercadoria até o porto, no aguardo do embarque. Este princípio, de que a parte inocente pode cumprir e exigir o ajustado caso considere o contrato plenamente eficaz, é, contudo, qualificado por outro princípio, de modo que, se a parte culpada permanece deixando claro que não irá cumprir sua prestação, seria uma perda de tempo para o outro contratante preparar-se para o adimplemento, podendo este abandonar tais preparativos.
[21] *Idem.*

A parte inocente, além de afirmar o contrato, pode continuar a cumprir as obrigações nele determinadas, mesmo sabendo que o adimplemento não é pretendido pelo outro contratante. Foi o que ocorreu no caso *White and Carter (Councils) Ltd v. Mc Gregor*,[22] onde os autores acordaram afixar anúncios publicitários na garagem dos réus, pelo prazo de três anos, através de placas presas a latas de lixo. Mais tarde, ainda no mesmo dia da celebração do contrato, os réus escreveram aos autores afirmando que não mais pretendiam cumprir o ajustado.

Os autores se recusaram a aceitar o cancelamento, veiculando os anúncios contratados, e então ingressaram com uma ação visando recuperar o preço pago. O pedido foi julgado procedente pela *House of Lords*, que entendeu, por maioria de três votos a dois, que os autores faziam jus à repetição do preço pago antecipadamente pelos três anos.

Outro *leading case* no direito inglês foi *Frost v. Knight*[23], onde Knight se comprometeu a ser casar com Frost depois da morte de seu pai, mas, ainda durante a vida deste, declarou que jamais desposaria a demandante. Esta, ingressando em juízo, obteve perdas e danos, apesar de ter sido o casamento realizado mediante condição suspensiva, não realizada no momento da ruptura.

Decidiu-se, então, que, embora não houvesse propriamente uma ruptura do contrato por inexecução, pois o momento de executar não havia chegado, o acordo foi rompido quando o promitente rejeitou o acordo e declarou que não estava mais obrigado. O rompimento por inexecução futura, portanto, poderia ocorrer antecipadamente para fixar as perdas e danos devidos, mesmo que o tempo fixado para o cumprimento permanecesse ainda distante.

Nos Estados Unidos, a figura aparece positivada no §2-610 do *Uniform Commercial Code*:

> Quando qualquer das partes repudia o contrato em face de um comportamento até então devido, a perda daquilo que substancialmente prejudicar o valor do contrato para a outra, o contratante prejudicado pode: (a) por um tempo razoável, em face dos costumes, esperar o cumprimento pela parte repudiante; ou (b) recorrer a qualquer remédio em face do inadimplemento (seção 2-703 ou seção 2-711), mesmo que tenha notificado a parte repudiante de que aguardaria esperar o seu adimplemento e tenha insistido na retratação; e (c) em qualquer caso, suspender sua própria prestação ou agir de artigo com as disposições deste artigo acerca do direito do vendedor de identificar os bens objeto do contrato, apesar do descumprimento, ou de recuperar os bens não entregues.

[22] [1962]AC 413, Inglaterra, *in:* Mc KENDRICK, Ewan. *Contract law.* London: Macmillan, 1990. p. 239.
[23] Inglaterra, 1872, *in:* BECKER, Anelise, *op. cit.*, p. 72. A autora visualiza, no caso acima, uma forma implícita de repúdio.

Em matéria de vendas internacionais de mercadorias, a Convenção de Viena de 1980 regulou expressamente o instituto, prevendo, em seu artigo 72, que "se, antes da data do cumprimento, for manifesto que uma parte cometerá uma violação fundamental do contrato, a outra parte pode declarar a resolução deste".[24]

A mesma solução é adotada pelo direito italiano, com base em interpretação ampliativa dos artigos 1219, nº 2 e 1460 do Código Civil de 1942, segundo os quais não se faz necessária a constituição em mora, mediante intimação ou notificação ("*richiesta*") feita por escrito quando o devedor declarou, por escrito, não querer cumprir a prestação, cabendo a exceção de inadimplemento (art.1460).[25]

O Código Civil espanhol também contém regra específica e excepcional sobre o inadimplemento antecipado em seu artigo 1503, prevendo que, na compra e venda de imóvel, se o vendedor tiver fundado motivo para temer a perda da coisa vendida e do preço, poderá promover imediatamente a resolução do contrato.

Perante o direito francês, embora haja necessidade de intervenção judicial[26], a notificação do devedor que manifesta, expressamente, sua intenção de não cumprir o ajustado mostra-se desnecessária e supérflua, tendência essa igualmente seguida pelo direito anglo-saxão, onde normalmente é dispensado novo pedido de confirmação por parte do devedor.[27]

Embora o instituto vise simplificar a rescisão contratual, sua aplicação deve ocorrer com cautela, de modo que toda declaração em que o não cumprimento apareça apenas como implícito não pode ser considerada, por si só, definitiva, devendo aparecer conjugada com uma atitude concreta do devedor. Da mesma forma, "a denuncia parcial de não cumprir particular exigência contratual não autoriza considerar o contrato violado *in omnibus* e a cobrança de perdas e danos, como se o dano fora total".[28]

Deve ser feita ainda uma ressalva aos contratos unilaterais, que acarretam obrigações apenas para uma das partes, como os de promessa de pagamento em dinheiro, de modo que a manifestação de pré-inadimplência não justifica a cobrança antecipada da dívida, embora possibilite a concessão de medidas cautelares que deem segurança ao credor.[29]

---

[24] A obrigação fundamental é definida por Judith Martins-Costa, *op. cit.*, p. 161-162, como "aquela, na relação obrigacional, que tem o caráter de 'irredutibilidade', podendo ser detectada, nos casos concretos, pelo exame funcional dos fatos em causa. O caráter 'irredutível' significa que, na economia contratual, a obrigação fundamental, seja derivada da lei, seja da própria convenção, é aquela que não pode ser quebrada, apagada ou extirpada sob pena de o contrato, enquanto regulação de interesses econômicos dotada de sentido, deixar de ter um mínimo significado enquanto tal".

[25] MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 157.

[26] Observa Vera Jacob de Fradera que "a França e os países que adotaram o sistema do Código Francês ainda não atingiram, em matéria de direito obrigacional, o nível do direito alemão, do direito italiano e do norte-americano. Existe uma inclinação para ser condescendente para com o devedor faltoso e possibilitar-lhe a oportunidade de sanar sua 'quebra' do contrato. Parece que essa tendência prepondera sobre a necessidade de proteger o credor contra a incerteza".

[27] AZULAY, *op. cit.*, p. 104.

[28] *Ibid.*, p. 105.

[29] *Idem*.

Uma velha objeção à *anticipatory breach*, a ser revisitada em face da disciplina da execução específica das obrigações no ordenamento brasileiro, deve-se ao fato de que a sua aplicação imediata supostamente "desestimula nova manifestação da vontade ou o uso de meios coercitivos capazes de tornar possível o cumprimento da prestação específica".[30] A compatibilidade entre o inadimplemento antecipado e a execução específica das obrigações de dar e de fazer será examinada mais adiante.

3. Adaptação do Instituto ao Ordenamento Jurídico Brasileiro – Critérios para sua Incidência – Casuística Jurisprudencial

Admitindo-se a noção da pré-inexecução ou pré-inadimplência (*anticipatory breach*) como categoria jurídica da inexecução contratual, tal figura mostra-se perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro[31], sobretudo em virtude da ampliação da noção de inadimplemento face à quebra dos deveres anexos, laterais ou instrumentais de conduta decorrentes da boa-fé objetiva.

Porém, não se mostra possível uma classificação unitária do inadimplemento antecipado como caso de inadimplemento absoluto, mora ou violação positiva do contrato, visto que a análise das hipóteses de aplicação do instituto revela certa heterogeneidade. Os atos passíveis de configurar o instituto em exame vinculam-se ora a deveres diretamente relacionados à realização da prestação, ora a deveres relacionados a outros fins[32] (deveres anexos, laterais ou instrumentais de conduta).

É o que assinala Jorge Cesa Ferreira da Silva[33]:

> Seguindo-se a classificação do inadimplemento conforme a vinculação do dever específico aos deveres de prestação (principais e secundários), há que se reconhecer que alguns casos

[30] *Idem*. Para Araken de Assis, o inadimplemento antecipado "(...) se informa pela existência de época propícia ao cumprimento ou ao início da atuação condizente do obrigado, dada pelo termo, final ou inicial, e por dois comportamentos: a *declaração* de não querer/poder adimplir e a omissão da *atividade* causal concernente ao futuro – obrigações de cumprimento *instantâneo* não importam à espécie – adimplemento. Em ambos os casos, a conduta do obrigado só assume importância se ocorrida com alguma antecedência em relação ao termo, pois, nas suas imediações, o credor se preserva dos inconvenientes da espera infrutífera e da atrelagem a vínculo de antemão inútil" *Cf.* ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 107.

[31] Em defesa da adaptabilidade do instituto ao nosso direito, sustenta Fortunato Azulay: "Parece evidente, num confronto preliminar entre a doutrina do repúdio antecipado do contrato, como causa e motivo determinante de sua resolução, e os dispositivos legais que regem a inexecução contratual no direito brasileiro, que não há nenhum impedimento de sua aplicação entre nós (...) O direito das obrigações, por ser a parte do direito privado que mais se presta à uniformidade, é também aquela que regula as problemáticas do crédito – mola mestra dos principais contratos bilaterais. Por isso, a lei dos contratos entre os vários povos da mesma corrente evolutiva (*sic*) não pode deixar de sofrer influência recíproca. Não se trata de atingir uma uniformidade técnica, dada a própria diversidade de tradições e situações econômico-jurídicas nacionais, mas uma inclinação para soluções análogas, decorrente da limitação universal à liberdade de contratar e da necessidade de estreitar os laços de solidariedade entre os homens e as instituições (...)". AZULAY, *op. cit.*, p. 111-112.

[32] SILVA, *op. cit.*, p. 263.

[33] *Ibid.*, p. 263-264.

> de manifestação antecipada configuram descumprimento de deveres que, apesar de não representarem deveres principais, configuram deveres secundários de prestação. É o caso dos aqui chamados "deveres instrumentais" para o adimplemento. Quando, para a construção da aeronave, demanda-se um conjunto de atos prévios dedicados a preparar e a permitir o resultado final, é evidente que se está diante de deveres *de prestação*. O resultado do não cumprimento desses deveres será ou a impossibilidade da construção ou o atraso na entrega. O descumprimento, portanto, é de deveres secundários de prestação, passíveis de ensejar inadimplemento absoluto ou mora.
>
> Situação distinta, no entanto, é encontrada naqueles casos em que o descumprimento não provoca, em cadeia causal necessária, a não realização futura da prestação, mas sim consubstancia desde já um ataque à *relação de confiança* existente entre as partes. São os casos de declarações concretas no sentido do inadimplemento, ou mesmo de atos concretos que demonstrem essa possibilidade. Nestas circunstâncias, não será um dever de prestação que será violado, mas um *dever lateral*. Por isso, a classificação desses casos não poderá realizar-se entre as figuras tradicionais do inadimplemento, ligando-se assim diretamente à *violação positiva do contrato*.

Os pressupostos da resolução decorrente do inadimplemento antecipado são enfrentados, na doutrina, por Luigi Mosco[34]:

> (...) Existem dois casos em que o credor de uma prestação ligada correspectivamente a uma outra pode promover a resolução, antes mesmo do fim do prazo; isso significa que naqueles dois casos o comportamento do devedor equivale ao inadimplemento, ainda que antes do vencimento. Os dois casos têm lugar:
>
> 1) quando o devedor manifesta a vontade de não adimplir;
>
> 2) quando o devedor pratica um ato que torna certamente impossível o adimplemento por ocasião do prazo ajustado.

Os mesmos requisitos são enfatizados por Ruy Rosado de Aguiar Jr., acrescentando-se a necessidade de que se possa deduzir, dos dados objetivos existentes, que não haverá o cumprimento, seja através de uma declaração expressa, seja através de atos nitidamente contrários ao adimplemento.[35]

[34] *La risoluzione del contratto der inadempimento*. Napoli: Eugenio Jovene, 1950. p. 35.
[35] *Op. cit.*, p. 126-127.

Exige-se, portanto, que a declaração do devedor tenha um notável grau de certeza e definitividade.[36]

Não basta qualquer manifestação de vontade contrária à intenção de adimplir, devendo-se, em qualquer caso, balancear os interesses do credor e do devedor, evitando-se adotar contra este medidas mais rigorosas em face do que não seja consequência legítima do seu próprio comportamento.[37]

Tal manifestação de vontade, viabilizando o inadimplemento antecipado, pode ser inferida da conduta do devedor que, beneficiado com um prazo, durante este pratique atos que, por força da natureza da obrigação ou da lei, impossibilitem o futuro cumprimento.[38]

É o caso, por exemplo, da construtora que, tendo celebrado promessa de compra e venda de determinado apartamento, anuncia aos consumidores sua desistência em construir o empreendimento em questão, ou age de modo tal que se torna inconteste a sua desistência em dar continuidade ao projeto, por exemplo, colocando o terreno selecionado para a construção à venda ou mantendo-se completamente inerte depois de iniciado o prazo para o começo das obras.[39]

Nesse sentido, o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relatado pelo Desembargador Luiz Felipe Francisco (apelação cível nº 2005.001.19441, 8ª CC, j.13.9.2005):

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INADIMPLEMENTO. AUSÊNCIA DE PROVAS DE INÍCIO DE OBRAS. POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DO PACTO OU SUA RESCISÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 476, DO CÓDIGO CIVIL. DESCUMPRIMENTO. ÔNUS PROBATÓRIO DO VENDEDOR. NÃO UTILIZAÇÃO DO BEM POR PARTE DO ADQUIRENTE. DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS SEM QUALQUER DESCONTO. CLÁUSULA LEONINA. NÃO HÁ EXONERAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PELA MORA CONSTATADA. O RISCO DO NEGÓCIO E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS PREVISÍVEIS NÃO PODEM SER REPASSADOS PARA OS COMPRADORES. SENTENÇA MANTIDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

No caso acima ementado, admitiu o voto do relator:

> O caso é de descumprimento antecipado de contrato de promessa de compra e venda de imóvel a ser construído, porquanto as

[36] MOSCO, *op. cit.*, p. 37.
[37] *Ibid.*, p. 36
[38] AGUIAR JR., *op. cit.*, p. 126-127.
[39] MARTINS, *op. cit.*, p. 166.

> circunstâncias reconhecidas evidenciaram que a construtora, até a data do ajuizamento da demanda, não iniciara obras, embora já decorrido tempo suficiente.
>
> Ora, quando a devedora da prestação futura toma atitude claramente contrária à avença, demonstrando firmemente que não cumprirá o contrato, pode a outra parte pleitear a sua extinção. (...)
>
> O argumento de que o imóvel seria entregue após trinta meses da assinatura do contrato, ou seja, 1º de janeiro de 2005 e não como o afirmado inicialmente pelos apelados, isto é, janeiro de 2003, não prevaleceu sobre a inequívoca constatação de que até a presente data venceu o período estipulado e a construção não se iniciou em tempo suficiente. (...)
>
> Assim, *diante dos fatos antecipados, não poderia a recorrente pretender que os compradores só movessem a demanda em janeiro de 2005, pois não seria razoável que os apelados esperassem o esgotamento deste interregno para propor a ação, se há fundado e irrefutável receio de descumprimento da obrigação contratual, pela mora injustificada da outra contratante* (g. n.).

A conduta do devedor, que, independentemente da impossibilidade do cumprimento, anuncie, expressamente ou mesmo tacitamente, que não irá cumprir a obrigação, pode ainda ocorrer:[40]

> (...) por ação (venda do estoque, sem perspectiva de reposição), ou omissão (deixar de tomar as medidas prévias indispensáveis para a prestação), ou de declaração do devedor expressa no sentido de que não irá cumprir a obrigação. *Ficam excluídas a simples dificuldade e a impossibilidade temporária.* A prática de atos e a declaração do devedor, contrários ao contrato, devem estar devidamente demonstradas e caracterizadas, criando uma situação que inevitavelmente levará ao descumprimento. Não basta (...) a simples divergência entre o objeto e o modo de prestação, mas pode ser suficiente a firme convicção do devedor, quanto à nulidade do contrato ou ao seu propósito de não cumprir a obrigação em condições inadmissíveis (g. n.).

No caso de impossibilidade definitiva e total da prestação, não se coloca qualquer dificuldade para o reconhecimento do inadimplemento antecipado.

[40] AGUIAR JR., *op. cit.*, p. 127.

Porém, faz-se necessário verificar quando uma prestação ainda possível, seja no todo ou em parte, ainda pode ser rejeitada, caracterizando-se aquele fundamento de resolução do negócio.

O principal critério, como ensina Ruy Rosado de Aguiar Jr., é o interesse do credor[41], que funciona como parâmetro tanto para os casos de mora como de inadimplemento absoluto[42] e violação positiva do contrato, de modo que:

> (...) para resolver, o fato deve atingir substancialmente a relação, afetando a *utilidade* da prestação. Como a utilidade deriva da capacidade da coisa ou do ato em satisfazer o interesse do credor, temos que a prestação inútil (...) é a feita com atraso ou imperfeições tais que ofendam substancialmente a obrigação, provocando o desaparecimento do interesse do credor, por inutilidade. Ao reverso, quando, não obstante a mora, o cumprimento ainda é possível e capaz de satisfazer basicamente o interesse do credor, ou quando, apesar da imperfeição do cumprimento, parcial ou com defeito, foram atendidos os elementos objetivos e subjetivos a serem atingidos pelo cumprimento, diz-se que o adimplemento foi substancial (...).

Outro fator a ser levado em conta é o exame da conduta das partes em relação ao cumprimento, a fim de aferir-se o ânimo, não somente do devedor como também do credor, quanto ao cumprimento efetivo e pontual do contrato. [43]

Deve ser considerado, ainda, o comportamento reiterado do credor, admitindo prestações sucessivas, com atraso ou imperfeição, o que, em homenagem à proibição do *venire contra factum proprium*, faz presumir a sua renúncia ao direito de resolver, se nada ressalvou por ocasião do recebimento, pois "não poderia ele retornar sobre os próprios passos, depois de criar uma justa expectativa do devedor quanto à modificação, nesta parte, do contrato".[44]

---

[41] Nas palavras do Ministro Ruy Rosado, *op. cit.*, p. 132, "interesse é uma relação posta entre o sujeito credor e a prestação prometida, servindo esta a suprir necessidade ou carência, daí dizer-se que o credor está interessado na prestação do devedor. A prestação que desatender a esse interesse, porque já não tem mais capacidade de suprir a necessidade do sujeito credor, é uma prestação inútil. É preciso, portanto, estabelecer em que consiste este interesse a que a prestação está ligada. Certamente, é o interesse que decorre do próprio sinalagma, onde existem prestações correspectivas em equivalência, podendo ser objetivamente estabelecido qual o interesse que a prestação prometida iria satisfazer, de acordo com a sua natureza e a experiência comum".

[42] *Ibid.*, p. 130-132. O autor faz referência ao artigo 25 da Convenção de Viena (1980): "Uma violação do contrato cometida por uma das partes é fundamental, quando causa à outra parte um prejuízo tal que a prive substancialmente naquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu esse resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não tivesse igualmente previsto".

[43] *Ibid.*, p. 134.

[44] *Ibid.*, p. 144.

A aplicação do inadimplemento antecipado no direito nacional tem ainda como defensor Serpa Lopes, por se tratar de "um princípio que não vulnera a estrutura jurídica do nosso Direito, pois nenhuma disposição existe que se possa considerar oposta a essa forma de vencimento antecipado".[45]

E conclui o civilista[46]:

> (...) não se trata de cobrir a lei, de riscar o seu texto ou escrever por sobre ele, e sim de um princípio que se pode lançar nos livres espaços da lei. Acrescenta-se, assim, aos casos de vencimento antecipado em razão de um estado falencial ou de uma situação de desconfiança resultante de certos atos praticados pelo devedor, uma outra hipótese em que o vencimento antecipado não é tão alarmante, não se espraia por toda a situação financeira do devedor, apenas se restringe a uma situação singular, para a qual manifestou o propósito de se tornar inadimplente.
>
> (...) E a razão desse princípio é lógica: o vencimento antecipado produz inquestionavelmente um enriquecimento em benefício do credor, e, assim, só ao próprio devedor, ou em casos em que a lei o permita, pode a prestação ser exigida antecipadamente. Mas, indubitavelmente, tanto na situação de suspeição como no caso de afirmação antecipada do propósito de não adimplir, tudo isso representa uma circunstância que exige deferir-se ao credor uma posição protetora, máxime no momento em que ele, a seu turno, como devedor, é obrigado a cumprir uma prestação organicamente vinculada a uma outra ainda futura de que é credor, porém já tendo sobre ela impendente a afirmação categórica de não ser cumprida.

Em importante precedente, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou procedente o pedido na ação de resolução movida pelo contratante que aderiu a plano de previdência privada do qual constava a aquisição de cotas que lhe asseguravam participação nos lucros, além da construção de uma unidade hospitalar, tendo o autor posteriormente descoberto que " o hospital permaneceu no plano das miragens, e assim as demais vantagens prometidas aos subscritores das quotas". Além de a obra sequer ter sido iniciada, sequer foi comprado o terreno onde ocorreria a construção.

No caso, mesmo existindo prazo adicional para a realização da obra, considerou-se perfeitamente admissível a resolução do negócio, tendo o tribunal, ademais, concluído que "ofende todos os princípios de comutatividade contratual pretender que os subscritores de quotas estejam adstritos à integralização de tais quotas, sob pena de protesto dos títulos".[47]

---

[45] *Exceções substanciais*: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 293.
[46] *Ibid.*, p. 294.
[47] TJRS, 1ª Câmara Cível, apelação cível nº 582000378, j.8.2.83, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, RJTJRS

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da apelação cível nº 154.348-2 (11ª CC, Rel. Des. Laerte Nordi, j.22.03.90, RT 661/82-83), admitiu o pedido de resolução antecipada de contrato de compromisso de compra e venda relativo a imóvel objeto de incorporação imobiliária, haja vista o não registro dos documentos previstos no art. 32 da Lei nº 4591/1964.[48] A ausência de tal registro levou o autor a notificar a empresa ré, que não o atendeu, além de deixar de informar sobre o andamento da obra; diante disso, o autor suspendeu o pagamento das prestações, tendo a ré, então resolvido o contrato:

> Na espécie, a só falta do registro dos documentos do art. 32 não seria bastante para a rescisão, desde que admitido o conhecimento dos autores quanto à omissão em 4 fev. 1987, data da celebração do negócio, conquanto a ré estivesse infringindo a norma orientadora, que deve ser examinada conforme sua letra e não sua finalidade.

97/397. O acórdão é transcrito integralmente no volume 12 da Revista de Direito do Consumidor e comentado por Anelise Becker. Segundo um trecho do voto, "a Dra. Pretora refere que no contrato não estava previsto nenhum prazo para o Centro "construir, instalar e operar estabelecimento hospitalar na Cidade de Porto Alegre". Todavia, considero evidente, como bem alega o apelante, *que isso não significa goze um dos contratantes da faculdade de retardar* ad infinitum *o cumprimento das suas obrigações, e o outro seja obrigado a adimplir as suas com pontualidade, sob pena de protesto dos títulos.* Vejo, aqui, um caso de completo inadimplemento por parte de um dos contratantes. Já transcorreram mais de 5 anos e o Centro Médico Hospitalar existe apenas *de jure*. De fato, essa sociedade, de objetivos tão ambiciosos e capital pequeníssimo, simplesmente não existe mais" (g. n.). *Cf.* BECKER, Anelise, *op. cit.*, p. 68-69.

[48] Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos:
a) título de propriedade de terreno, ou de promessa, irrevogável e irretratável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado;
b) certidões negativas de impostos federais, estaduais e municipais, de protesto de títulos de ações cíveis e criminais e de ônus reais relativante ao imóvel, aos alienantes do terreno e ao incorporador;
c) histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 anos, acompanhado de certidão dos respectivos registros;
d) projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes;
e) cálculo das áreas das edificações, discriminando, além da global, a das partes comuns, e indicando, cada tipo de unidade a respectiva metragem de área construída;
f) certidão negativa de débito para com a Previdência Social, quando o titular de direitos sôbre o terreno fôr responsável pela arrecadeção das respectivas contribuições;
g) memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modêlo a que se refere o inciso IV, do art. 53, desta Lei;
h) avaliação do custo global da obra, atualizada à data do arquivamento, calculada de acôrdo com a norma do inciso III, do art. 53 com base nos custos unitários referidos no art. 54, discriminando-se, também, o custo de construção de cada unidade, devidamente autenticada pelo profissional responsável pela obra;
i) discriminação das frações ideais de terreno com as unidades autônomas que a elas corresponderão;
j) minuta da futura Convenção de condomínio que regerá a edificação ou o conjunto de edificações;
l) declaração em que se defina a parcela do preço de que trata o inciso II, do art. 39;
m) certidão do instrumento público de mandato, referido no § 1º do artigo 31;
n) declaração expressa em que se fixe, se houver, o prazo de carência (art. 34);
o) atestado de idoneidade financeira, fornecido por estabelecimento de crédito que opere no País há mais de cinco anos.

> Ocorre, porém, que os autores, depois de pagarem as prestações por mais de um ano, como reconhece a ré, tinham motivos mais que suficientes para estarem preocupados com o destino da obra e, nessa linha, adotaram a providência corretíssima: notificaram a empresa em 8 ago. 1988, reclamando esclarecimentos sobre o registro e sobre a obra.
>
> A essa altura, incumbia à ré, que sabia da irregularidade, prestar os esclarecimentos solicitados, inclusive tomando medidas imediatas para o registro, a fim de tranquilizar os adquirentes; ao contrário, pretendeu aproveitar-se da suspensão do pagamento das prestações (30 jul. 1987) para rescindir o contrato, numa tentativa extrema de transferir a responsabilidade pelas dificuldades do empreendimento.
>
> Essa conduta foi equivocada e deu causa ao ajuizamento da ação de rescisão, cuja procedência foi bem decretada, no principal, em que pese a diversidade de fundamentos, sempre preservado o respeito à convicção do ilustre juiz *a quo*.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro igualmente admitiu a possibilidade de inadimplemento antecipado em face da falta de autorização dos órgãos municipais competentes para dar prosseguimento à construção, em acórdão da lavra do Desembargador Edson Vasconcelos (apelação cível n º 2003.001.09615, 16ª CC, j.2.9.2003):

> EMPREITADA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. INÍCIO DA OBRA SEM APROVAÇÃO DO PROJETO EM ÓRGÃO MUNICIPAL – ERRO TÉCNICO DO RESPONSÁVEL PELA OBRA – CULPA COMPROVADA – RESCISÃO CONTRATUAL AUTORIZADA. Profissional contratado que, em empreitada para administração e execução de obra de engenharia, inicia os trabalhos sem projeto aprovado, provocando embargo da obra por órgão de fiscalização da Prefeitura Municipal, responde por deficiência técnica, que autoriza a rescisão da avença, correspondendo a infração cometida a responsabilidade por construção clandestina, atividade ilícita, por contrária à norma edilícia, que condiciona a construção à licença prévia da Prefeitura, do que resulta responsabilidade também do construtor que se prestar a executá-las. Essa solidariedade deflui do princípio geral de direito que vincula à falia administrativa, à infração penal ou à ilicitude civil todos os que dela participam voluntariamente. Desprovimento do recurso.

Acima de tudo, o inadimplemento antecipado não pode se constituir num instrumento de opressão à disposição do credor, que deverá agir conforme os limites impostos pelo fim econômico ou social do seu direito, além de observar os parâmetros da boa-fé e dos bons costumes, sob pena de incorrer em abuso de direito (CC, art. 187).[49]

Não se trata necessariamente de mais um instituto pró-crédito, como tantos em nosso ordenamento, mas, sobretudo, de uma exceção[50] que visa preservar a boa-fé objetiva e o princípio da confiança.

O inadimplemento antecipado não se presta a obscurecer outras garantias igualmente admitidas por nossos Tribunais, como o adimplemento substancial, que, mais do que o descumprimento de parte mínima do contratado[51], permite o "balanceamento entre, de um lado, os efeitos do exercício da resolução (...) para o devedor e eventuais terceiros, e, de outro, os efeitos do seu não exercício para o credor, que pode dispor de outros remédios muitas vezes menos gravosos para obter a adequada tutela do seu interesse".[52]

---

[49] O inadimplemento antecipado foi ainda referido na fundamentação do seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO. DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO. RETENÇÃO PELO VENDEDOR DE VALOR PARA RESSARCIMENTO DE DESPESAS ADMINISTRATIVAS E CORRELATAS. Rescisão de compromisso de compra e venda cumulada com devolução total do valor pago proposto pelo promissário-comprador, alegando desemprego. Promitente-vendedora reitera a manutenção do contrato. A rescisão contratual já está configurada pelo descumprimento do comprador" (TJ-SP, apelação cível nº 141.647-4/6-00, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j.26.6.2003). Passa-se a transcrever um trecho da fundamentação do mesmo acórdão: "(...) a discussão se restringe sobre se pode o comprador inadimplente pleitear a resolução do contrato e a devolução das prestações pagas, alegando dificuldades financeiras; contudo, a resposta é não, ante o disposto no artigo 1092 do Código Civil (...). Se prevalecesse a tese acima, com rescisão de contrato de forma unilateral, causaria profundo abalo nas relações comerciais, além do que a cláusula décima quarta prevê que o contrato é irretratável, de acordo com o artigo 25 da Lei nº 6766/1979 (...). Não há dúvida de que o inadimplemento se deu em razão de fato imputável ao devedor comprador, não se aplicando ao caso a teoria da imprevisão, pois nada de anormal ficou demonstrado. Entretanto, no campo das relações de consumo, o comprador está mais sujeito às variadas seduções das técnicas de venda, mas a imputação de mera culpa ao contratar é a que se destaca, uma vez que a razão de empecilhos econômicos para interromper o pagamento não está corroborada com malícia ou má-fé. *Contudo, a culpa é suficiente para deixar o devedor, ora apelado, em situação de responsabilidade, pois o caso caracteriza situação de inadimplemento antecipado do contrato,* o que inclusive é aceito pela doutrina (...). O contrato, em sua essência, já está rescindido, faltando, apenas, a declaração judicial, pois houve a manifestação formal do autor de descumprimento contratual, mesmo porque existe cláusula resolutiva expressa por falta de pagamento (...)."(g. n.).

[50] Na definição de Serpa Lopes, *op. cit.*, p. 16, "a característica da exceção consiste em aduzir contra o direito, do qual surge a ação e cuja abstrata existência não se impugna, um direito do réu; enquanto as outras formas de oposição se limitam a excluir de fato o direito do autor. Por conseguinte, arguindo uma exceção, o demandado opõe à pretensão do autor um direito seu, ao passo que, em havendo defesa, se procura excluir o direito pretendido pelo autor. Assim, a defesa não se funda sobre um direito por si mesmo, enquanto a exceção se funda num direito próprio e independente".

[51] Como decidiu a 4ª turma do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 76.362-0-MT, Rel. Min. Ruy Rosado, j.1º.04.1996, EJSTJ 6 (15) 77, em hipótese na qual o segurado somente inadimpliu a última parcela do prêmio, não cabe à seguradora dar por extinto o contrato e negar a cobertura do sinistro, visto que "a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio".

[52] SCHREIBER, *op. cit.*, p. 22-23.

Também deve funcionar como parâmetro para a legitimidade ou não da sua invocação a abusividade contemplada no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, devendo o inadimplemento antecipado observar um critério ainda mais severo de razoabilidade em face da parte vulnerável nas relações de consumo (art. 4º, I, Lei n º 8078/1990).

4. Principais Objeções na Doutrina Nacional

Araken de Assis[53] conclui pela ocorrência de obstáculos de ordem sistemática à resolução decorrente do adimplemento antecipado, baseando-se especialmente no art. 1530 do CC 1916, reproduzido integralmente pelo artigo 939 do CC 2002:

> Art. 939 O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

Tal norma, porém, condiciona a cobrança *ante tempus* à má-fé do credor, subordinando-se à teoria subjetiva da responsabilidade civil, ainda que mediante culpa presumida.[54] Logo, a má-fé do credor que cobra antes do vencimento não pode ser generalizada, sob pena de se premiar a ausência de boa-fé da parte contrária.

Outro inconveniente, mencionado também por Araken de Assis[55], é o art. 580 do Código de Processo Civil, que contempla o chamado *pressuposto de fato* da ação executória, a reclamar o inadimplemento. Tal dispositivo legal teve a redação alterada pela Lei nº 11.382, de 6 dez. 2006, que não trouxe novidade substancial ao texto reformado, apenas modificando a linguagem utilizada.[56]

Tal crítica igualmente improcede, pois, como leciona Humberto Theodoro Júnior[57], "(...) o inadimplemento é figura típica do direito material. *O que toca ao direito processual não é a sua conceituação*, mas definir quando o inadimplemento se torna causa justificadora do processo de execução" (g. n.).

---

[53] *Op. cit.*, p. 107.
[54] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil.* 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 175. A jurisprudência, nesses casos, tem exigido a efetiva prova da má-fé do credor na cobrança antecipada, a exemplo do que se faz com a cobrança de dívida já paga, agora contemplada no art. 940 do Código Civil (STJ, 4ª t., REsp 466.338, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j.4.11.2003).
[55] *Op. cit.*, p. 107.
[56] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*; Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 14-15. Redação primitiva: "art. 580 Verificado o inadimplemento do devedor, cabe ao credor promover a execução. Parágrafo único. Considera-se inadimplente o devedor que não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença, ou a obrigação, a que a lei atribuir a eficácia de título executivo". Redação atual: "art. 580 A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo".
[57] *Idem.*

Araken de Assis invoca ainda o art. 618, III do CPC, que comina de nulidade a execução instaurada antes do implemento do termo. No entanto, este suposto obstáculo de ordem formal igualmente não pode subsistir em face das hipóteses de inadimplemento antecipado, em homenagem aos princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, erigidos em objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, na forma do art. 3º, I da Constituição Federal.

5. Aplicação Analógica do Artigo 477 do Código Civil – Efeitos do Inadimplemento Antecipado

Parte da doutrina defende, ao invés de se igualar tais hipóteses ao adimplemento, a aplicação analógica do artigo 477 do Código Civil, que contempla a diminuição superveniente no patrimônio de uma das partes[58]:

> Art. 477 Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

A partir do momento em que a parte obrigada a prestar em primeiro lugar toma conhecimento das circunstâncias que mostram ou deixam claramente recear que o outro contratante não terá condições de cumprir a contraprestação a que se obrigou, aquela fica autorizada a cessar ou reter a sua prestação até que o segundo efetue a sua, ou preste caução suficiente.[59]

Tal norma, pondera Anderson Schreiber, tem a vantagem de substituir o exercício do direito de resolução por um remédio menos drástico e mais compatível com a situação de incerteza que ainda pende sobre o cumprimento da prestação no futuro, autorizando ao contratante, portanto, recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que a outra parte satisfaça a que lhe compete ou lhe dê garantia bastante de satisfazê-la.[60]

Não se exclui, porém, a possibilidade de resolução, segundo o entendimento acima, apenas para os casos em que o cumprimento da obrigação no vencimento esperado se afigurasse, desde já, impossível, mas não para a mera improbabilidade do cumprimento.[61]

A solução acima proposta é compatível, como visto no breve exame da legislação estrangeira, com a terceira opção dada ao contratante pelo §2-610 do *Uniform Commercial Code* norte-americano, tendo o inegável mérito de prestigiar

[58] SCHREIBER, *op. cit.*, p. 12-13.
[59] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República.* vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 129.
[60] SCHREIBER, *op. cit.*, p. 13.
[61] *Idem.*

o princípio da conservação dos contratos. Não se justifica, em toda e qualquer hipótese, a resolução do contrato, sob pena de ofender a segurança jurídica. Sua aplicação é perfeitamente factível nos casos de impossibilidade temporária ou simples dificuldade no cumprimento da prestação, que, como visto, ficam de fora das hipóteses de inadimplemento antecipado.

Porém, comentando o art. 1092, parte final do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 477 do atual CC, observa Carvalho Santos que "a diminuição do patrimônio deve ser de tal ordem que seja capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação devida"[62], circunstância essa bastante específica e não passível de generalização.

Numa comparação com o sistema alemão, que, ao reforçar o vínculo obrigacional, torna a opção pela resolução como subsidiária, somente para os casos de inexecução total ou inexecução de cláusula essencial, obtempera Ruy Rosado de Aguiar Jr. que tal solução não é compatível com o direito brasileiro, nos casos de inadimplemento da obrigação no seu termo final[63]:

> No nosso sistema, porém, não se pode dizer que o direito da parte não inadimplente de pedir a resolução seja subsidiário. O nosso instituto gira sobre dois eixos: de um lado, admite-se amplamente a resolução dos contratos bilaterais por incumprimento da prestação, com culpa ou, em alguns casos, até sem culpa do devedor, o que facilita a incidência do instituto; mas, de outro lado, impõe-se à resolução legal a formalidade do processo judicial, o que é um expediente a dificultar a sua utilização. O balanceamento dessas regras enseja a configuração de um sistema harmônico, do qual não se pode dizer seja a resolução expediente excepcional e subsidiário, pois a opção do credor não sofre restrições de monta, que levam a induzir a existência de uma subsidiariedade na opção resolutiva; ao mesmo tempo, a exigência de sentença judicial permite adequado controle na escolha efetuada pelo credor em utilizar-se da via resolutiva, onde joga importante papel (até hoje inaplicado, em nosso meio, convenientemente) o princípio da boa-fé e suas derivações, com o fim de cercear o uso incorreto do direito de extinção.

Observa Giovanni Persico que, quando se trata da resolução do contrato, portanto, a declaração de não adimplir pode ser posteriormente contestada, não demonstrada ou retirada antes da propositura de ação judicial, ou sequer confirmada no próprio juízo. Somente na hipótese de ser confirmada judicialmente poderá produzir-se a resolução.[64]

---

[62] *Código Civil Brasileiro Interpretado*. vol. XV. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 242.
[63] *Op. cit.*, p. 50-51.
[64] *L´eccezione d´inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 112. Porém, esclarece o autor, *idem*, que,

Embora a norma do art. 477 forneça, em diversos casos, remédio eficaz para a tutela do interesse do contratante obrigado a prestar em primeiro lugar, isso nem sempre ocorrerá, especialmente nos casos em que o inadimplemento antecipado resulta da conduta do devedor, que declara, expressamente ou mesmo tacitamente, que não irá cumprir sua prestação.

Neste último caso, a simples retenção da prestação mostra-se inócua, mostrando-se mais eficaz o recurso à execução específica da obrigação, ou, caso esta se mostre impossível, à resolução do contrato.

O primeiro efeito do inadimplemento antecipado é o dever de indenizar os danos causados, devendo-se, com base na figura dos danos emergentes e lucros cessantes, "verificar qual o valor do benefício que a parte prejudicada teria com o cumprimento da obrigação e, deste valor, deduzir os eventuais custos e gastos que ela incorreria (por exemplo, com o pagamento da outra parte, com custos operacionais etc.)".[65]

Além disso, confere-se ao credor a possibilidade de resolução do contrato, conforme o artigo 475 do Código Civil, podendo o interessado, ainda, optar pela execução específica da obrigação, na forma dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e dos artigos 249 a 251 do Código Civil.[66]

Conforme a atual sistemática das obrigações de fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Entre tais medidas, poderão ocorrer a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário, com requisição de força policial (CPC, art. 461, § 5º).

Trata-se, na superação do dogma da intangibilidade da vontade humana, de medidas substitutivas (atividades) capazes de, prescindindo da vontade do obrigado, produzir a mesma situação física final (resultado) que ao credor era lícito esperar deste.[67]

---

contrariamente à resolução, quando se trata da aplicação do princípio *inadimplenti non est adimplendum*, nenhum prejuízo resulta de um sucessivo adimplemento do contrato ou da sua resolução. Em se tratando de um remédio puramente temporário, basta a simples declaração de não querer adimplir para legitimar o inadimplemento da outra parte.

[65] MARTINS, *op. cit.*, p. 181.

[66] Anelise Becker considera que "a regra da *antecipated breach of contract* só não é aplicável onde a indenização por perdas e danos não é remédio adequado para a violação, *i.e.* onde o contrato mostra-se próprio para uma execução específica ou onde o que foi realizado e a parte faltante são em grande medida interdependentes. Isto ocorre quando a prestação a cargo do devedor já foi iniciada e se encontra de tal modo completa que seria impraticável estimar os danos por ele sofridos; ou quando terminar os trabalhos diminuiria os danos do proprietário da obra ou, pelo menos, não os agravaria. Em tais hipóteses, a parte, não obstante a recusa da outra, deve continuar e completar a sua prestação". BECKER, *op. cit.*, p. 74. Em face da atual sistemática da execução específica das obrigações de fazer e de dar, porém, não se visualiza qualquer antagonismo em relação ao instituto do inadimplemento antecipado.

[67] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 152-153. Baseia-se o celebrado processualista na "distinção entre o *resultado* que constitui objeto das obrigações de fazer ou não fazer e as *atividades* mediante as quais esse resultado pode ser obtido".

No entanto, a execução específica deve ser manejada com certa parcimônia, especialmente na obrigação de fazer diferida e instantânea, onde o inadimplemento equivale à realização de um único ato futuro, como a pintura de um quadro ou a organização de um serviço de bufê para determinada festa. Em tais situações, observado o disposto no artigo 331 do Código Civil, mesmo configurado o inadimplemento antecipado, tal fato não permitirá ao credor exigir a obrigação antes do vencimento do termo.[68]

Nestes casos, poderá o credor valer-se da mencionada norma do art. 477 do Código Civil, caso verificados os seus requisitos, ou contentar-se com a resolução do contrato e eventual ressarcimento de perdas e danos. No caso da empresa de fornecimento de bufê, por exemplo, não seria possível obrigá-la a prestar o serviço contratado antes do vencimento da obrigação.[69]

Porém, em obrigações que demandam a realização de atos preparatórios, como a obtenção de licença governamental ou a realização de alguma obra específica e prévia, é possível vislumbrar a execução específica para determinar que o devedor pratique tais atos[70], utilizando-se meios coercitivos como as *astreintes*.[71]

6. O Inadimplemento Antecipado como Quebra dos Princípios da Confiança e da Boa-Fé Objetiva

A confiança, ensina Menezes Cordeiro[72], "exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas".

Trata-se, segundo Karl Larenz[73], de um princípio imanente, que, dentro dos limites que em cada caso se lhe assinalem, pode pretender ser tido em conta em todos os ramos do Direito. Porém, adverte: "Nem toda a confiança logra protecção, mas só aquela que parece estar justificada pelas circunstâncias".

Claus-Wilhelm Canaris igualmente considera a responsabilidade pela confiança como um princípio geral do direito[74], decorrente de um imperativo ético-

---

[68] MARTINS, *op. cit.*, p. 186.
[69] *Idem.*
[70] *Idem.*
[71] Acerca das *astreintes,* instituto criado pelos tribunais franceses e positivado pela primeira vez naquele país através da Lei de 5 de julho de 1972, ensina Mário Júlio de Almeida Costa que "trata-se de uma figura intermédia entre a prevenção e a repressão, talvez com alguma prevalência do primeiro aspecto (...). Sintetizando, constituem expedientes meramente *compulsivos* e não executivos, *cominatórios,* enquanto tendem a intimidar o devedor através da simples ameaça de uma condenação, e *indeterminados,* na medida em que a expressão concreta da providência se apresentará maior ou menor, consoante a atitude do obrigado". *Cf.* COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações.* 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 932.
[72] *Da boa-fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 1997. p. 1234. E prossegue (*Idem,* p. 1250): "Nas suas manifestações subjectiva e objectiva, a boa fé está ligada à confiança: a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica. Ambas, por fim, carreiam as razões sistemáticas que se realizam na confiança e justificam, explicando, a sua dignidade jurídica e cuja projecção transcende o campo civil".
[73] *Metodologia da ciência do direito.* Tradução de José Lamego. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkiam, p. 515.
[74] *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Tradução de Antonio Menezes

jurídico, protegendo-se as expectativas criadas, ainda que desprovidas de um regime legal preciso e objetivo.[75]

Os princípios gerais de direito constituem normas jurídicas básicas na organização social reveladora do sistema no qual repousa a sociedade[76], desempenhando importante papel em face dos chamados *vácuos legislativos* ou *espaços vazios,* a partir da sua concretização.

A quebra da confiança[77] como fundamento para o instituto do inadimplemento antecipado do contrato é ressaltada por Ruy Rosado de Aguiar Jr.[78]:

> No incumprimento antecipado, não se pode propriamente vislumbrar uma quebra da obrigação principal, porquanto ainda não se ofereceu o momento oportuno para a exigibilidade da prestação, mas existe aí situação que, desde logo, evidencia a impossibilidade da prestação sem nada mais ter-se que esperar;

Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkiam, 1989, p. 79. Para Judith Martins-Costa, "Como um bem cultural que é, dotado de existência necessária à ordem jurídico-social, a confiança é dotada do *caráter de realizabilidade* típico dos fenômenos culturais. Isso significa dizer que, em cada Ordenamento, a confiança encontra particular e concreta eficácia jurídica como fundamento de um conjunto de princípios e regras que permitem, de um lado, a observância do pactuado, conforme as circunstâncias da pactuação, e, de outro, a coibição da deslealdade (em sentido amplo), nesta hipótese possuindo eficácia limitadora do exercício de direitos subjetivos e formativos". MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 29.

[75] FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil.* Coimbra: Almedina, 2004, p. 62. Para o mesmo autor, *op. cit.*, p. 91, o princípio da confiança envolve toda uma teoria jurídica, ou seja, "um conjunto articulado de enunciados através dos quais se persegue uma ordenação dogmática de certas situações jurídicas, se procura explicitar o conteúdo de justiça material que lhe é subjacente e se proporciona um enquadramento de solução para outras situações, nisto se materializando a sua dimensão heurística".

Ensina Luiz Edson Fachin que a confiança pode se revelar num duplo aspecto: "A revalorização da confiança como valor preferencialmente tutelável no trânsito jurídico corresponde a uma alavanca para repensar o Direito Civil brasileiro contemporâneo e suas categorias fundamentais. Expressando o abrigo jurídico de intenções e negociações tendentes à formação de um contrato, a confiança pode mostrar-se numa configuração jurídica de dupla possibilidade. De um lado, a conclusão de contrato por comportamento concludente, cujo rompimento unilateral afeta o interesse contratual positivo ou de adimplemento mediante a quebra de dever jurídico.

De outra parte, ainda mais importante, a violação da confiança pode atingir o interesse negativo ou da boa-fé, gerando em ambas as hipóteses efeitos jurídicos, especialmente indenização, compreendendo danos emergentes e lucros cessantes" *Cf.* FACHIN, Luiz Edson. O "aggiornamento" do direito civil brasileiro e a confiança negocial. *In:*_____ (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 116.

[76] BORDA, Alejandro. *La teoria de los actos propios.* 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.p. 55.

[77] Acerca do denominado *investimento de confiança,* discorre Raphael Manhães Martins: "(...) é importante que, quem quebra a confiança que lhe foi depositada por outra, deve restabelecer a ordem anterior, responsabilizando-se pelo ressarcimento dos prejuízos causados. E, *a contrario sensu,* aquele que investe seus bens materiais, em determinada relação jurídica, que é quebrada pelo comportamento contraditório da outra parte da relação, tem o direito de ser ressarcido, mesmo como uma forma de restabelecer o *status quo ante.* Neste sentido, o que pode parecer um termo vago, como é o caso de 'investimento de confiança', ganha um caráter bastante objetivo e aferível. Se, do ponto dogmático, o 'investimento de confiança' é a opção inconsciente daquele que confia em não se resguardar de todas as possíveis condutas que possam ser contraditórias à conduta inicial de outrem, equivalendo ao sujeito que 'abaixa suas guardas', por outro lado, ela representa um elemento concreto e objetivo da relação. Assim, a proteção do 'investimento da confiança' vem a ser, justamente, a busca deste equilíbrio material que existia antes do comportamento, de quem abusou da confiança de outrem". MARTINS, *op. cit.*, p. 176-177.

[78] *Op. cit.*, p. 128.

> ao menos, *há quebra da confiança quanto ao futuro cumprimento*, não havendo nenhum interesse social na manutenção de um vínculo que, por tais razões, encontra-se ferido gravemente (g. n.).

A expectativa do credor abrange o cumprimento da prestação, no tempo, lugar e forma ajustados, bem como dos deveres instrumentais, anexos e laterais de conduta, decorrentes da boa-fé objetiva, justificando, inclusive, despesas e investimentos feitos em função do contrato, e que se tornaram posteriormente inúteis em virtude das evidências de que a parte contrária irá inadimplir. Esse prejuízo não ocorreria se o credor não tivesse acreditado no efetivo cumprimento do ajustado.[79]

Como sustenta o autor português Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, "a percepção de uma futura impossibilidade ou dificuldade séria de cumprimento é susceptível de vincular o devedor a advertir disso o credor de modo a poupá-lo de prejuízos"[80], o que se inclui no âmbito dos deveres acessórios de esclarecimento e informação.[81]

Da mesma forma, a conduta do devedor geradora do inadimplemento antecipado implica ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, positivada nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil, haja vista a ausência da lealdade esperada do contratante, da fase pré-negocial até a execução e desenvolvimento das relações negociais firmadas.[82]

Ditos princípios, confiança e boa-fé objetiva coexistem, não se podendo falar em uma divisão absoluta entre ambos, ou distinguir aprioristicamente as hipóteses de violação de cada qual[83], haja vista a ausência de limites horizontais para a sua aplicação.[84]

---

[79] FRADA, *op. cit.*, p. 664: "Resulta nessa medida de uma confiança que foi depositada. Coerentemente, a indemnização visará agora colocar o sujeito na posição que ele teria se não tivesse contratado (*rectius,* se não tivesse chegado a acreditar no cumprimento da obrigação convencionada)". O autor utiliza a expressão *dano de confiança,* sustentando a emancipação de tal figura, ligada à proteção das expectativas, em relação aos deveres contratualmente fundados"; na sua visão, tratar-se-ia de um *tertium genus,* distinto da responsabilidade contratual ou delitual.

[80] *Op. cit.*, p. 668.

[81] Ensina Menezes Cordeiro, *op. cit.*, p. 605: "os deveres acessórios de esclarecimento obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação, e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir".

[82] Acerca do tema, é obrigatória a leitura da obra de Franz Wiacker, *El principio general de la buena fe*:" A aplicação judicial do Direito é, como toda interpretação, realização de valor, isto é, uma eleição entre várias valorações possíveis até cujos princípios aquela se orienta". WIACKER, Franz. *El principio general de la buena fe.* 2ª ed. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986, p. 39.

[83] Raphael Manhães Martins procura distinguir as hipóteses de inadimplemento antecipado com fundamento na violação da boa-fé objetiva e da confiança: "(...) estar-se-á diante de uma violação ao princípio da boa-fé objetiva, quando o devedor violar algum dos deveres impostos pelo princípio, como ocorre: i) quando o obrigado coloca-se em posição de impossibilidade de adimplir com a prestação; ii) quando o devedor recusa tacitamente a realizar o cumprimento da obrigação. Por outro lado, há uma violação do dever de confiança que permeia a relação jurídica quando o devedor: iii) recusa, expressamente, cumprir a obrigação que lhe é imposta" *Cf.* MARTINS, *op. cit.*, p. 177. Embora reconhecendo o labor do autor, discordamos da classificação acima, visto que, nas hipóteses apontadas, não se pode vislumbrar uma aplicação isolada da boa-fé objetiva ou da confiança.

[84] Um princípio complementa o outro, a partir da sua combinação mútua, como observa CANARIS, *op. cit.*,

Ambas desempenham papel fundamental na concepção dinâmica[85] ou funcional da relação obrigacional, a ser visualizada como um processo, em contraposição à concepção estática ou estrutural, que a considera basicamente como vínculo, ligando o credor ao devedor.

Menezes Cordeiro esquadrinha, com propriedade, a correlação entre ambos os princípios, considerando a realidade da confiança como um dos fatores materiais da boa-fé objetiva, mas que a esta não se limita, carreando ainda a expressão da solidariedade social: [86]

> A aproximação entre confiança e boa-fé constitui um passo da Ciência Jurídica que não mais se pode perder. Mas ele só se torna produtivo quando, à confiança, se empreste um alcance material que ela, por seu turno, comunique à boa-fé (...) Nas suas manifestações subjectiva e objectiva, a boa-fé está ligada à confiança; *a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica*. Ambas, por fim, carreiam as razões dogmáticas que se realizam na confiança e justificam, explicando, a sua dignidade jurídica e cuja proteção transcende o campo civil. (g. n.)

Isso justifica a adoção do instituto em nosso direito, ainda que inexista uma disposição legal específica a permitir ao credor considerar resolvido o contrato antes do seu termo final. O fundamento constitucional do vencimento antecipado pode ser encontrado tanto no art. 1º, III (que prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento da República) como no art. 3º, I (que coloca entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária), ambos da Constituição da República.

---

p. 95-96: "A combinação mútua dos princípios conduz, no entanto, a certas dificuldades na formação do sistema. Designadamente, surgem aspectos diferenciados, consoante se descrevam os diversos lugares onde um princípio de Direito tem significado jurídico ou se elabore como actua ele num determinado local. É certo, por exemplo, que o facto de os princípios da imputação do risco e da protecção do tráfego não actuarem apenas no quadro da doutrina do negócio jurídico, mas também no enriquecimento sem causa e na responsabilidade civil, constitui uma característica sistemática do Direito vigente. Mas é igualmente próprio do sistema que eles tenham conduzido, no âmbito negocial, ao princípio da interpretação objectiva, no enriquecimento sem causa, à conhecida proibição de ingerência em relações tripartidas e na responsabilidade civjl, à objectivação da bitola da negligência. *Só os dois aspectos levam, de algum modo, à representação plena do sistema, sem que se possam sempre reflectir ou até formular simultaneamente. Eles actuam pois, complementarmente um perante o outro,* para utilizar um termo que é também empregue no domínio da teorização das Ciências naturais" (g. n.).

[85] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 384.

[86] *Op. cit.*, p. 1241 e 1250. Anderson Schreiber igualmente reconhece que a noção de confiança transcende o âmbito de boa-fé, refletindo-se sobre todo o direito civil, e sobre o direito de uma forma geral, visto que "ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas *no outro*, a tutela da confiança revela-se, em um plano axiológico-normativo, não apenas como principal integrante do conteúdo da boa-fé objetiva, mas também como forte expressão da solidariedade social, e importante instrumento de reação ao voluntarismo e liberalismo ainda amalgamados ao direito privado como um todo". SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório;* tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 86 e 89-90.

Bibliografia

AGUIAR Jr., Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução).* Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento.* 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato.* Rio de Janeiro: Brasília, 1977.

ATIYAH, Patrick Selim. *An introduction to the law of contract.* 5ª ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.

BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. *Revista de Direito do Consumidor.* São Paulo, vol. 12, p. 68-78, out./dez.1994.

BORDA, Alejandro. *La teoria de los actos propios.* 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Tradução de Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkiam, 1989.

CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado.* vol. XV. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 1997.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações.* 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1994.

COUTO E SILVA, Clóvis. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____ *A obrigação como processo.* São Paulo: Bushatsky, 1976.

CRANDALL, Thomas D; WHALEY, Douglas J. *Cases, problems and materials on contracts.* 4ª ed. New York: Aspen Publishers, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. O "aggiornamento" do direito civil brasileiro e a confiança negocial. *In*:_____ (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARNSWORTH, E. Allan; YOUNG, William F.; SANGER, Carol. *Contracts:* cases and materials. 6ª ed. New York: Foundation Press, 2001.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil.* Coimbra: Almedina, 2004.

FRADERA, Vera Maria Jacob. A quebra positiva do contrato. *Ajuris*. Porto Alegre, vol. 44, p. 144-152, nov. 1988.

JAMES, Philip S. *Introduction to English law*. 12ª ed. London: Butterworths, 1989.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkiam.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais:* exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no Direito brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, vol. 391, p. 160-188, maio/jun. 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____ . *Comentários ao novo Código Civil*. vol. V. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Mc KENDRICK, Ewan. *Contract law*. London: Macmillan, 1990.

MOSCO, Luigi. *La risoluzione del contratto per inadimpimento*. Napoli: Eugenio Jovene, 1950.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERSICO, Giovanni. *L´eccezione d´inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1955.

SAVI, Sérgio. Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações:* estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 32, p. 03-27, out./dez. 2007.

_____. *A proibição de comportamento contraditório*. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*; Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WIACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. 2ª ed. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986.

Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Luiza Helena Torezani
Coordenação-Geral

Márcio Paulo Veloso Ferreira
Supervisão

Ana Montenegro
Produtora Executiva

Viviane Silva de Paulo
Organização de Conteúdo

Rebeca Aismini
Coordenação de Editoração
Projeto Gráfico e Desgin

Rodrigo Silva França
Matheus Flausino
Igor Lyra
Apoio de produção

Assinatura da Versão Digital

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo e-mail: *rmp@mprj.mp.br*

Envio de trabalhos para publicação

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares.

Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no site:

www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp

Trabalhos para publicação e outras informações podem ser comunicados pelo e-mail:

rmp@mprj.mp.br

Visite o nosso repositório online:
www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp