

TÍTULO I

Conceito e Classificação dos Fatos Jurídicos

CAPÍTULO VI

Conceito de Fato Jurídico

§ 25. A concepção tradicional de fato jurídico

O direito romano não conheceu, em plano doutrinário, a teoria do fato jurídico. Aliás, nem de fato jurídico, especificamente, cuidaram os juristas romanos, por isso que não há uma expressão latina própria para mencionar a espécie. Em seu *pluralismo empírico*, os romanos usavam expressões diversas, como *actus*, *actum*, *causa*, *gestum*, *negotium*, *factum*, entre outras com sentido mais específico, como *contractum*, *pactum*, *stipulatio*, para se referirem às circunstâncias que influíam nas situações jurídicas.

Parece ter sido Savigny quem primeiro empregou a expressão fato jurídico (*juristische Tatsache*), definindo-o:

“Chamo fatos jurídicos os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e terminam”¹¹⁰.

A definição de Savigny, naturalmente, sofreu a crítica da doutrina pela razão de se haver limitado a referir o nascimento e a extinção das relações jurídicas, sem mencionar as transformações por que elas passam e outros efeitos que se verificam, também, em virtude dos fatos jurídicos.

Muitas outras definições têm sido propostas no sentido de corrigir as palavras de Savigny, na sua grande maioria, principalmente entre os

110. Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, v. II, p. 142.

juristas de língua latina, adotando esse critério de mencionar a eficácia que pode decorrer do fato jurídico.

Assim, apenas como exemplo, a de Santoro Passarelli¹¹¹:

“São fatos jurídicos os que produzem um evento jurídico que pode consistir, em particular, na constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, ou, também, na substituição duma relação nova a uma relação preexistente, e, ainda, na qualificação duma pessoa, duma coisa ou de um fato”.

Essas definições, como se vê, ressaltam a função que o fato jurídico tem no mundo do direito, qual seja, a de produzir efeitos jurídicos, por isso que as poderíamos denominar definições funcionais. Mas, conforme tivemos ocasião de aludir e demonstrar, a eficácia jurídica não é elemento essencial do fato jurídico, tanto assim que há fatos jurídicos que existem, validamente, e deixam de existir sem haver produzido seus efeitos jurídicos específicos, como acontece com o testamento revogado pelo testador, *e. g.* É verdade indiscutível que a finalidade precípua do fato jurídico reside na produção de efeitos jurídicos, porque seria até sem sentido, mesmo ilógico, que se imaginassem fatos jurídicos sem qualquer utilidade para a realidade da vida humana no plano de suas relações interpessoais e que constituíssem meras entidades formais, puramente abstratas.

Mas a constatação dessa verdade não pode eliminar a outra de que há fato que, embora concebido para gerar efeitos jurídicos, em certas circunstâncias pode não gerá-los, sem que se descaracterize, todavia.

A lógica tradicional sugere que uma definição deve conter a indicação do *genus proximum* e da *differentia specifica*, em razão do que aquilo que se define se torna espécie individualizada e distinta das demais. Especialmente na menção à *differentia specifica* é que se precisa ter o cuidado de indicar elementos que sejam definitivos, próprios e indispensáveis de sua estrutura, e não contingentes. Uma atitude científica há de se fixar na referência a dados que são essenciais e que, por si sós, bastem à caracterização do definitivo. Ora, se quisermos precisar a *differentia specifica* do fato jurídico aludindo, também, a elemento essencial, não o poderemos fazer, parece evidente, através da eficácia jurídica, por duas razões significativas: a) a eficácia não lhe é essencial e b) sendo a eficácia resultado do fato jurídico, não é conveniente defi-

¹¹¹. Teoria geral do direito civil, p. 79.

nir a causa pela consequência, porque quando tivermos de definir a consequência teremos de nos reportar à causa e, assim, estará estabelecido um ciclo vicioso.

§ 26. A concepção de Pontes de Miranda

A doutrina germânica, elaborada inicialmente pelos Pandectistas, identificou os elementos essenciais da estrutura do fato jurídico, sem contudo se despregar, inteiramente, da menção aos efeitos jurídicos, quando procuraram defini-los. A conceituação de Windscheid representa muito bem essa orientação:

“Um direito nasce, extingue-se, modifica-se — isso quer dizer: é consequência da real atuação daquele fato ao qual o ordenamento jurídico liga o ser, não ser, o ser diversamente do direito. Desse fato se diz que ele gera, suprime, modifica o direito; isso que realmente se efetiva é a declaração do ordenamento jurídico relacionada a este fato”¹¹².

Autores mais modernos, com trabalhos realizados, já vigente o BGB, trouxeram contribuições relevantes ao aperfeiçoamento do conceito de fato jurídico¹¹³.

Deve-se, porém, a Pontes de Miranda, a melhor conceituação do fato jurídico, porque, analisando os seus elementos estruturais essenciais, fixou-lhe o contorno de modo preciso e definitivo. Estas suas palavras resumem muito bem o seu pensamento:

“... o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico (...) no suporte fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou ainda se contém fatos jurídicos. Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade”¹¹⁴.

¹¹². Windscheid, *Diritto delle pandette*, v. I, p. 253. Veja-se também Dernburg, *Pandette*, v. I, 1ª Parte, p. 230.

¹¹³. Podemos citar, entre tantos outros, já referidos no texto, Von Tuhr, Oertmann, Lehmann, Enneccerus, Kipp, Wolff, Thon, nas obras que estão registradas na bibliografia.

¹¹⁴. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. I, p. 77.

CAPÍTULO VII

A Classificação do Fato Jurídico

§ 27. À procura de um critério

A doutrina tem procurado elaborar uma taxionomia dos fatos jurídicos usando critérios os mais diversos.

i) Classificação segundo os efeitos

Muitos distinguem as várias espécies de fato jurídico tomando por fundamento os efeitos que podem produzir. De acordo com essa orientação, considerando que os fatos jurídicos constituem, modificam ou extinguem relações jurídicas, os fatos são classificados em constitutivos, modificativos ou extintivos.

ii) Classificação segundo a natureza dos fatos

Outros, diferentemente, procuram estabelecer a classificação mencionando dados fácticos encontráveis na sua configuração. Assim, por exemplo, Orlando Gomes, que ensina:

“os fatos jurídicos agrupam-se em duas grandes categorias:

(a) acontecimentos naturais;

(b) ações humanas.

No primeiro grupo compreendem-se:

(a) acontecimentos naturais ordinários;

(b) acontecimentos naturais extraordinários.

.....
No segundo grupo enquadram-se:

(a) ações humanas de efeitos jurídicos voluntários — atos jurídicos *lato sensu*;

(b) ações humanas de efeitos jurídicos involuntários — atos ilícitos”¹¹⁵.

¹¹⁵ *Introdução ao direito civil*, p. 226-7. É preciso destacar que o próprio Orlando Gomes adota a classificação dos fatos jurídicos segundo a doutrina germânica em sua obra *Transformações gerais do direito das obrigações*.

iii) Crítica a esses critérios

Tais critérios são, porém, passíveis de críticas que demonstram a sua inconsistência científica. Senão vejamos.

(a) A tentativa de classificar os fatos jurídicos segundo seus efeitos enfrenta obstáculos incontestáveis, quando se constata que:

(a.a) é cientificamente condenável a identificação do ser pelas suas consequências, pois que estas lhe são posteriores e dependentes;

(a.b) a gama de efeitos jurídicos identificáveis pela doutrina não se limita aos que constituem, modificam ou extinguem as relações jurídicas, mas inclui outras espécies que não se enquadram naquelas; torna-se, assim, evidente que, para se conseguir elaborar uma classificação exaustiva dos fatos jurídicos com fundamento em sua eficácia, seria necessária uma catalogação bem mais vasta, a fim de atender a todos aqueles casos que os juristas soem *isolar no mundo jurídico*;

(a.c) há situações em que o fato jurídico não produz seus efeitos, como há situações em que o fato jurídico produz mais de um efeito, diferentes, o que, naturalmente, dificultaria a sua inclusão em uma das classes.

Parece indiscutível, por isso, que esse critério não tem cunho científico, parecendo mais obra de alquimista, motivo pelo qual se vê, hoje, pouco seguido.

(b) A classificação proposta pela indicação de elementos fácticos encontráveis em sua configuração também peca por imprecisão e por se mostrar insuficiente para abranger todas as espécies possíveis. No exemplo que tomamos acima, não foram considerados os fatos jurídicos que são constituídos por “ações humanas de efeitos involuntários”, que, de modo algum, são ilícitas. A especificação, e. g., não é ilícita, mas resulta de ação humana cujos efeitos jurídicos são involuntários. A realização de uma obra de arte também. Além disso, as espécies ilícitas que não decorrem de ações humanas, mas resultam de acontecimentos naturais cuja eficácia é o dever de indenizar (avulsão, por exemplo), não têm como ser catalogadas aqui.

§ 28. A proposta de Teixeira de Freitas

Notável tentativa de sistematizar uma classificação dos fatos jurídicos foi desenvolvida por Teixeira de Freitas no seu *Esboço de Có-*

digo Civil (Título I da Seção III do Livro Primeiro, Parte Geral, especialmente arts. 431 a 444). Conforme essa classificação, *o fato em geral* (= fato jurídico *lato sensu*) compreende: *atos exteriores* (= fato jurídico *stricto sensu*) e *atos humanos* (atos). Os fatos humanos são *involuntários* ou *voluntários*. Os fatos humanos *involuntários* são *necessários* (= atos praticados sem liberdade, que correspondem às causas de exclusão de ilicitude: legítima defesa, estado de necessidade, por exemplo, ou *fortuitos*, cujo conceito — “ações ou omissões involuntárias” — se aproxima ao de *ato-fato jurídico*). Os fatos humanos *voluntários* (= atos jurídicos *lato sensu*) são *atos lícitos* ou *atos ilícitos*. Os atos lícitos se dividem em *simplesmente lícitos* (quando, não tendo por fim imediato a aquisição, modificação ou extinção de direitos, somente produzem os efeitos que forem expressamente atribuídos pela lei — conceito assemelhado ao de ato jurídico *stricto sensu*) e *atos jurídicos* (= negócio jurídico).

Parece evidente, de uma análise da proposta de Teixeira de Freitas, ter ele conseguido elaborar uma taxionomia bem mais exaustiva dos fatos jurídicos do que aquela adotada pela doutrina até então conhecida, pondo-se, assim, muito à frente da literatura jurídica de seu tempo. Além disso, a precisão de sua classificação excede bastante não somente aquelas de sua época, como mesmo o esforço da doutrina germânica inspirada nos notáveis trabalhos de Manigk, que lhe são posteriores (o primeiro dos livros importantes desse jurista — *Das Anwendungsbereich der Vorschriften über Rechtsgeschäfte* — foi publicado em 1901, em Breslau, enquanto o *Esboço* é de 1860). A nítida distinção entre o ato jurídico em geral (denominado fato humano voluntário) e o ato-fato jurídico (*ato humano involuntário fortuito*) é bem exemplo dessa maior precisão. Nem Manigk, nem a doutrina germânica, que o seguiu, nem os doutrinadores italianos fazem, ainda, hoje, essa distinção, pois tratam como ato jurídico o ato-fato, que não tem a mesma natureza. A classificação resultante da Ciência Jurídica alemã somente obteve precisão indiscutível com a reelaboração levada a efeito por Pontes de Miranda, outro extraordinário cientista jurídico.

Da proposta de Teixeira de Freitas podemos discordar da terminologia, que nos parece menos adequada e expressiva que a usual hoje em dia, por influência dos alemães. Esse defeito, no entanto, não pôde ser corrigido pela discussão e pela crítica, em virtude do ostracismo a que sua obra foi relegada no Brasil, como decorrência do abandono de seu Projeto do Código Civil (modestamente deno-

minado *Esboço*)¹¹⁶. Não fora a mediocridade reinante a seu redor, a obra extraordinária de Teixeira de Freitas teria tido campo fértil para desenvolver-se e, vingado o seu projeto, este País poderia orgulhar-se de ter tido um Código Civil não somente original, mas muito à frente das demais legislações do mundo. Mais que isso, teria sido oferecida à Ciência Jurídica da época uma obra de inestimável valor científico, porque, apesar de se tratar de um trabalho legislativo, seu conteúdo consubstancia os conceitos da mais profunda ciência. A respeito, vejam-se Pontes de Miranda, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*; o nosso *Roteiro para uma história do direito civil brasileiro — a fase pré-codificada*; e Silvio Meira, *Teixeira de Freitas, o jurisconsulto do Império*.

§ 29. O critério adotado

1. Classificação segundo o elemento cerne do suporte fático

Uma classificação deve, como uma definição, individuar as espécies considerando dados essenciais que lhes são próprios e exclusivos, portanto, que as caracterizam e as distinguem das demais. Por isso, elementos acidentais ou comuns a mais de uma espécie não podem servir de base a uma taxionomia. Quando se trata de fatos jurídicos, a sua substância reside nos dados essenciais que integram o seu suporte fático, tal como descritos nas normas jurídicas. Os suportes fáticos são compostos por vários elementos, dentre os quais *um* constitui o *cerne* do próprio fato jurídico, portanto, o elemento nuclear básico que o define e caracteriza como espécie.

Levada pela constatação dessa realidade, a doutrina germânica do começo do século passado, inspirada especialmente nos estudos de Manigk, Biermann, Kipp, Eltzbacher, Von Tuhr, Klein, desenvolveu a

¹¹⁶. Dizemos no Brasil porque a sua influência na literatura jurídica do Continente Sul Americano é notável, especialmente na Argentina. Não há obra de peso na literatura jurídica civilística argentina que não se fundamente nas lições de Teixeira de Freitas — a que chamam Freitas, apenas — e cujo *Esboço de Código Civil* serviu de importante fonte do Código Civil da República Argentina, segundo o projeto de autoria de Vélez Sársfield. Hoje, no Brasil, a obra de Teixeira de Freitas está sendo posta no seu devido lugar, felizmente.

análise mais profunda do problema da classificação dos fatos jurídicos, minudenciando as categorias possíveis e identificando-as mediante a indicação de características essenciais de cada uma¹¹⁷. Apesar de haver conseguido *isolar* as várias espécies classificáveis, a doutrina germânica não alcançou uma precisão satisfatória, do ponto de vista científico, na categorização dos fatos jurídicos em geral¹¹⁸.

Deve-se, na verdade, mais uma vez a Pontes de Miranda, "após acurado estudo dos fatos jurídicos, a partir da revisão dos processos lógicos e metodológicos empregados para classificar os fatos jurídicos", a precisão classificatória, segundo a rigorosa aplicação do critério de individuá-los com fundamento nos dados nucleares (cerne) de seu suporte fático. A partir dessa orientação metodológica, podemos identificar como elementos nucleares (cerne) diferenciais: *a*) a conformidade ou não-conformidade do fato jurídico com o direito, *b*) a presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático tal como descrito hipoteticamente na norma jurídica.

Esse critério, que tem indiscutível caráter científico, uma vez que se funda em dado invariável do fato jurídico (o elemento cerne do suporte fático hipotético), conduz a que se possa classificar qualquer de suas espécies com um grau de certeza praticamente absoluto. Basta conhecer a descrição normativa do suporte fático para que se possa identificar de qual espécie se trata. O erro que porventura possa existir ficará sempre por conta da má interpretação da norma.

117. Até então, como acontece ainda hoje com os doutrinadores franceses, os fatos jurídicos (*lato sensu*) eram classificados em fatos jurídicos e atos jurídicos, uma divisão que tem suas origens no século XVI, quando começou a ser usada a expressão *ato jurídico*, desconhecida até aquela época. Os romanos, cujos ensinamentos jurídicos sempre dominaram o pensamento ocidental, não conheceram, como já nos referimos, uma teoria do fato jurídico. Nas fontes romanas encontramos várias expressões que correspondem à idéia de fato jurídico, tais como *causa*, *negotium*, *gestum*. Nenhuma, porém, que se assemelhe a fato jurídico ou ato jurídico.

118. Ainda hoje os autores germânicos, como os italianos e de outras nacionalidades que receberam a influência da doutrina alemã, classificam o ato-fato jurídico — a que denominam *Realakt* (ato real) ou *Tathandlung* (ato material) — dentre os atos jurídicos. Essa atitude nos parece defeituosa, pelas razões que aduzimos quando estudamos o ato-fato jurídico.

§ 30. Conformidade e contrariedade a direito

I. Considerações gerais

A observação dos fatos da vida, sob o prisma da juridicidade, revela que:

(a) há fatos que se concretizam, exatamente, em conformidade com as prescrições jurídicas e se constituem, por esse motivo, na própria realização afirmativa da ordem jurídica; são os fatos conformes a direito, ditos, também, lícitos;

(b) há outros, no entanto, cuja concreção representa violação das normas jurídicas e implica, assim, a negação do direito; são os fatos contrários a direito, geralmente chamados ilícitos¹¹⁹.

Examinada a natureza desses fatos e fixados os seus pressupostos de existência, chega-se à conclusão de que entre eles há características:

(a) *comuns*, que os identifica genericamente como fatos jurídicos, tais como:

(a.a) tanto os fatos contrários a direito, como os conformes a direito, constituem suporte fático de normas jurídicas; por isso, à sua concreção no mundo recebem a incidência das normas que os prevêm e passam, então, a integrar o mundo jurídico;

(a.b) ambas as espécies têm consequências específicas sobre as relações jurídicas, tanto para criar, como para extingui-las ou modificá-las;

(b) e *particular*, típica e ineliminável, que integra, com essencialidade, o cerne do próprio fato jurídico e os diferencia, definitivamente, entre si: a conformidade ou não-conformidade com o direito.

119. Essa terminologia e classificação foram propostas, primeiramente, por Eltzbacher (*Handlungsfähigkeit*, v. I, p. 78), referindo-se, porém, a atos conformes a direito ou contrários a direito. Enneccerus a ela se opôs, sob a alegação de que não haveria "uma só disposição que possa aplicar-se a todos os atos conformes a direito" (*Tratado de derecho civil*, t. I, v. 2ª, p. 8-9). O argumento é falso, porque aos atos conformes a direito, por serem lícitos, se aplicam todas as regras relativas à licitude, portanto, o grosso das normas jurídicas. É necessário considerar que se dá grande importância à ilicitude exatamente por se tratar de situação teratológica, que, por isso mesmo, é excepcional em face da normalidade da vida social. Mais se cumpre do que se descumpra o direito, já observara Eugen Ehrlich. Por isso, o direito se destina aos fatos lícitos; evita dos ilícitos pela necessidade de reprimi-los e corrigir os seus efeitos nocivos, somente.

2. Divergências doutrinárias

Que há fatos contrários a direito, geralmente denominados ilícitos, nenhum autor nega¹²⁰. Discute-se, no entanto, doutrinariamente, se os fatos ilícitos seriam fatos jurídicos.

Os doutrinadores que negam se possa considerar jurídico o fato ilícito geralmente sustentam a sua opinião com dois argumentos principais, a saber:

(a) configuraria uma contradição incontornável considerar-se *jurídico* aquilo que, por sua natureza, é *contra o jurídico* (= contra o direito);

120. Empregamos, preferencialmente, as expressões *fatos contrários a direito* e *fatos conformes a direito* porque têm uma abrangência semântica maior que as palavras *ilícito* e *lícito* e, assim, podem expressar, com inteireza e sem ambigüidades, as realidades que nomeiam (*vide* nota anterior). Como se deve ter observado, a referência que fazemos é a fato contrário a direito, portanto não somente a *ato*, como costuma a grande maioria dos autores. E o fazemos porque é indubitável que a contrariedade a direito não resulta, apenas, de *ato ilícito*, mas também de simples fatos da natureza ou do animal que, ligados a alguém, atingem a esfera jurídica de outrem, causando-lhe prejuízo. Caso fortuito ou de força maior, quando alguém responde pelos prejuízos causados, é fato contrário a direito (fato *stricto sensu* ilícito) e gera a obrigação de indenizar (Código Civil, art. 399).

A responsabilidade que dele decorre é atribuição que os ordenamentos jurídicos criam, concebendo um nexo entre o homem e o fato (= concepção transubjetiva da responsabilidade civil), às vezes, até, independentemente de culpa, ou outro conteúdo psicológico qualquer, daquele a quem é imputável. Essa responsabilidade pode ter fundamento na ilicitude (se há contrariedade a direito e imputabilidade) ou em consequência de ato-fato, se não há contrariedade a direito. O cerne da ilicitude consiste, precisamente, em ser o fato — evento ou conduta — *contrário a direito*, no sentido de que nega os valores e os fins de ordem jurídica, violando as suas normas e princípios, e é praticado ou está vinculado a alguém imputável. Nem a culpa na prática do ato nem o dever de indenizar os danos constituem elementos essenciais à caracterização do ilícito. Portanto, pode haver dever de indenizar sem que haja ilícito, como pode haver ilícito sem dever de indenizar. Também não se exige, como condição essencial, que haja culpa para que se caracterize o ilícito.

A contrariedade a direito é condição objetiva que se configura por ter sido violada a ordem jurídica. Se a ordem jurídica admite o fato como legítimo, não há ilícito quando esse fato ocorre e causa dano a terceiro, porque aí não existe contrariedade a direito. Por isso o ato em legítima defesa ou em estado de necessidade jamais é ilícito, mesmo quando obriga a indenizar. A matéria será melhor examinada quando analisarmos as diversas espécies de fatos contrários a direito e atos-fatos jurídicos.

(b) se a função do fato jurídico, mais especificamente do ato jurídico, consiste em criar *direitos* ou obrigações para a pessoa que o praticou, segundo a sua vontade, e se o ato ilícito *cria obrigação*, e somente obrigação, para o responsável, independentemente de sua vontade e até contra ela, esse fato não poderia ser considerado jurídico.

Essas objeções, no entanto, não nos parecem consistentes, se as analisarmos em face dos critérios científicos que vimos desenvolvendo, até agora, no trato dos fenômenos jurídicos. Senão vejamos.

(a) O argumento de que seria uma contradição ter-se por jurídico um fato ilícito parte de uma atitude falsa, qual seja, a de confundir *jurídico* com *licitude*.

Parece-nos já haver deixado claramente estabelecido que *jurídico* tem um sentido que abrange tudo aquilo, e somente aquilo, que, por força da incidência da norma jurídica, entra no mundo jurídico. Para ser *jurídico* é preciso que o fato esteja previsto como suporte fático de uma norma jurídica juridicizante e receba a sua incidência (ver, antes, Capítulo IV).

Ora, a ilicitude (= contrariedade a direito) constitui, exatamente, elemento nuclear do suporte fático de uma série de atos e fatos que estão regulados (previstos) por normas jurídicas, como são exemplos os artigos do Código Civil sobre o ato ilícito e as normas penais em geral. Além dessas, específicas, há a norma geral, implícita, segundo a qual constitui ilícito todo ato jurídico praticado em infração de norma jurídica cogente. Dessas considerações parece resultar evidente que, do ponto de vista do direito, não existe diferença ontológica entre o *lícito* e o *ilícito*, uma vez que ambos são jurídicos porque, e somente porque, recebem a incidência juridicizante de uma norma jurídica. A diferença que existe entre eles é, em essência, axiológica, nunca ontológica. E tanto é verdadeira essa observação que um fato que hoje seja considerado (= valorado) *ilícito* pode, amanhã, por modificação da norma jurídica, passar a ser considerado *lícito*¹²¹.

É preciso, ainda, ter em mente que os fatos, mesmo os que não sejam repudiados socialmente como prejudiciais, mas, ao contrário, sejam tidos como importantes, e, assim, revistam as características da

121. Exemplo muito atual é o do *aborto*. Até recentemente era considerado crime em todos os países do Ocidente; hoje, começa a ser considerado um ato lícito em muitos deles. Assim também o adultério.

liceidade, não serão jurídicos em virtude disso. Se não houver uma norma jurídica que os juridicize, permanecerão *ajurídicos*, embora possamos dizer que são lícitos. Não há fato por natureza jurídico, mas, somente, por imputação das normas jurídicas.

(b) Segundo procuramos demonstrar (*vide* adiante considerações sobre eficácia jurídica), somente fatos jurídicos produzem eficácia jurídica, isto é, somente fatos jurídicos criam, modificam ou extinguem relações jurídicas, cujo conteúdo é composto de direitos $\rightleftarrows$ deveres, pretensões $\rightleftarrows$ obrigações, ações $\rightleftarrows$ situações de acionado, exceções $\rightleftarrows$ situações de exceptuado. Não há, no mundo jurídico, efeito jurídico, do mais amplo e irrestrito direito à mais simples situação jurídica, que não decorra, exclusivamente, de um fato jurídico.

Considerando essa afirmativa, cuja consistência científica é irrecusável, torna-se evidente que a opinião de que o fato contrário a direito não seria jurídico porque não criaria direitos para quem o praticou, mas, apenas, impor-lhe-ia obrigações, é absolutamente desprovida de valor e veracidade. No campo do direito privado, o fato contrário a direito (como o fato lícito) tem o efeito de gerar uma relação jurídica entre aquele a quem seja imputável (= responsável) e aquele que sofre as suas consequências (vítima). Se A, dirigindo com imprudência seu automóvel, atropela B, estabelece-se entre eles uma relação jurídica, cujo conteúdo básico consiste no direito de B (sujeito ativo da relação jurídica) à reparação do dano sofrido, ao qual corresponde o dever de A (sujeito passivo da relação jurídica) de repará-lo. A relação jurídica que se cria entre o autor e a vítima tem a mesma configuração de uma relação jurídica que decorra de um fato jurídico lícito. A diferença entre elas reside, exclusivamente, na sua origem. De resto, não há distinções, exceto, naturalmente, quanto ao conteúdo de cada uma.

Sob esse aspecto, o fato contrário a direito é tão *jurígeno* quanto o fato jurídico lícito porque, se não cria um direito para quem o pratica, o faz nascer para quem sofre as consequências. O sentido restritivo que se dá ao adjetivo *jurígeno*¹²², de fato que apenas gera direitos e obriga-

122. A expressão *jurígeno* foi proposta por Picard (*Le droit pur*, p. 164) para adjetivar os fatos produtores de direito. Condenava ele a expressão *fait juridique* e sugeria que fosse substituída por *fait jurigène*. Alguns autores, no entanto, dão à expressão *jurígeno* o sentido restritivo de fato que produz direito ou obrigações segundo a vontade das pessoas (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. I, p. 560, por exemplo).

ções para o agente segundo a sua vontade manifestada, não tem fundamento na realidade jurídica: *jurígeno* não é somente o que cria *direitos e obrigações queridos*, mas o que cria direitos e obrigações conforme imputação do ordenamento jurídico, sejam ou não queridos. Basta lembrar que mesmo dos atos jurídicos lícitos, na sua mais lúdica expressão voluntarista, o negócio jurídico, nascem muitos direitos e muitas obrigações que não têm fundamento no *querer* das pessoas, e sim nas imperiosas disposições normativas. Não vemos, portanto, como aceitar a objeção.

3. Importância da classificação

A melhor doutrina sempre destacou a importância fundamental de distinguir os fatos jurídicos *lato sensu* em conformes a direito e contrários a direito, como meio de abranger todas as categorias de fatos jurídicos. Na opinião de Von Tuhr constitui divisão fundamental aquela que distingue entre atos lícitos e atos ilícitos¹²³.

Por todas essas razões, uma classificação dos fatos jurídicos *lato sensu* que pretenda abranger a espécies possíveis e, assim, atender aos rigores da ciência, não pode deixar de ter no elemento conformidade ou não-conformidade com o direito a base para a primeira e grande divisão. De acordo com esse critério os fatos jurídicos *lato sensu* são (a) conformes a direito e (b) contrários a direito.

§ 31. Elemento volitivo cerne do suporte fático

Dentro dessas categorias (conforme a direito e contrário a direito), a classificação das espécies tem em mira um dado que as distingue, definitivamente: a presença, ou não, de conduta humana volitiva à base do suporte fático.

Consoante vimos anteriormente, tanto os simples eventos da natureza e dos animais, como os atos humanos, podem constituir elemento de suporte fático de norma jurídica. Parece evidente que a presença de

123. Von Tuhr, *Teoría general del derecho civil alemán*, v. 2, t. I, p. 118, embora se refira restritivamente a atos jurídicos. No mesmo sentido, Alfredo Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, p. 24.

uma *conduta humana* como componente cerne de suporte fático estabelece uma diferença substancial entre os fatos jurídicos. Analisando o mundo do direito, sob esse aspecto, constatamos que há fatos jurídicos cujos suportes fáticos são integrados:

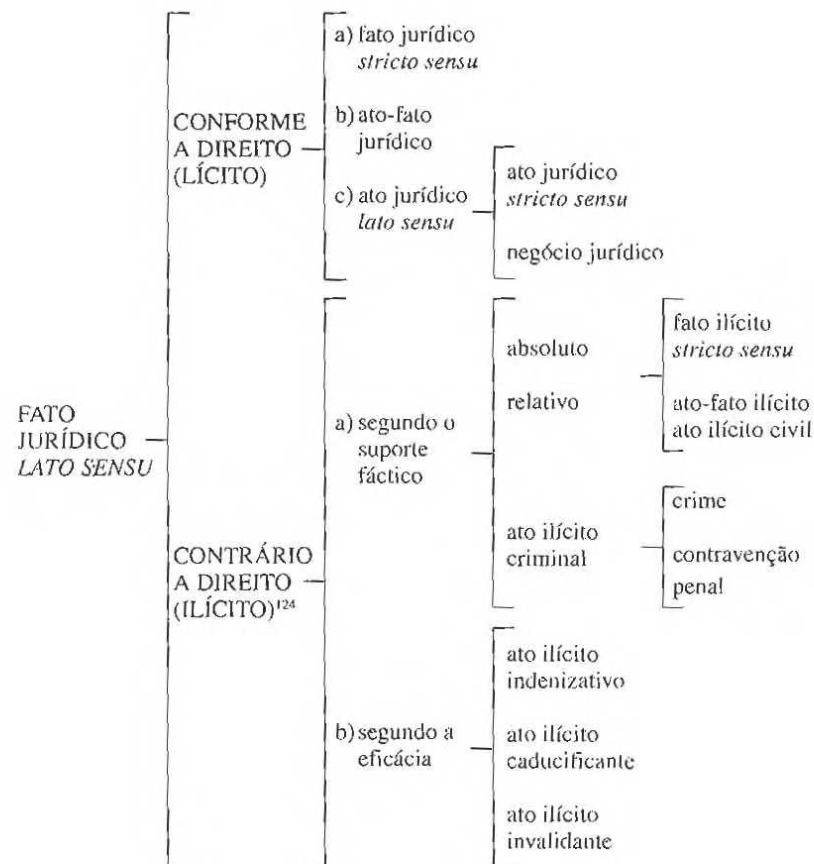
(a) por simples fatos da natureza ou do animal, que prescindem portanto, para existir, de ato humano; são os fatos jurídicos *stricto sensu*, lícitos e ilícitos;

(b) outros, diferentemente, têm à sua base, como elemento essencial (cerne), um ato humano; dentre estes:

(b.a) há alguns em que, embora a conduta humana lhe seja essencial à existência, o direito considera irrelevante a circunstância de ter, ou não, havido vontade em praticá-la, dando mais realce ao resultado fático que dela decorre do que a ela própria: são os *atos-fatos jurídicos*, lícitos e ilícitos;

(b.b) em outros, porém, a *vontade* em praticar o ato não somente é relevante, como constitui o próprio cerne do fato jurídico. São os atos jurídicos *lato sensu*, que se subdividem em *atos jurídicos stricto sensu* e *negócios jurídicos* e *atos ilícitos*.^{123-A}

Considerando os critérios acima expostos, podemos sintetizar a classificação dos fatos jurídicos, no quadro a seguir:



123-A. Embora os atos ilícitos sejam uma espécie dos atos jurídicos *lato sensu*, por uma questão metodológica deles trataremos quando do estudo da ilicitude. Chamamos a atenção para a alteração que fizemos no quadro de classificação dos atos ilícitos, como produto de precisões conceptuais a que chegamos após pesquisa acurada.

124. O emprego do adjetivo *ilícito* para qualificar os fatos contrários a direito justifica-se em razão da usualidade do termo. Apesar das restrições semânticas que ele envolve, conforme mostramos na nota 120, é comum e geral o seu uso na literatura jurídica.

A doutrina não tem atitudes uniformes em relação à classificação que adotamos, como expressada no quadro acima. As principais divergências se desenvolvem em torno das questões a seguir enunciadas:

- (a) haveria fatos jurídicos *stricto sensu*, ou somente atos jurídicos?
- (b) há cabimento para a distinção entre várias espécies de ato jurídico, ou seria um conceito unitário?
- (c) é admissível tratar distintamente, fora da categoria ato jurídico *latu sensu*, o ato-fato jurídico?
- (d) além do ato jurídico *stricto sensu* e do negócio jurídico, não haveria uma nova espécie resultante da massificação das relações sociais?

Por uma atitude metodológica, analisaremos essas questões após a conceituação de cada uma das espécies, por considerar que é essencial o prévio conhecimento e domínio dos conceitos para poder ter a exata compreensão dos problemas e a possibilidade de julgamento da consistência dos argumentos invocados.

§ 32. Critérios para catalogar os fatos jurídicos

Antes de proceder à conceituação de cada espécie de fato jurídico, é necessário que estabeleçamos alguns critérios sobre a conduta que se deve adotar para catalogá-los nas diversas classes.

Consoante procuramos deixar bem claro, a classificação dos fatos jurídicos, sintetizada no quadro que elaboramos, baseia-se no elemento *cerne* do suporte fático, considerado este em sua forma abstratamente definida na norma jurídica. Por conseguinte, o fato jurídico deve ser classificado levando-se em conta o seu suporte fático hipotético e não a configuração que os fatos possam apresentar em sua concreção. Esse critério tem uma consequência de grande importância para o trato científico do problema, uma vez que, observada, evita dúvidas e variações quanto à natureza dos fatos jurídicos e a correta aplicação do direito.

Antes já dissemos que o fato jurídico se caracteriza pelo seu suporte fático, não importando: (a) o nome que lhe seja dado pelos interessados nem (b) a configuração que se pretenda dar aos fatos concretizados.

i) "Nomen iuris" e suporte fático

Assim, se duas pessoas, por exemplo, celebram entre si um contrato para a exploração agrícola de um imóvel, pelo prazo de dez anos,

o assegurado ao dono receber anualmente 10% da produção obtida no imóvel, e dão a esse contrato o nome de comodato, na verdade, apesar da denominação dada, estão fazendo um contrato de parceria, nunca de comodato, porque este é sempre gratuito, e a participação na produção constitui elemento típico da parceria; vale dizer: o suporte fático que se concretizou foi o da parceria, tal como descrito nas normas jurídicas respectivas. A denominação que as pessoas dão aos atos jurídicos que praticam é absolutamente irrelevante. O que importa é o suporte fático que se materializou.

ii) Configuração e concreção do suporte fático

Do mesmo modo, se os fatos se apresentam em configuração diferente daquela prevista pela norma, é necessário, *quando possível*, expurgar dela, configuração, os elementos excessivos, para considerar o suporte fático concretizado tal como previsto na norma jurídica (suporte fático hipotético). A morte, por exemplo, é fato natural que se materializa (= concretiza), *grasso modo*, pela falência total do organismo, com a paralisação de todas as funções vitais; não importa o que lhe deu causa. Com essa configuração de fato da natureza constitui suporte fático de normas do Código Civil sobre as pessoas e sobre sucessões, principalmente. Por isso, classifica-se como fato jurídico *stricto sensu*. Se alguém morre vítima de homicídio, ou por suicídio, a morte *em si* não perde seu caráter de fato jurídico *stricto sensu* e não passa a ser classificada como *ato ilícito* (homicídio) ou *ato-fato* (suicídio). O elemento ato humano, porventura existente em sua origem, deve ser considerado excessivo e desprezado para esse fim, porque não integra, nem como dado complementar ou integrativo, o suporte fático das normas jurídicas do Código Civil relativas à morte. Diferentemente, o ato humano intencional de matar alguém constitui o elemento *cerne* do crime de homicídio doloso. A morte, nesse caso, é fato jurídico *stricto sensu* que entra como simples dado componente do suporte fático da norma penal respectiva. Assim, a morte por homicídio é (a) fato jurídico *stricto sensu*, no campo do direito civil, e (b) elemento objetivo de suporte fático do crime de homicídio, no campo do direito penal¹²⁵.

Tais situações resultam da circunstância de que o mesmo fato da vida pode ser integrante de suporte fático de várias normas jurídicas.

125. Note-se que o crime de homicídio constitui elemento objetivo do suporte fático do art. 948 do Código Civil.

E, como cada norma jurídica pode gerar um fato jurídico específico, o mesmo fato pode integrar suportes fáticos de vários fatos jurídicos, tendo em cada um funções e características próprias e distintas.

Com os atos-fatos também podem ocorrer situações semelhantes. Se determinada categoria é ato-fato, porque a norma jurídica específica considera irrelevante a vontade na concretização do suporte fático, a circunstância de ter alguém praticado o ato declarando que o fazia como ato de vontade não o transforma em ato jurídico *stricto sensu* ou em negócio jurídico. A tomada de posse e a prescrição, e. g., são atos-fatos-jurídicos. Se alguém declarou que ia tomar posse em decorrência de havê-la comprado ou se declara renunciar à prescrição, essas declarações de vontade não transformam qualquer desses atos-fatos em negócio jurídico.

Ocorre, também, muitas vezes, que determinada espécie de fato jurídico pode, eventualmente, necessitar, para realizar-se, da prática de outro fato jurídico, de natureza diferente. Tais situações podem dar ao intérprete uma visão diversa da realidade jurídica, levando-o, pelas aparências, a classificar, erradamente, o fato jurídico específico. Exemplo típico dessa situação é, no direito brasileiro, o fato jurídico do adimplemento¹²⁶.

É extremamente controversa na doutrina a questão da natureza jurídica do adimplemento das dívidas. "Do adimplemento foi dito pela doutrina tudo aquilo que era possível dizer: que é um negócio bilateral, e, portanto, um contrato; que é um negócio unilateral; que é um mero fato jurídico que determina a extinção de obrigação pela obtenção do objetivo; que é um ato não negocial, provavelmente considerado voluntário e consciente e, finalmente também, recentemente, um ato não voluntário"¹²⁷, ou ainda ato devido (*atto dovuto*), por alguns autores.

Segundo nos parece, essas dúvidas resultam de atitudes doutrinárias pouco científicas que, na análise do fato jurídico, dão ênfase a circunstâncias que não lhe são essenciais, mas simplesmente eventuais, tais como:

126. No sistema do Código de 1916 empregava-se impropriamente o vocábulo *pagamento*, alinhando-se sob esse título todas as formas de adimplemento das obrigações, quando, em sentido próprio, pagamento se refere a adimplemento de dívidas em dinheiro. O novo Código corrigiu a impropriedade.

127. Mirabelli, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, p. 240. A classificação do adimplemento como *atto dovuto* (ato devido) está em Perlingieri, *Profili del diritto civile*, p. 85.

(a) no adimplemento haveria o *animus solvendi* que, por constituir elemento intencional, dar-lhe-ia caráter negocial ou, ao menos, de ato jurídico *stricto sensu*;

(b) haveria casos em que o adimplemento se realizaria através de negócio jurídico, unilateral ou bilateral, como na sub-rogação e na dação em pagamento, por exemplo.

Quanto a não ser o *animus solvendi* elemento essencial do suporte fático do adimplemento, comprovam as situações a seguir:

(a) nas obrigações de não fazer (= negativas) a omissão do devedor constitui o adimplemento da obrigação; não há necessidade de que a abstenção do devedor seja consciente ou intencional para que se considere cumprida a obrigação; pode ocorrer, até, que o devedor nem saiba que se deve abster; basta, apenas, que se abstenha, mesmo inadvertidamente ou até contra a sua vontade;

(b) as obrigações de fazer podem ser adimplidas por incapazes, sem que nisso haja qualquer invalidade. O pintor que, contratado para pintar um afresco, enlouquece durante a execução da obra, mas a conclui, adimpliu a obrigação;

(c) aquele que, tendo mandado pagar ao credor A a importância que lhe era devida, mas o seu mensageiro, por engano, pagou ao credor B, de quem, também, era devedor, o pagamento é perfeito e não se poderá alegar erro ou pagamento indevido nem pedir restituição.

Por aí se vê que o *animus solvendi* pode não existir e nem por isso deixa de haver adimplemento, com liberação do devedor e satisfação do credor. Não sendo essencial, torna-se despicienda e mesmo supérflua a discussão sobre a natureza e o conteúdo do *animus solvendi*.

Quando, em certos casos, como na dação em pagamento, há necessidade de prática de negócio jurídico visando ao adimplemento, esse negócio não constitui o adimplemento em si, mas, apenas, instrumento dele, portanto circunstância que o não integra, mas somente a ele subjaz. É, ainda, é claro que não se trata de elemento essencial ao adimplemento, donde não poder ser considerado como dado bastante à sua configuração e classificação.

Se para o adimplemento não se exige vontade consciente e intencional, mas se é exigível o ato, positivo ou negativo, de cumprimento da obrigação, do qual resulta a situação fática típica do adimplemento, parece evidente que estamos diante de um ato-fato jurídico, e não de outra espécie qualquer.

Quanto ao problema da configuração dos fatos concretizados para conformá-los aos suportes fáticos hipotéticos, é necessário que se tenha em mente que tal procedimento somente é admissível quando não há outro suporte fático que preveja aquela configuração nem importe violação de norma jurídica. Essa questão já foi versada, com referência a situações de fraude à lei, anteriormente, na nota 92¹²⁸.

iii) Função e classificação

Vários fatos jurídicos, que têm a mesma função jurídica, podem ter classificações diferentes; quer dizer: a função jurídica do fato não é elemento bastante para a sua classificação. Situação típica se identificava no regime do Código Civil de 1916 quanto à derrelicção (= abandono). Quando se tratava de derrelicção de bem imóvel, o Código Civil¹²⁹ não exigia que houvesse declaração da intenção de abandonar. Bastava o ato de abandonar, com o efetivo abandono, o que a fazia classificável como ato-fato jurídico. Na derrelicção de bem móvel, ao contrário, o Código Civil exigia a *intenção de renúncia*, que a caracterizava como negócio jurídico. No sistema do Código atual, ao que parece, houve uma inversão dos termos do problema. Atualmente, o abandono de bem imóvel requer a *intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, que se presume, de modo absoluto, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais*¹³⁰. Quanto aos bens móveis, o Código Civil não contém disposições específicas acerca do abandono, de modo que não se há de exigir requisitos outros para caracterizá-lo senão o ato de abandonar, com o efetivo abandono. A presença necessária da intenção do proprietário de excluir o bem do patrimônio faz da derrelicção do imóvel um negócio jurídico, enquanto constitui um ato-fato jurídico o abandono de coisa móvel.

iv) Elemento estranho ao suporte fático

Além disso, há necessidade, para fim de classificação, de considerar o fato jurídico com referência ao sistema jurídico respectivo, porque o tratamento dado aos fatos nem sempre é o mesmo. Assim, um fato jurídico que no sistema jurídico brasileiro seja concebido como ato-fato,

128. É preciso, no entanto, destacar a possibilidade de conversão do negócio jurídico nulo em outro negócio jurídico que, com os mesmos elementos fáticos, seja válido. A matéria da conversão está tratada no novo Código Civil, art. 170.

129. Arts. 589, III, e 592, parágrafo único, respectivamente.

130. Art. 1.276 e § 2º.

em outro sistema pode ser estruturado como negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*. A ocupação, por exemplo, no direito brasileiro, constitui ato-fato jurídico, mercê da circunstância de que o Código Civil¹³¹ tem como suporte fático da aquisição da propriedade do bem móvel o *assenhorear-se, simplesmente, alguém de coisa sem dono*. Ao ato de assenhorear-se não se agrega qualquer elemento volitivo, intencional. Se há intenção e declaração dela, é supérflua, desprezável, por excessiva. No direito alemão, diferentemente, porque o § 958 do Código Civil (BGB) se referiu a alguém tomar posse da coisa adéspotas *como proprietário*, tem-se a ocupação como negócio jurídico, embora haja divergências doutrinárias, pois o *animus domini* caracterizaria a intenção negocial. Assim, é importante salientar não ser possível, ao intérprete, acrescentar ou excluir elementos ao suporte fático para configurar o fato jurídico, sob pena de errar¹³².

131. Art. 1.263.

132. O hábito de estudar os problemas específicos do direito brasileiro com base exclusiva na doutrina estrangeira, sem uma análise de suas peculiaridades, tem conduzido a equívocos bastante prejudiciais. Há necessidade, é verdade, de se buscar na ciência mais avançada e mais consolidada os seus ensinamentos, estejam eles onde estiverem. Não, porém, para aplicá-los irrestritamente, mas para, ajustando-os aos nossos padrões e à nossa realidade, obter deles fundamentos para o desenvolvimento de nossa própria ciência. Orlando Gomes (*Direitos reais*, p. 172), por exemplo, faz incluir entre os requisitos da ocupação a *intenção* de se tornar proprietário da coisa apreendida. Esse elemento intencional não integra, no direito brasileiro, o suporte fático da ocupação, e sim no direito alemão. Por isso, a criança que apreende a boneca que foi abandonada na lixeira adquire-lhe a propriedade. Do mesmo modo o louco que encontra e se assenhoreia de objeto abandonado. Se houvesse, como requisito, a necessidade do *animus domini*, como dado volitivo intencional, tais situações não poderiam existir.

Outro exemplo: M. I. Carvalho de Mendonça ensinava que “a compensação, exceto a convencional, não extingue o direito *ipso jure*, pois ‘para isso é sempre essencial uma ação em juízo. Eis aí o ponto extremo em que é forçoso ceder à doutrina alemã’” (*Doutrina e prática das obrigações*, v. I, p. 629). Essa exigência, no entanto, não é nem nunca foi a do direito brasileiro. A compensação pode ser exercida, seja legal, seja facultativa, por qualquer meio, *inclusive ação judicial*. A exigência a que aludia o ilustre jurista era, e é, estranha ao nosso sistema jurídico.

TÍTULO II

Conceituação Sucinta das Espécies Lícitas

CAPÍTULO VIII

Do Fato Jurídico *Stricto Sensu*

Fato humano não é essencial

§ 33. Conceituação

Todo fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial, *denomina-se* fato jurídico *stricto sensu*. O nascimento, a morte, o implemento de idade, a confusão, a produção de frutos, a aluvião, a avulsão, são exemplos de fatos jurídicos *stricto sensu*.

Pode acontecer que algumas vezes o *evento* suporte fático do fato jurídico *stricto sensu* esteja ligado a um ato humano, como ocorre com o nascimento do ser humano que tem sua origem na concepção. Outras vezes, até, o fato pode resultar de ato humano intencional, como na morte por assassinio ou por suicídio, ou como na *confusão* quando feita pelo homem. Isso, entretanto, não altera a natureza do fato jurídico, uma vez que a circunstância de haver um ato humano em sua origem não muda o caráter do evento que constitui seu suporte fático. A morte não deixa de ser evento da natureza se provocada por ato humano; do mesmo modo o nascimento não perde a sua característica de fato natural porque houve um ato que lhe deu origem. Sim, porque esse ato humano não constitui um dado essencial à existência do fato, mas dele participa indireta ou acidentalmente. Conforme ficou explícito nos §§ 31 e 32, o critério para classificação se baseia na presença ou não *de ato humano como elemento necessário para a composição do suporte fático suficiente*. Isso não exclui a possibilidade de que haja eventual participação de ato humano na concreção do suporte fático do fato jurídico *stricto sensu*, que, pela sua não-essencialidade, deve ser abandonado como dado

fático excessivo, conforme esclarecemos antes. Em hipóteses dessa ordem, o intérprete deve considerar o suporte fático apenas conforme sua configuração prevista na norma jurídica.

Há autores¹³³ que entendem não ser possível atribuir sentido jurídico a simples fatos da natureza, pelo argumento, aparentemente ponderável, de que o caráter comportamental do direito limitaria esse sentido à conduta humana, portanto aos atos, apenas. Não haveria, assim, fatos jurídicos *stricto sensu*, mas, somente, atos jurídicos. Sendo o direito, por definição, *regra de conduta humana*, não caberia em seu âmbito a regulação de fatos naturais. É verdade, consoante demonstrou Kant¹³⁴, que o ser (*Sein*) é irreduzível ao *dever-ser* (*Sollen*), porque “o dever-ser exprime uma espécie de necessidade e uma relação com princípios que não se verificam, absolutamente, na natureza. Nesta, o intelecto pode conhecer só o que é, foi ou será. É impossível que alguma coisa deva ser de outro modo do que foi de fato nas suas relações temporais: o dever-ser, quando se vê no curso da natureza, não tem o mínimo significado”. Na realidade, os fatos são indiferentes às regras ditadas pelos homens. Não deixará o sol de nascer ou de se pôr na hora certa porque se tenha criado regra que o proíba de nascer ou de se pôr. Leibniz já observara, ao enunciar seu *princípio da continuidade*, “que a natureza não dá saltos e que nela tudo está em relação”. Por isso, o ciclo da natureza, a causalidade natural, é indisciplinável pelo homem. Os fatos não se moldam de acordo com a vontade humana. Diante disso, poderia parecer significativa a negação da existência de fatos jurídicos *stricto sensu*.

Ocorre, porém, que as normas jurídicas não se dirigem aos eventos da natureza ou do animal para conformá-los ou para regular como devem ocorrer; apenas os toma tal qual acontecem ou, quando isso é impossível, dentro de um *certo sentido*, como nas presunções e ficções, e lhes atribuem certas consequências — que não são as suas próprias,

133. Por exemplo, Luigi Ferrajoli, *Teoria assiomaticizzata del diritto*, especialmente p. 75 e s.

134. Kant, *Crítica da razão pura, Dialética*, cap. II, seção 9ª, § 3º. O texto transcrito é o que consta do *Dicionário de filosofia* de Nicola Abbagnano, verbebe *Dever-ser*. Nas traduções portuguesas correntes no Brasil, somente a de V. Rohden e U. B. Moosburger, publicada pela Abril Cultural, na série *Os pensadores*, baseada em edição que contém o texto integral da 2ª edição original da *Crítica*, de 1787, reproduz a parte aqui transcrita, embora com linguagem diferente, às p. 277-278.

naturais — de cunho estritamente comportamental, em relação àqueles homens que sejam por eles afetados ou estejam a eles ligados de alguma forma. A interferência do fato na esfera jurídica de alguém, ampliando-a ou reduzindo-a, constitui o dado suficiente para que o direito passe a regê-lo no plano do comportamento humano.

Quando um rio muda seu curso, abandonando seu álveo para ocupar outro, pode beneficiar os donos dos terrenos ribeirinhos, que adquirem a área que constituía o seu álveo, e prejudicar os proprietários das terras por onde passou a correr, que perdem a área ocupada pelo novo curso. A mudança de curso do rio, evento natural, pode afetar direitos de propriedade, gerando-os ou retirando-os, donde ser possível a ocorrência de conflitos entre os proprietários, como, por exemplo, pretenderem os proprietários dos terrenos invadidos pelas águas indenizações por parte dos proprietários dos terrenos acrescidos. Por essa razão, a norma jurídica¹³⁵ que regula o abandono do álveo pelo rio, não o proíbe, não o determina, nem estabelece regras de como se deve processar, apenas *prescreve como se devem comportar as pessoas afetadas por ele*.

Do mesmo modo procede o direito relativamente a todos os fatos naturais que, de alguma maneira, interferem em interesses dos homens, podendo provocar conflitos, como ocorre com a avulsão, a aluvião, a formação de ilha, a frutificação, o nascimento, a morte, o implemento de idade, e assim por diante. Por isso e porque o direito existe para possibilitar uma convivência social harmônica, esses fatos não podem ficar sem regulação, fora do mundo jurídico, e são chamados fatos jurídicos *stricto sensu*.

135. Código Civil, art. 1.252.

CAPÍTULO IX

Do Ato-Fato Jurídico

§ 34. Conceituação

Há outras espécies cujo suporte fáctico prevê uma situação de fato a qual, no entanto, somente pode materializar-se como resultante de uma conduta humana. Exemplos: a caça, a pesca, a especificação, a comestão, o achado do tesouro etc. É evidente que a situação fáctica criada pela conduta constitui uma mudança permanente no mundo, passando a integrá-lo definitivamente, sem que haja a possibilidade de, simplesmente, ser desconsiderada (como seria possível se se tratasse, exclusivamente, de conduta). Como o ato que está à base do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica o recebe como avolitivo, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem; não importa, assim, *se houve, ou não, vontade* em praticá-lo. Com esse tratamento, em coerência com a natureza das coisas, ressalta-se a consequência fáctica do ato, o fato resultante, sem se dar maior significância à vontade em 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.

§ 35. Espécies

No conceito de ato-fato jurídico estão incluídos os atos reais, os casos de indenizabilidade sem culpa e os casos de caducidade sem culpa. Por isso, podemos classificar os atos-fatos jurídicos em: atos reais; atos-fatos jurídicos indenizativos; e atos-fatos jurídicos caducificantes.

1. Os atos reais

Os *atos reais* (*Realakten*), também denominados atos materiais (*Tathandlungen*), consistem em atos humanos de que resultam circunstâncias fácticas, geralmente, irremovíveis. Em todas essas expressões, desde aquelas cunhadas pela doutrina alemã à criada por Pontes de Mi-

randa, dá-se relevo à particularidade de que é o fato resultante que importa para a configuração do fato jurídico, não o ato humano como elemento volitivo. Na especificação, por exemplo, interessa o resultado que se obteve, indiferentemente de ter havido, ou não, vontade em obtê-lo. O louco que pinta um quadro, adquire a sua propriedade e não importa ao menos se ele sabia, ou não, o que estava realizando. O absolutamente incapaz que descobre o tesouro enterrado no fundo do quintal de imóvel de seu domínio, adquire-lhe a propriedade, independentemente de ter querido, ou não, descobri-lo. Nessas espécies, como na ocupação, na produção de obra artística, literária e científica, na caça, na pesca, na invenção, não se tem em conta a vontade em praticar o ato, mas, simplesmente, toma-se o resultado, que é dado fáctico com lugar no mundo e que, por isso mesmo, não pode ser ignorado.

2. Os atos-fatos jurídicos indenizativos

Os *atos-fatos jurídicos indenizativos* (*casos de indenizabilidade sem ilicitude, ou sem culpa, segundo a terminologia de Pontes de Miranda, que usamos até a 5ª edição*) configuram-se naquelas situações em que, de um ato humano não contrário a direito (= lícito) decorre prejuízo a terceiro, com dever de indenizar.

Geralmente, são indenizáveis os danos decorrentes de atos ilícitos, portanto, de atos contrários a direito. Ocorre, porém, que, no sistema jurídico brasileiro, há casos em que o ato praticado no exercício regular de um direito, ou em estado de necessidade, quando causa dano a patrimônio de terceiro, gera o dever de indenizar, independentemente de ilicitude; exemplo: a hipótese do art. 188, II, combinado com os arts. 929 e 930 do Código Civil. Nesses atos não há contrariedade a direito, nem, consequentemente, ilicitude — que está pré-excluída pelo art. 188, *caput*, do Código Civil —, mas há o dever de indenizar, fundamentado no critério de que os danos são indenizáveis, simplesmente, pela circunstância de serem imputáveis a alguém, independentemente de decorrerem de atos ilícitos¹³⁶.

136. Costuma-se, em geral, relacionar o *dever de indenizar* com a prática de *ato ilícito*. Essa relação não é necessária, no entanto. Há casos de atos ilícitos em que não existe o dever de indenizar, como nos *ilícitos caducificantes* — cujo efeito é a perda de um direito pelo praticante do ato, e. g., Código Civil, art. 1.638 — e invalidantes — que têm o efeito de invalidação de ato jurídico *lato sensu*. Além disso, há inúmeras hipóteses em que há dever de indenizar sem que haja ilícito, como se indica no texto.

Embora não contrário a direito, o ato é considerado, numa visão mais rente à realidade, em seus efeitos fáticos, representados pelos danos causados à esfera jurídica alheia. Na relação "ato, fato-danoso" prevalece o elemento fático, com abstração de qualquer conteúdo volitivo que, porventura, haja determinado o ato. Nessa espécie, o suporte fático suficiente é composto, apenas, por dois elementos: *ato não contrário a direito + dano a patrimônio alheio* (= fato-danoso). A vontade na prática do ato é, absolutamente, irrelevante para a incidência da norma jurídica e, portanto, para a constituição do fato jurídico. Por isso, configura ato-fato jurídico o fato produzido pelo homem (= ato), ou a ele imputável, de que decorra dever de indenizar os prejuízos resultantes, mesmo quando não haja contrariedade a direito.

Entram nessa categoria, por exemplo, quando causadores de danos indenizáveis, os atos:

(a) de desforço pessoal imediato para manutenção ou reintegração de posse, praticados dentro dos limites indispensáveis à defesa possessória, se lhes sobrevém sentença desfavorável;

(b) de indústria perigosa, desde que regularmente permitida, incluídas as estradas de ferro, nesse caso, se os danos forem causados a terceiros que não sejam passageiros ou remetentes de carga;

(c) de caça e pesca permitidos.

Essa espécie de ato-fato jurídico se assemelha bastante aos ilícitos. A distinção reside, precisamente, em serem, ou não, considerados conformes a direito pelo ordenamento jurídico. Se a atividade é permitida pelas normas jurídicas, o dano eventual que ela causar não caracteriza ilicitude, embora obrigue a indenizar (*vide* nota 120, acima). A ilicitude tem como *cerne* a circunstância de ser *contrária a direito*. Se o fato, evento ou conduta, é conforme a direito, porque admitido regularmente pelo ordenamento, não pode ser considerado ilícito.

Nos exemplos formulados acima esse aspecto da conformidade ou não-conformidade com o direito fica bem ressaltado:

(a) No desforço pessoal imediato, que é procedimento admitido pelo Código Civil¹³⁷, portanto legítimo, se o defensor da posse *excede* os limites indispensáveis à manutenção ou reintegração (art. 1.210, § 1º), o ato passará a ser ilícito, porque se tornou contrário a direito. O ato-fato

137. Art. 1.210, § 1º.

(ilícito) somente existe enquanto o desforço pessoal imediato estiver dentro dos limites legalmente permitidos (= conformidade a direito)¹³⁸.

(b) Na indústria perigosa, não haverá ilicitude se e enquanto se mantiver dentro dos limites da permissão e compatibilidade com o ordenamento jurídico. Se uma indústria química mantém, dentro dos padrões de segurança admitidos como corretos, uma lagoa na qual recolhe dejetos nocivos, e, por consequência de uma hecatombe, um terremoto, por exemplo (= caso fortuito e de força maior), esses dejetos vazam e causam danos, a indústria responderá por eles, não por haver ilícito, mas pelo ato-fato relacionado ao risco inerente à própria atividade. Quem instala indústria perigosa assume os riscos pelos danos que, por qualquer causa, vier a provocar. Por essa razão, não se pode considerar decorrente de fato ilícito o dano a terceiro resultante de atividade das estradas de ferro, porque constituem um caso de indústria permitida. Se uma fagulha lançada, ao acaso, pela locomotiva, movida a carvão ou lenha, provoca um incêndio em lavoura à margem da estrada, plantada dentro dos padrões de segurança estabelecidos pela lei, a responsabilidade de indenizar, da estrada de ferro, existe como eficácia de ato-fato (lícito), conforme dispõe o art. 26 do Decreto-lei n. 2.681, de 7-12-1912, não de responsabilidade por fato ilícito. (Se, diferentemente, o dano causado pela estrada de ferro é a passageiro ou a remetente de carga, trata-se de *ilícito*, em face do que dispõem os arts. 1º e 17 do citado Decreto-lei n. 2.681, de 7-12-1912, que se referem, explicitamente, a se considerarem esses danos como resultantes de *culpa*, mesmo presumida, o que caracteriza a ilicitude).

(c) Na caça e na pesca, quando permitidas, se há dano causado em decorrência normal delas, a reparabilidade não resulta de ilicitude. Esta existe se aquelas atividades não são permitidas (= são proibidas) ou quando o dano resulta de atos que não sejam o de caçar, ou de pescar, regularmente (por exemplo: há ilicitude se o caçador põe fogo ao mato para que o animal saia da toca e provoca um incêndio, ou se o pescador usa bomba para matar peixe e a explosão danifica o mecanismo de abrir as comportas do açude).

Convém ressaltar, mais uma vez, que a distinção entre a lícitude e a ilicitude, nessas espécies em que há responsabilidade civil sem culpa, resulta de ser, a atividade de que decorrem, conforme a direito (= reconhecida como legítima pelo ordenamento jurídico) ou contrária a direito (= proibida pelo ordenamento jurídico).

138. Em ambos os casos pode haver dever de indenizar, embora no ato-fato esse dever não decorra de ilicitude.

3. Os atos-fatos jurídicos caducificantes

Os atos-fatos jurídicos caducificantes (casos de caducidade sem ilicitude) concretizam-se naquelas situações que constituem fatos jurídicos, cujo efeito consiste na *extinção* de determinado direito e, por consequência, da pretensão, da ação e da exceção dele decorrentes, como ocorre na decadência e na preclusão, ou no *encobrimento* somente da pretensão, da ação ou da exceção, conforme acontece na *prescrição*, independentemente de ato ilícito de seu titular.

A decadência (= caducidade)¹³⁹ pode constituir consequência (eficácia):

139. Os atos-fatos da *decadência*, terminologia adotada pelo Código Civil em lugar de caducidade, e da *prescrição*, embora se assemelhem em razão da circunstância de terem suportes fáticos com a mesma configuração: inação do titular da pretensão e da ação em exercê-las durante um certo lapso de tempo (a decadência pode ser, ainda, consequência de *ato ilícito caducificante*, o que não é objeto da distinção que aqui fazemos, limitada que está aos atos-fatos. Vide, adiante, § 64, 3.2), diferem, substancialmente, quanto à eficácia jurídica, a saber: (a) A decadência tem efeito extintivo sobre o direito subjetivo, decorrendo, daí, a extinção da pretensão e da ação dele derivadas. Decorrido o prazo decadencial sem que o titular da pretensão e da ação as exerça, o direito se *extingue* e, consequentemente, *toda* sua eficácia. (b) A *prescrição não extingue coisa alguma*, mas, tão-somente, *encobre a eficácia* da pretensão, da ação e/ou da exceção geradas pelo direito. Por consequência, o direito subjetivo continua a existir incólume, mas tem *encobertas* as suas *exigibilidade* e *impositividade* representadas pela pretensão e pela ação, respectivamente, bem assim a *oponibilidade* da exceção de direito material (vide sobre direito, pretensão, ação e exceção, nosso *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia, § 37, I). Dessa diferença, defluem duas relevantes inferências de cunho prático: (a) A *prescrição, não extinguindo o direito*, mas, somente, *encobrindo sua exigibilidade (= pretensão) e impositividade (= ação)* não afeta a possibilidade de que, lícitamente, a obrigação “prescrita” seja adimplida, porque o justo título que a originou continua a existir. Por isso, quem paga dívida prescrita, mesmo sem saber da prescrição e mesmo que o juiz já a haja decretado, *paga bem*, melhor dizendo, não faz pagamento indevido, donde não gerar direito a restituição por parte de quem pagou (Código Civil, art. 882); a decadência, ao contrário, por extinguir o direito e a pretensão, *extingue, ipso iure*, o dever e a obrigação correspectivos, bem assim as ações, de modo que, se o devedor cumpre a obrigação, o faz indevidamente, donde ensejar a repetição do indébito; configura-se situação de *enriquecimento sem causa*. (b) O transcurso do prazo prescricional pode ser interrompido, simplesmente, mas apenas uma única vez, sem que o titular da pretensão e da ação precise exercê-las em sua plenitude dentro do prazo prescricional. Interrompido, recomeça a fluir por mais uma vez, apenas (Código Civil, art. 202. Nas ações contra a Fazenda Pública, o prazo recomeça a correr apenas pela metade); na decadência o direito *tem de ser exercido* dentro do lapso de tempo estabelecido pela lei, não cabendo interrompê-lo para que se renove; não assim a deca-

(a) de atos ilícitos, sempre culposos, como acontece, e. g., com o pai que castiga imoderadamente o filho e, por isso, perde o *poder familiar* sobre ele (Código Civil, art. 1.638, I); ou

decadência. (c) Anote-se, por fim, que apenas a *prescrição* é renunciável, nunca a *decadência*. (Tradicionalmente, havia um outro dado diferencial: a *prescrição*, como *exceção* que é, precisava ser oposta por aquele a quem beneficiava, de maneira que, se não fosse alegada, o julgador dela não poderia conhecer de ofício. O Código Civil, art. 194, alterou essa característica, permitindo que o juiz suprisse a falta de oposição da *prescrição* quando favorecesse a absolutamente incapaz. Não assim a *decadência* que cabe ao julgador decretá-la independentemente de provocação do interessado, salvo quando convencional, único caso em que a alegabilidade é necessária (Código Civil, art. 210). A Lei n. 11.280, de 16-2-2006, no entanto, alterando o § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, determinou que o juiz, de ofício, decreta a *prescrição*, modificando, portanto, o art. 194 do Código Civil. A *oponibilidade da exceção*, que constituía característica dessa categoria de eficácia jurídica, que desde sua concepção pelos romanos era essencial, tinha caráter absoluto, passou a ser relativa com a medida do legislador nacional, cuja vantagem prática é inegável.

O Legislador Civil de 2002 quando, imiscuindo-se, indevidamente, em matéria científica, adotou a norma do art. 189, declarando, *in verbis*, que, “*Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206*”, cometeu duas graves incorreções, a saber: (i) A primeira, consiste na afirmativa de que a pretensão nasce como consequência de violação do direito. Nada mais equivocado. A pretensão é tão-somente fase de exigibilidade do direito, de modo que surge sempre que o direito-subjetivo pode ser exigido. A ação é que nasce como decorrência de violação, *mas não do direito*, e sim da pretensão (sobre isso, vide nosso *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia, 1ª parte, § 37, I). (ii) A segunda diz respeito à afirmação de que a *prescrição tem caráter extintivo*. Como mostramos acima, a *prescrição não extingue coisa alguma*, apenas *encobre a eficácia da pretensão (= exigibilidade do direito) e da ação (= impositividade do direito)*, o que resulta claro da circunstância de que, se não for alegada oportunamente, não mais o poderá ser, perdendo toda sua eficácia. Por isso, para dispor corretamente (do ponto-de-vista científico, não de acordo com a boa técnica legislativa, que recomenda não incluir em texto de lei definições, nem afirmativas de cunho doutrinário), poderia o dispositivo ser assim redigido: *Violada a pretensão, nasce para seu titular a ação, que prescreve nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206*.

Anote-se, finalmente, que ainda há uma categoria jurídica: a *preclusão*, cujas consequências são iguais às da *decadência* e, basicamente, tem o mesmo suporte fático: inação do titular da pretensão em exercê-la dentro de certo lapso de tempo. No entanto, a *preclusão* não se confunde com a *decadência* por dois aspectos: (a) a *preclusão* é tipicamente de direito processual; seu efeito consiste na *extinção da pretensão da parte de praticar certo ato processual que não realizou no prazo*; (b) a *preclusão* não se dá apenas pelo transcurso de prazo com inação da parte, mas também ocorre quando a parte pratica ato processual que seja incompatível com o ato atingido por ela. Por exemplo: o devedor que paga integralmente a dívida a que foi condenado por sentença, dela, sentença, não pode recorrer. É a chamada *preclusão lógica*.

(b) mais comumente, de *inacção* do titular do direito durante certo tempo, independentemente de haver ou não culpa de sua parte (donde não haver ilicitude).

Diferentemente, a prescrição jamais decorre de ato ilícito. Resulta, sempre e apenas, de inação do titular da pretensão, ou da exceção, durante certo tempo.

Essas hipóteses em que a caducidade se dá independentemente de ato culposos, e, portanto, não constitui eficácia de ato ilícito, configuram atos-fatos jurídicos, uma vez que não se leva em consideração qualquer elemento volitivo como determinante da omissão (= inação) de que resultam. O suporte fático do fato jurídico que tem por efeito a caducidade sem culpa é constituído, geralmente, por dois elementos: transcurso de determinado lapso de tempo (= fato) + inação do titular do direito (= ato). Se houve ou não vontade quanto à omissão, é dado absolutamente irrelevante; importa, apenas, o transcurso do tempo sem ação do titular do direito, o que caracteriza, precisamente, o ato-fato.

São exemplos de caducidades sem culpa, portanto, de atos-fatos jurídicos caducificantes: a caducidade das ações redibitória e, *quantum minoris*¹⁴⁰, de anulação de casamento, de anulabilidade dos atos jurídicos, dentre outras¹⁴¹, e a prescrição.

Há ainda outros atos-fatos que não se enquadram dentre as espécies acima referidas, porque não caracterizam um ato real, pois da conduta não decorre um evento nem são casos de indenização ou caducidade sem culpa, mas, apesar disso, para a configuração do suporte fático as normas jurídicas pertinentes não exigem a presença de vontade relevante. Dessas, são exemplos o pagamento e a usucapião.

Em relação ao adimplemento, a sua natureza de ato-fato jurídico, a despeito das controvérsias doutrinárias existentes, é indiscutível. O adimplemento feito pelo incapaz é eficaz, como também o é o adimplemento feito pelo nuncio a outro credor que não aquele a quem o devedor mandou pagar, conforme vimos antes (§ 32, b).

140. Art. 445.

141. O Código Civil de 1916 tratava indistintamente as espécies de decadência e de prescrição, no art. 178. A boa doutrina, porém, as distingue minuciosamente, apesar das sérias dúvidas quanto a saber se um prazo seria de decadência ou de prescrição. O novo Código Civil resolveu, embora sem fundamento científico, a questão, adotando o critério prático de que são decadenciais os prazos que não estejam definidos expressamente como de prescrição.

Para a configuração do suporte fático da usucapião, à sua vez, inexistente a necessidade de que o possuidor demonstre que tenha tido o ânimo de usucapir. Basta a situação fática configurada pela posse própria, ininterrupta e sem oposição durante certo tempo para que se irradiem sua eficácia aquisitiva da propriedade. A irrelevância da vontade de adquirir a propriedade ressalta evidente da natureza declaratória da *ação de usucapião* (de direito material). A sentença que julga procedente a ação de usucapião tem como força preponderante o *declarar* que o autor adquiriu a propriedade do bem, reconhecendo se haver concretizado o suporte fático do art. 1.238 do Código Civil (ou de qualquer das outras normas relativas à usucapião, conforme o caso). Não é a sentença que *cria* (= constitui) o direito de propriedade; esta apenas reconhece sua existência. A declaratividade que caracteriza a ação de usucapião, por sua vez, constitui o fundamento da *exceção de usucapião* (de direito material), que pode ser oposta pelo possuidor à eventual ação contra ele proposta para reivindicar a propriedade do bem. A só concreção do suporte fático da usucapião, ainda que não seja exercida ou mesmo que nunca venha a ser exercida a ação de usucapião (o que demonstraria a inexistência da intenção de adquirir), atribui ao possuidor a titularidade da propriedade.

§ 36. Divergências doutrinárias

Sobre o tratamento do ato-fato jurídico, especialmente as espécies denominadas atos reais ou atos materiais, como classe distinta dos atos jurídicos, não há concordância entre os doutrinadores.

(i) A doutrina francesa somente distingue duas espécies de fatos jurídicos: os *faits juridiques* e os *actes juridiques*. Na primeira categoria, incluem os fatos jurídicos *stricto sensu*, os atos-fatos jurídicos e os ilícitos de todas as espécies, ou seja, todos os fatos jurídicos cujos efeitos não decorram de um ato de vontade. *Acte juridique*, por sua vez, é considerado, exclusivamente, aquele cujos efeitos jurídicos são volitivos¹⁴².

Há, portanto, entre os franceses um tratamento indistinto do ato-fato jurídico, não somente em relação ao ato jurídico, mas, também, ao fato jurídico *stricto sensu* e aos ilícitos.

142. Citamos, somente como exemplo, autores bem modernos como Weil, *Droit civil: introduction générale*, p. 211 e s., e Starck, *Droit civil: introduction*, p. 150 e s.

(ii) Na Alemanha, a doutrina, inspirada, principalmente, nos estudos de Manigk¹⁴³, trata o ato-fato jurídico — denominado *Realakt* (ato real) ou *Tathandlung* (ato material) — como uma espécie de ato jurídico. Enneccerus¹⁴⁴, por exemplo, que entende existirem três grupos de atos jurídicos, a saber: declarações de vontade, atos de direito, atos contrários a direito, classifica o ato real (*Realakt*) entre os chamados atos de direito (*Rechtshandlungen*).

(iii) Na Itália, a doutrina, com raras exceções, praticamente adotou a linha de pensamento dos autores alemães, incluindo os atos-fatos entre os atos jurídicos¹⁴⁵.

(iv) Entre nós, os autores que, à exceção de Pontes de Miranda, versaram mais dedicadamente o assunto, Orlando Gomes (*Transformações gerais do direito das obrigações*, p. 76 e s.) e Vicente Ráo (*Ato jurídico*, p. 22), reproduzem a orientação germânica, em linhas gerais, enquanto João Baptista Villela, em trabalho, parece, ainda inédito, denominado *Do fato ao negócio*: em busca da precisão conceitual, n. 4, adota a opinião de R. de Ruggiero, para quem, concordando com os franceses, “as ações humanas que não dependem de uma vontade, incluem-se nos fatos naturais”.

(v) Pontes de Miranda justifica, com absoluta propriedade e de modo irrefutável, por que não se devem classificar os atos-fatos entre os atos jurídicos, com essa lapidar lição: “ato humano é fato produzido pelo homem; às vezes, não sempre, pela vontade do homem. Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, *lícito ou ilícito*, e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu*. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação ‘fato, homem’), com que se elide o último termo da primeira relação e o primeiro da segunda, pondo-se entre parênteses o *quid* psíquico, o ato, fato (independente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato”¹⁴⁶.

143. Manigk, *Awendungsgebeit der Vorschriften über Rechtsgeschäfte*, 1901. *Willenserklärung und Willensgeschäfte*, 1907, e o artigo *Rechtswissenschaft*, apud Enneccerus, *Tratado de derecho civil*, t. I, v. 2ª, p. 9.

144. Idem, ibidem, p. 11-14.

145. Mirabelli, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, p. 10 e s. Resalte-se a opinião de Santi Romano (*Corso de diritto amministrativo*, p. 228 e s., e *Fragmentos de un diccionario jurídico*, p. 23 e s.), divergente da maioria, segundo a qual as *ações jurídicas materiais* (tradução literal de *Tathandlungen*), como os nomeia, não devem ser incluídas entre os atos jurídicos, mas tratadas separadamente.

146. *Tratado de direito privado*, t. II, p. 372-373.

CAPÍTULO X

Do Ato Jurídico *Lato Sensu*

VONTADE

§ 37. Conceituação

Denomina-se ato jurídico¹⁴⁷ o fato jurídico cujo suporte fático preveja como *cerne* uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objeto obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível.

A partir desse conceito, temos que constituem elementos¹⁴⁸ essenciais à caracterização do ato jurídico:

(i) *um ato humano volitivo*, isto é, uma conduta que represente uma exteriorização de vontade, mediante simples manifestação ou declaração, conforme a espécie, que constitua uma conduta juridicamente relevante e, por isso, prevista como suporte fático de norma jurídica;

(ii) que haja *consciência* dessa exteriorização de vontade, quer dizer, que a pessoa que manifesta ou declara a vontade o faça com o *intuito de realizar aquela conduta juridicamente relevante*;

(iii) que esse ato se dirija à obtenção de um resultado que seja protegido ou, pelo menos, não proibido (= permitido) pelo direito, e possível.

Embora pareça não haver grandes divergências doutrinárias em relação a esse conceito em sua generalidade, não existe unanimidade quando se trata de conceituar os seus elementos constitutivos. Por essa razão procuraremos estabelecer as precisões conceptuais que julgamos necessárias.

147. No texto, o emprego da expressão *ato jurídico* terá o sentido de ato jurídico *lato sensu*. Sempre que nos quisermos referir a ato jurídico *stricto sensu* o faremos usando literalmente toda a expressão.

148. O uso da palavra *elemento*, no texto, tem o seu significado próprio, comum, de “tudo o que entra na composição de alguma coisa”, e não no sentido restrito usado na linguagem jurídica quando se refere a elementos ditos essenciais, naturais e acidentais dos negócios jurídicos.

§ 38. Análise dos elementos constitutivos

1. Exteriorização da vontade

Do ponto de vista do direito, somente vontade que se exterioriza é considerada suficiente para compor suporte fático de ato jurídico. A necessidade de que o elemento volitivo da conduta seja conhecido das pessoas constitui imperativo de ordem prática, vivencial, que o direito incorpora. A vontade que permanece interna, como acontece com a *reserva mental*, não serve à composição de suporte fático do ato jurídico¹⁴⁹, pois que de difícil, senão impossível, apuração.

Tudo o que acontece no mundo, ou seja, todos os fatos, dentre os quais se incluem os atos, se apresentam revestindo, sempre, uma certa forma, qualquer que seja. A simples circunstância de se tornar realidade concreta no mundo importa, necessariamente, ter uma forma. A vontade, também, ao exteriorizar-se toma forma, consubstanciando-se em *simples manifestações*, que se revelam através de mero comportamento das pessoas, embora concludente, ou em *declarações*, que se constituem em manifestações qualificadas de vontade¹⁵⁰. A distinção entre declaração e manifestação de vontade reside, assim, no modo como a vontade é exteriorizada. Se alguém lança ao lixo um par de sapatos, *manifesta* a sua vontade de abandoná-lo (= derrelicção); se, diferentemente, diz às pessoas da casa que vai lançar os sapatos ao lixo, *declara* a sua vontade de derrelinquir (abandonar), não somente a manifesta¹⁵¹.

149. Há situações, como no dolo, na ignorância, ou erro, nas quais dados volitivos internos constituem elementos de suporte fático de norma jurídica. No entanto, a *reserva mental* em contrário ao que se manifestou (Código Civil, art. 110) não afeta o conteúdo da manifestação de vontade, salvo se dela tinha conhecimento o destinatário (porque aí não mais se poderá falar de reserva mental propriamente dita).

150. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. I, p. 80 e s.

151. A doutrina costuma considerar a declaração e a manifestação da vontade como base para a distinção entre o negócio jurídico e o ato jurídico *stricto sensu*. Assim, havendo declarações de vontade haveria negócio jurídico, enquanto as manifestações de vontade caracterizariam os atos jurídicos *stricto sensu*. Tais afirmativas, no entanto, não são de todo corretas. A realidade jurídica mostra que há negócios jurídicos que se constituem mediante simples manifestações de vontade, e que há atos jurídicos *stricto sensu* que exigem declaração, como será indicado adiante.

Disso resulta evidente que *declaração* e *manifestação* são modos (= formas) de exteriorização de vontade e, por isso, constituem *elementos completantes do suporte fático dos atos jurídicos*. Embora não sejam o próprio *cerne*, são dados que completam o núcleo, donde a sua presença constituir *elemento essencial à concreção do suporte fático suficiente à incidência da norma jurídica*, portanto, à própria existência do ato jurídico. Daí decorre que, se a norma jurídica exige, como elemento do suporte fático de certo ato jurídico, que a vontade seja exteriorizada mediante *declaração*, a exteriorização por outra forma não bastará a que se possa considerá-lo existente; vale dizer: quando exigida pela norma jurídica, a falta da declaração acarreta a *inexistência do ato jurídico*, não somente a sua nulidade ou ineficácia.

Exemplificando. Para os testamentos, as normas do Código Civil estabelecem formas especiais segundo as quais as pessoas podem declarar as suas disposições sobre a destinação *post mortem* de seu patrimônio. Se alguém faz declarações dessa espécie utilizando outras formas que não as previstas na lei (e. g., através de gravações em vídeo-teipe, ou escrevendo uma carta a um amigo), essas declarações não são consideradas como testamento, isso porque, faltando elemento completante do suporte fático, não se pode tê-lo por concretizado. Do mesmo modo, se o credor escreve carta particular ao devedor com a finalidade de constituí-lo em mora, em espécie para a qual a lei exija a interpelação judicial, a carta não constitui manifestação de vontade bastante para a configuração do ato jurídico *stricto sensu* da interpelação. A declaração de última vontade feita em vídeo-teipe ou em carta a amigo e a carta particular ao devedor não podem ser consideradas um testamento e uma interpelação nulos, mas, sim, *inexistentes* (em sentido estrito) como negócio jurídico (testamento) ou ato jurídico *stricto sensu* (interpelação).

Ao contrário, se a norma jurídica prevê em seu suporte fático uma *simples manifestação de vontade* e o figurante do ato jurídico a exterioriza através de declaração, esta, por ser uma manifestação qualificada, deve ser considerada suficiente à composição do respectivo suporte fático¹⁵².

152. É necessário não confundir a declaração e a manifestação de vontade em si com a forma de que se devem revestir em alguns casos. Às vezes, embora somente em casos especiais, como no testamento, a norma jurídica faz da forma elemento integrante da própria declaração. Em outros, mais comuns, a forma da declaração ou da manifestação constituem simples complementos; por isso não as completam,

2. Consciência da vontade

Quando se trata de exteriorização de vontade relevante para o direito, é necessário considerar:

(a) a vontade em si mesma, ou seja, o conteúdo da vontade declarada ou manifestada, e

(b) a vontade de declarar ou manifestar.

Com efeito, para compor 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. Por essa razão é que um indivíduo que, comparecendo a um leilão, em localidade cujos usos desconhece, exprime, involuntariamente, gesto que significa lance (por exemplo: acena com a cabeça para cumprimentar uma pessoa conhecida que identificou na platéia), não está, efetivamente, ofertando. A inexistência da vontade negocial, na sua manifestação, leva à inexistência do ato.

O cotidiano da vida demonstra que situações desse tipo são comuns, particularmente quando se trata de manifestações de vontade. Algumas vezes, certa conduta, que aparenta determinado sentido para as pessoas que dela tomam conhecimento, na verdade tem um significado real completamente diferente. Muitas vezes, aquilo que se exterioriza e se torna conhecido das pessoas nem sempre coincide com o que realmente acontece no espírito daquele que está a realizar a conduta. Uma pessoa que, por estar desmaiada, permanece imóvel em momento de deliberação cujo voto contrário deva ser expressado levantando o braço, não pode ter a sua imobilidade considerada como voto favorável, em razão de sua inconsciência.

A consciência da vontade exige, também, o conhecimento das circunstâncias que envolvem a manifestação ou declaração. O vizinho

apenas as complementam. Nos contratos relativos à transmissão de bens imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País, por exemplo, o Código Civil, art. 108, estabelece que as declarações de vontade sejam feitas em instrumento público. Se em vez de vender o imóvel por escritura pública alguém o vende por documento particular, o contrato de compra-e-venda é *nulo* e não *inexistente*; por se tratar de elemento complementar e não completante, a sua falta induz nulidade, nunca inexistência. *Vide*, antes no Capítulo III, § 12, n. 5, a distinção entre elementos nucleares, completantes, complementares e integrativos do suporte fático.

que assume por sua conta a administração de uma fazenda, cujo administrador tenha falecido, constitui-se em gestor de negócio, e seus atos, sob pena de responsabilidade, precisam da aprovação do dono. Essa aprovação pode ser tácita, ou seja, mediante manifestação do dono da qual se possa concluir a sua aceitação. Se, sem saber que o administrador falecera, o dono recebe e consome produtos tirados da fazenda que o gestor (= o vizinho) lhe haja enviado, sem comunicar-lhe o fato da gestão, essa manifestação de vontade, representada pelo recebimento e consumo dos produtos, sem protesto, não pode ser considerada como aprovação da gestão de negócio. O desconhecimento das circunstâncias conduz à inconsciência da vontade.

A questão da inconsciência¹⁵³ não se confunde com o problema do erro na manifestação de vontade. A *inconsciência implica inexistência da vontade*, enquanto no *erro* há vontade, porém *defeituosa*. Por isso, no caso de inconsciência da vontade *não há* negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*; havendo erro, *existe* o ato jurídico (negócio ou ato jurídico *stricto sensu*), mas anulável (= passível de anulação), como decorrência do defeito na formação da vontade. A inconsciência constitui elemento que importa insuficiência do suporte fático; o erro tem sua consequência quanto à *eficiência* dos elementos do suporte fático (*vide* diferenciação, antes, no Capítulo IV).

A exigência da *consciência da vontade* não significa que o figurante (= aquele que exterioriza a vontade) precise manifestá-la com a *ciência* e a *intenção* de que está praticando um ato jurídico. Se existem a intenção e a ciência, melhor. Na verdade, quando alguém toma um ônibus *não está pensando em fazer um contrato de transporte*, nem quando vai ao cinema tem o *intuito de realizar um contrato de exibição*.

153. As divergências entre a vontade psicológica e a vontade exteriorizada são sempre possíveis de ocorrer. E, parece claro, não se pode, simplesmente, estabelecer, aprioristicamente, o que deve prevalecer: se a vontade ou se a sua declaração. Sobre esse problema as duas principais correntes doutrinárias que procuram explicar o negócio jurídico (especialmente) não têm posições uniformes: (a) para a *teoria da vontade (teoria subjetiva)*, na configuração do negócio jurídico o que importa é a vontade em si, portanto, o conteúdo da vontade, aquilo que, *psicologicamente, se quis*; (b) os seguidores da *teoria da declaração (teoria objetiva)* entendem, diferentemente, que a prevalência deve ser da vontade tal qual exteriorizada, sem levar-se em conta a vontade real. Essas duas concepções, por serem extremadas, não conseguem explicar satisfatoriamente questões que a realidade do direito sugere, como será mais bem apreciado adiante.

Mas, quando se toma um ônibus ou se vai ao cinema, *quer-se aquilo que se manifesta*, com o intuito prático de ser transportado ou de assistir a um filme. Se essa manifestação constitui suporte fático de uma norma jurídica, a sua incidência, por ser incondicional, *cria o ato jurídico* correspondente, independentemente da apuração da circunstância de se ter querido praticar um ato jurídico. A consciência deve ser da manifestação em si, não do específico conteúdo jurídico dessa manifestação, ou das consequências jurídicas da conduta.

3. Resultado lícito e possível

Finalmente, tem-se como terceiro elemento essencial à configuração do ato jurídico que ele se dirija à obtenção de um resultado protegido ou, pelo menos, não proibido pelo direito e também possível, vale dizer: é necessário que o ato jurídico tenha um objeto e que este seja lícito e possível.

Todo ato jurídico, como instrumento de realização do direito, tem uma *atribuição específica*, de cunho prático, que a ordem jurídica encampa e protege. Visa-se, na compra e venda, à promessa de transmissão do bem; na locação de coisas, à cessão de uso mediante remuneração; no casamento, à constituição da família, com todas as suas implicações físicas, econômicas e morais; na emissão de cheque, a uma ordem de pagamento ao banco depositário, por exemplo. Essa atribuição constitui o objeto do ato jurídico¹⁵⁴, e se caracteriza pela eficácia que as normas jurídicas lhe imputam.

154. É necessário estabelecer a distinção entre as diversas expressões em que se faz referência a *objeto* no trato do direito. Fala-se, por exemplo, em *objeto de direito*, objeto da relação jurídica, objeto da prestação, objeto do ato jurídico, objeto do Direito (Ciência do Direito). Cada uma dessas expressões tem um sentido próprio, embora sejam algumas vezes confundidas pela doutrina menos rigorosa. Sucintamente, procuraremos conceituá-las.

I — *Objeto de direito*. As normas jurídicas se dirigem aos homens, regulando-lhes os interesses, em relação aos bens da vida que ela procura distribuir. Todo bem da vida que possa constituir elemento de suporte fático de norma jurídica, porque seja regulado por uma norma jurídica, de algum modo, para atribuí-lo a alguém, é objeto de direito. Esse conceito dado *in abstracto* torna-se concreto no sentido de esfera jurídica, ou seja, quando define o conjunto de objetos de direito relacionados a alguém. Assim, constituem objeto de direito e, portanto, integram a esfera jurídica das pessoas: (a) as coisas, representadas pelos bens materiais (por exemplo: bens

Parece bastante evidente que não se pode considerar ato jurídico aquele ato do qual não decorra, ou ao menos possa decorrer, uma atribuição jurídica caracterizada pela possibilidade de modificação no conteúdo da esfera jurídica dos figurantes do ato jurídico; quer dizer: o ato jurídico

móveis e imóveis); (b) os bens imateriais que consistem na chamada propriedade intelectual, artística, literária, industrial e comercial (por exemplo: direitos do autor de obra literária, nome comercial, direito de invenção); (c) créditos, no sentido de direitos economicamente mensuráveis (por exemplo: direito à remuneração pelo trabalho prestado, direito ao uso do bem dado em comodato, direito a receber a quantia dada em empréstimo, direito da vítima à indenização por ato ilícito); (d) interesses juridicamente protegidos sem valor econômico, pelo menos imediato (por exemplo: direito à vida, à liberdade, ao nome, à imagem, à honra, à saúde). Os objetos referidos nos itens a, b e c constituem a parte do ativo que se chama de *patrimônio*, porque têm sentido econômico. Com a adição dos objetos mencionados no item d, tem-se a esfera jurídica das pessoas (vide nosso *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia, 1ª parte, § 15).

II — *Objeto da relação jurídica*. O objeto de direito que constitui matéria de relação jurídica, isto é, sobre o qual recaem os direitos que formam o conteúdo de relação jurídica, denomina-se *objeto da relação jurídica*. Na relação jurídica de direito real de propriedade, os direitos recaem sobre a coisa que é o seu objeto. Na relação jurídica pessoal, o objeto é a *promessa* de ato humano (por exemplo: no mútuo, a promessa de pagar no dia aprazado), não o ato humano em si, porque este é

III — *Objeto da prestação*. O objeto da prestação se constitui sempre em promessa de ato humano (ação ou omissão) devido em decorrência de uma relação jurídica: o fazer e o não-fazer (há quem pretenda incluir o dar, como faz o Código Civil, mas, em rigor, o dar é, apenas, uma maneira de fazer).

Na relação jurídica de propriedade, as pessoas cumprem a sua obrigação *abstendo-se* de violar os direitos do proprietário (não-fazer). Na relação jurídica de mútuo o devedor cumpre a sua obrigação pagando a dívida (fazer).

IV — *Objeto do ato jurídico* consiste na atribuição específica que lhe é imputada pelas normas jurídicas que, criando, modificando ou extinguindo relação jurídica, de algum modo, alteram o conteúdo da esfera jurídica dos figurantes. Sempre que se pratica um ato jurídico válido criam-se direitos e obrigações, os quais, evidentemente, constituem modificação naquilo que integra a esfera jurídica dos interessados.

Como se vê, o conceito de objeto de direito é fundamental e dele decorrem todos os outros. Porque para ser objeto de ato jurídico, de prestação ou de relação jurídica é necessário que seja, antes, objeto de direito.

V — Finalmente, *objeto do direito* define a matéria de que cuida a Ciência do Direito: as normas jurídicas, no nosso entender. Essa questão é extremamente discutida, pois que envolve aspectos relativos à própria natureza do direito, portanto, de cunho filosófico, variando as opiniões segundo a convicção doutrinária de cada um (por exemplo, a Teoria Ecológica de Carlos Cossio, que tem por objeto do direito não as normas jurídicas, mas a conduta humana em sua interferência intersubjetiva).

deve visar a uma alteração na situação jurídica dos interessados, por força dos efeitos que produz. O ato jurídico, no entanto, não é necessariamente eficaz, mas há de ter, ao menos, a possibilidade de sê-lo. Enquanto pendente condição suspensiva, o ato jurídico não será plenamente eficaz e não produzirá a atribuição jurídica específica; se a condição jamais se concretizar, os seus efeitos próprios e finais (= sua atribuição jurídica), também, jamais se realizarão. Entretanto, bastará a possibilidade de que alcance a sua eficácia jurídica própria para caracterizá-lo. Se, porém, não há essa possibilidade, o ato jurídico não existe como tal¹⁵⁵.

O sentido de objeto como atribuição específica se confunde com o de *fim do ato jurídico*, não, porém, com o de *causa* ou de *motivo*¹⁵⁶, por-

155. É possível em alguns casos, especialmente nos negócios jurídicos bilaterais, o ato jurídico ter sua eficácia final condicionada a condições e termos. Não são admissíveis, porém, que sejam estipuladas condições que privem o negócio jurídico de todos os seus efeitos (Código Civil, art. 122, 2ª parte). Essa disposição proibitiva reflete a necessidade de o ato jurídico ter, sempre, um fim, uma atribuição, um objeto, que não teria se permitidas as condições com aquela amplitude.

156. Embora, doutrinariamente, seja corrente encontrarem-se confundidas expressões como *causa*, *motivo*, *fim* do negócio jurídico, representam elas conceitos distintos. Se abstrairmos da doutrina subjetivista da causa — grande responsável pela extrema confusão que grassa nessa matéria — podemos conceituar aquelas espécies, a saber:

a) *Causa*: atribuição jurídica do negócio, relacionada ao fim prático que se obtém como decorrência dele. Nesse sentido, há (a) *causa solvendi*, quando se tem como resultado o adimplemento de obrigações; (b) *causa credendi*, dita também *constituendi*, quando do negócio resulta a constituição de um crédito, em contrapartida da criação de uma dívida, e (c) *causa donandi*, que “supõe que nem se crie crédito a favor de alguém, nem se solva dívida. Só um dá, sem outra causa que a de inserir bem da vida no patrimônio de outrem” (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. III, p. 85). A *causa*, em última análise, constitui a *função* do negócio jurídico.

b) *Motivo*: razão intencional determinante do negócio. O motivo pelo qual se realiza o negócio é irrelevante, salvo quando declarado no próprio negócio como determinante dele ou como condição. (O Código Civil de 1916 confundia motivo determinante com causa, no art. 90. No art. 140 o novo Código Civil corrigiu a impropriedade da terminologia, falando em *falso motivo*).

c) *Fim* é aquilo que de positivo ou negativo ocorre na esfera jurídica do figurante do ato jurídico. Confunde-se, portanto, com *objeto do ato jurídico*, tendo o mesmo sentido de *atribuição jurídica*, ou seja, de *eficácia jurídica do ato*. O fim existe em todo o ato jurídico, seja causal, seja abstrato, motivado (= com motivo determinante declarado) ou imotivado (*Vide* sobre o assunto Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. III, especialmente os §§ 262 e s.).

que, em relação a estes, é bem mais abrangente. O negócio jurídico abstrato, não causal, embora a causa seja irrelevante, tem atribuição jurídica própria. A emissão de uma nota promissória ao portador e sem vinculação a determinado fim (= motivo determinante) é negócio jurídico abstrato, sem causa, mas tem por atribuição jurídica própria uma promessa de pagamento a ser feito a quem a apresentar quando do vencimento.

Com relação ao objeto do ato jurídico, há três aspectos principais a considerar: (i) a sua existência, (ii) a sua licitude e (iii) a sua possibilidade.

(i) A falta de objeto faz *nenhum* o ato jurídico, como vimos. Na situação de ato jurídico inexistente por falta de objeto se incluem:

(a) O ato não sério, feito por brincadeira, o ato didático e o ato aparente, por exemplo. O professor de direito comercial que preenche e assina, como emitente, uma nota promissória em sala de aula para ensinar a seus alunos como fazê-lo na prática, não realiza o negócio jurídico unilateral de emissão de título cambiário. Do mesmo modo, é inexistente o ato praticado com simulação absoluta, quando inocente, porque o ato simulado é, apenas, *aparente*, portanto, mentiroso. Se a simulação absoluta prejudica alguém, ou infringe a lei (é nocente), então se considera como ilícito invalidante¹⁵⁷.

Nessas situações, embora, formalmente, se possa considerar haver um ato jurídico, a falta de objeto faz com que o suporte fático não seja suficiente à incidência, de modo que, na verdade, não há ato jurídico.

(b) O ato cujo objeto seja gnoseológica ou logicamente impossível. “O que não pode ser conhecido não pode ser objeto de negócio jurídico ou de ato jurídico *stricto sensu*, em tais circunstâncias de impossibilidade. A impossibilidade lógica dá-se quando há invencível contradição e o negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu* existe, caindo a parte contraditória, como se não estivesse escrita; ou não existe o negócio jurídico se a contradição invencível o apanha todo”¹⁵⁸. Quando se trata

157. O ato simulado é, em essência, um ato que aparenta aquilo que não é. Por isso, quando a simulação é absoluta, isto é, diz respeito ao próprio conteúdo do ato, e essa simulação não prejudica a terceiros nem constitui infração da lei, o ato deve ser considerado inexistente para o direito. Se, no entanto, causa prejuízo a alguém, terceiro, ou infringe disposição de lei, a simulação é nocente e, como tal, causa de nulidade do ato (Código Civil, art. 167). *Vide* nosso *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª parte, § 15.

158. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. IV, p. 162.

de condição, a ilogicidade (= incompreensibilidade ou contraditoriedade) que a afete acarreta a nulidade do negócio jurídico a que seja inexa (Código Civil, art. 123).

(c) O ato que tenha por objeto *algo* que não esteja incluído entre aqueles bens da vida que podem constituir objeto de direito (por exemplo: a atmosfera, o sol, a estrela Vega, "o poder legislativo").

(ii) Quanto à ilicitude, imoralidade, indeterminabilidade e à impossibilidade do objeto, só excepcionalmente acarretam a inexistência do ato jurídico; trazem como consequência, em geral, a sua invalidade. A ilicitude, imoralidade, indeterminabilidade e a impossibilidade do objeto, quando não implicam inexistência, *desfiguram* o ato jurídico, tornando-o *ilícito*.

A doutrina costuma considerar o ato nulo como (a) ato jurídico *lícito* nulo ou então (b) inexistente. *No nosso entender, o ato jurídico nulo é, em sentido estrito, um ato ilícito, como decorrência do efeito invalidante do ilícito*¹⁵⁹. Parece-nos muito evidente que, se o ato é *proibido* pelo direito, seja a proibição quanto à pessoa que o pratica, seja em relação ao modo como se realiza, seja em razão de sua finalidade (conceito este em que se incluem a ilicitude, a imoralidade, a indeterminabilidade e a impossibilidade do objeto, bem assim as proibições de resultado), constitui-se um contra-senso afirmar que se trata de um ato jurídico lícito, mesmo que dito nulo.

A solução das questões resultantes da ilicitude, da imoralidade, da indeterminabilidade e da impossibilidade do objeto depende da orientação adotada em cada sistema jurídico. Os romanos concebiam o nulo como inexistente¹⁶⁰. Hoje, com plena razão lógica, os sistemas jurídicos consideram o nulo existente, porém com defeito. *De lege ferenda*, no entanto, nada impede que a lícitude, a moralidade, a determinabilidade e a possibilidade do objeto sejam considerados elementos de suficiência do suporte fático, portanto, de existência do ato jurídico, ou, *diferentemente*,

159. Vide, adiante, sobre o efeito *invalidante* do ilícito.

160. O formalismo do direito romano levava a considerar-se o nulo como inexistente. *Nullus* quer mesmo dizer nenhum, coisa nenhuma. *Irritus* é que designa o existente passível de nulidade e tem mais o sentido de inútil, como se conclui das lições de Gaius, *Institutas*, C. II, especialmente §§ 146/148.

Essa orientação romana transposta aos dias de hoje é responsável pela atitude de alguns doutrinadores que insistem em ter o nulo como inexistente e ineficaz. Se o ato jurídico nulo pode produzir efeitos jurídicos, como já vimos, não é possível tê-lo por inexistente, porque, à evidência, do nada não pode resultar alguma coisa.

serem tidas como causas de eficiência, e, desse modo, consideradas pressuposto de validade, conforme ocorre no sistema jurídico brasileiro.

(iii) Em relação à impossibilidade do objeto: (a) há de ser originária, se jurídica (deve existir no momento em que se realiza o ato jurídico), e, em se tratando de impossibilidade física, que permaneça, ainda, por ocasião do adimplemento; (b) deve referir-se ao objeto do ato jurídico em si, e não ao objeto da prestação. A impossibilidade superveniente, qualquer que seja, não altera a natureza do ato jurídico, portanto, não o torna inexistente nem o faz nulo, apenas constitui motivo de desfazimento do ato jurídico mediante resolução, com ou sem ressarcimento de prejuízos, conforme haja ou não responsabilidade pela impossibilitação.

Quanto à impossibilidade do objeto da prestação, seja originária, seja superveniente, jamais atua em relação à existência ou validade do ato jurídico em si, mas implicará torná-lo, sempre, resolúvel, com ou sem ressarcimento de prejuízos, conforme as mesmas regras relativas à responsabilidade civil.

§ 39. As espécies de ato jurídico: ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico

O direito, ao regular os atos humanos que têm na vontade o seu elemento nuclear, quando os não veda ou os declara vedáveis pela atuação das próprias pessoas, permite-os, mas,

(a) ou os recebe em um certo sentido, portanto, sem escolha de categoria jurídica, e com efeitos preestabelecidos e inalteráveis pela vontade dos interessados, ou

(b) diferentemente, outorga liberdade às pessoas para, dentro de certos limites, auto-regrar os seus interesses, permitindo a escolha de categorias jurídicas, de acordo com as suas conveniências, e possibilitando a estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas decorrentes.

Na espécie *a*, denominada ato jurídico *stricto sensu* ou ato não-negocial, a vontade manifestada pelas pessoas apenas se limita à função de compor o suporte fático de certa categoria jurídica, sendo que o fato jurídico daí resultante tem efeitos previamente estabelecidos pelas normas jurídicas respectivas, razão pela qual são invariáveis e inexcluíveis pelo querer dos interessados (donde dizer-se que são *efeitos necessários*, ou *ex lege*).

Na espécie *b*, denominada *negócio jurídico* ou *ato negocial*, 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 o conteúdo eficaz das relações jurídicas que nascem do ato jurídico. (Por isso se diz, embora incorretamente, que nessas espécies os *efeitos* são *queridos*, ou *ex voluntate*¹⁶¹.)

161. As expressões “efeito *ex lege*” e “efeito *ex voluntate*” são incorretas e impróprias, se as examinarmos com rigor científico. No estudo da eficácia jurídica, uma das conclusões fundamentais a que se chega é a de que efeito jurídico constitui atribuição que as normas jurídicas fazem a fatos da vida, sejam eventos, sejam atos (conduta). Desse modo, todo o efeito jurídico resulta de imputação (= atribuição) da lei aos fatos. Essa decorrência não se pode dizer, no entanto, que seja direta da lei, porque precisa, para produzir-se, de que o fato a que ela é atribuída se realize. Conforme mostramos antes, o fenômeno jurídico se expressa:

Norma jurídica
↓
= fato jurídico → eficácia jurídica
suporte fático

Ora, quando se emprega a expressão “eficácia *ex lege*” se quer realçar que ela decorre da lei e quando se diz que a eficácia é *ex voluntate* se pretende dar a idéia de que a vontade seria a fonte geradora do efeito jurídico. Assim, no entanto, não é.

Partindo da afirmação irrefutável de que a eficácia jurídica é produto do fato jurídico, portanto da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte fático, parece fácil de concluir que as expressões “efeito *ex lege*” e “efeito *ex voluntate*” são impróprias porque:

a) a primeira (*ex lege*) exclui o suporte fático e o fato jurídico, vendo apenas a lei e a eficácia jurídica; a expressão do fenômeno jurídico fica mutilada, passando a ter a seguinte forma:

Norma jurídica → eficácia jurídica

b) a segunda (*ex voluntate*) exclui a lei e o fato jurídico, vendo apenas o suporte fático e a eficácia jurídica, donde ficar assim a expressão:

Suporte fático (vontade) → eficácia jurídica

Quando a vontade (= elemento determinante da conduta que configura o ato) pode estabelecer o surgimento de efeitos jurídicos, isso terá sido consequência de haver uma norma jurídica que impute (= atribua) àquela vontade (mais propriamente ao ato que dela resulta) aquele efeito.

Por isso, para mencionar aqueles efeitos que são inafastáveis pela vontade e que se realizam pela simples formação do fato jurídico, como acontece nos atos jurídicos *stricto sensu*, preferimos a expressão *efeitos necessários*. Quanto aos efeitos que podem ser objeto de escolha pela vontade (= poder de auto-regramento da vontade), não há por que qualificá-los. Por essa razão não vemos a necessidade de encontrar um substitutivo para corrigir a expressão *ex voluntate*.

Em ambas as situações, temos:

(a) como característica comum, a circunstância de que um ato consciente de vontade dirigido a obter um resultado juridicamente regulado, constitui elemento nuclear do suporte fático e, portanto, à sua manifestação incidirá a norma jurídica correspondente, fazendo surgir o ato jurídico específico; e

(b) como traço diferencial, a particularidade de que no ato jurídico *stricto sensu* (espécie a) o poder de escolha da categoria jurídica é, praticamente, inexistente, enquanto no negócio jurídico (espécie b), esse poder existe sempre, embora com amplitude que varia conforme os seus tipos.

Há autores que negam procedência à distinção entre ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico, como são exemplos ilustres Andreoli (*Contributo alla teoria dell'adempimento*, p. 55-57), na Itália, e José Paulo Cavalcanti (Contrato consigo mesmo e representação, nota n. 2, in *Direito civil*: escritos diversos), no Brasil. Uma apreciação dos argumentos oferecidos por esses opositores da distinção será feita após o estudo do negócio jurídico, em face da necessidade de que conheçamos o seu conceito para fundamentar as nossas objeções¹⁶².

162. Deve-se à doutrina alemã (jusnaturalista) do final do século XVIII o haver detectado as diferenças entre as espécies de ato jurídico. Até então, a doutrina apenas se referia, unitariamente, ao ato jurídico.

Na França, a doutrina trata, ainda hoje, indistintamente o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico, sob a denominação genérica de *acte juridique*. Não há, ao menos, no vocabulário jurídico francês uma expressão própria, específica, para designar o negócio jurídico. Sempre que autores se referem a essa espécie empregam a locução *acte juridique*, simplesmente, que conceituam como atos *queridos* pelos interessados que têm em vista a produção de efeitos jurídicos, notadamente para criar ou transmitir um direito ou fazer nascer uma obrigação (*vide* nota 142). Por aí se vê que o conceito de *acte juridique* inclui, indistintamente, todos os atos jurídicos lícitos (corresponde, portanto, aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos *stricto sensu*).

O Code de Napoleón, ainda hoje vigente, não se refere, ao menos, a *acte juridique* e não contém uma parte que discipline os fatos jurídicos em geral. Essa técnica de haver uma parte geral nos Códigos resultou da experiência alemã refletida no BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*). O Código Civil francês apenas dispõe sobre o contrato, o quase-contrato, o delito e o quase-delito, como fontes de obrigações (art. 1.101 e s.), usando terminologia oriunda do direito romano, hoje superada.

O Código de Napoleão e a doutrina nele inspirada, mercê do expressivo domínio que durante tanto tempo teve a cultura francesa sobre a cultura dos povos, exerceram forte influência em quase todas as codificações elaboradas no final do

§ 40. Atos jurídicos mistos

É possível haver atos jurídicos em que estejam combinados ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico.

Na interpelação para constituir o devedor em mora (ato jurídico *stricto sensu* reclamativo), nada impede que o credor não se limite a pedir o pagamento no dia ajustado, mas conceda prazo maior ao devedor para pagar (negócio jurídico). O mesmo ocorre se o credor, que tem o direito de escolha de uma dentre as prestações A, B ou C, comunica ao devedor que escolheu a prestação B (= ato jurídico *stricto sensu* comunicativo), mas lhe concede oportunidade de, dentro de certo prazo, fazer outra prestação à sua escolha (= negócio jurídico).

Estes são os chamados *atos jurídicos mistos*, que, em rigor, não constituem uma categoria específica de ato jurídico, mas uma combinação de espécies classificáveis nas duas classes: ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico.

§ 41. Atos jurídicos de direito público

Exceto os de natureza normativa, como as leis e os decretos, por exemplo, que constituem uma categoria especial de atos jurídicos, os atos praticados no plano do direito público são classificáveis na categoria ato jurídico *lato sensu*. Não diferem, em essência, dos demais atos

século XIX e início do século passado. Por isso, poucas são as legislações que, como a alemã, empregam a expressão *negócio jurídico* e dentre essas as mais recentes, como a portuguesa atual e o novo Código Civil brasileiro. Geralmente, os Códigos se referem a *ato jurídico*, ou apenas a *contrato*, inclusive quando, como o nosso Código Civil de 1916, seguindo o sistema do BGB, adotaram uma parte geral. Em decorrência dessa orientação dos legisladores e como consequência do positivismo jurídico, que faz da lei o próprio direito, exacerbado pelas concepções da Escola Francesa da Exegese, que limita a expressão doutrinária à explicitação dos textos legais, praticamente, até a segunda metade do século XX, a locução “negócio jurídico” não foi muito empregada fora da literatura jurídica germânica, mesmo na Itália, onde o conceito teve grande aceitação, como observa Héctor Negri (*El negocio jurídico*, p. 23, nota 24). Atualmente, porém, a expressiva maioria da doutrina jurídica ocidental — com exceção ainda dos franceses — passou a utilizar largamente a expressão, tornando-se, mesmo, o negócio jurídico um dos temas mais discutidos e estudados da teoria jurídica; construiu-se até uma Teoria Geral do Negócio Jurídico. O Código Civil de 2002 adotou a distinção.

jurídicos (de direito privado) e, portanto, ou são atos jurídicos *stricto sensu*, ou são negócios jurídicos, ou atos mistos.

No campo do direito público há atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos não somente de direito administrativo, mas, também, de direito processual, de direito constitucional, de direito internacional, de direito social, porque, evidentemente, todos os atos que entram no mundo jurídico constituem-se ato jurídico *lato sensu*. Cada qual, no entanto, contém peculiaridades que os caracterizam e identificam com o ramo específico da Ciência Jurídica em que nascem e se situam.

A doutrina do direito administrativo faz nítida distinção entre três espécies do que costuma denominar *ato administrativo*: (a) *Ato da administração*, conceituado como aquêle praticado pela autoridade competente, unilateralmente, vinculada ou discricionariamente, no exercício de atribuições próprias (por exemplo: nomeação de funcionário). Embora, em geral, configure ato jurídico misto, pode ser somente ato jurídico *stricto sensu* ou ter natureza negocial. (b) *Os contratos administrativos* (ou *contratos públicos*), definidos como os que são regidos pelas normas do direito público, mais propriamente do direito administrativo, e se destinam à execução de obras e serviços públicos ou de fornecimento de materiais (por exemplo: contrato de concessão de serviço público; contrato para execução de obras públicas, como a construção de uma ponte ou uma estrada de ferro; contrato para fornecimento de oxigênio para hospitais). (c) *Os contratos da administração* (ou *contratos privados*), aqueles que se regem pelas normas do direito privado, civil, e têm por finalidade a prática de negócios jurídicos típicos do direito comum (por exemplo: aluguel de um imóvel para instalação de uma repartição pública^{162-A}). As espécies b e c são negócios jurídicos independentemente de serem atos complexos ou compostos.

No processo civil, por exemplo, o *ato processual* pode ter a natureza de ato jurídico *stricto sensu*, negocial, misto, apenas de prestação

162-A. Vide sobre o assunto, sob uma visão específica de direito administrativo, Cretella Júnior, *Tratado de direito administrativo*, v. III, p. 15; Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 188; Marcelo Caetano, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, p. 219; Diogenes Gasparini, *Direito administrativo*, p. 247; Diogo Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, p. 126; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de direito administrativo*, p. 203, dentre muitos outros.

de dever, ou de ato integrativo de negócios jurídicos de direito privado. A *petição inicial*, por exemplo, contém “elemento de *comunicação de vontade*, que é o desejo de solução à demanda, *comunicação de conhecimento*, que são as afirmações em juízo (aí, na petição inicial); mas o que prepondera é a *declaração de vontade*, com que se estabelece o ato jurídico de direito público...”, como refere Pontes de Miranda em seus *Comentários ao CPC* (t. I, p. 101). Embora haja preponderância do elemento negocial (*declaração de vontade*), há em seu conteúdo atos jurídicos *stricto sensu comunicativo* (comunicação de vontade) e *enunciativo* (comunicação de conhecimento). Na *transação dita extrajudicial* (feita pelas partes fora do processo e levada à homologação do juiz), a homologação constitui ato integrativo de *eficácia processual* do negócio jurídico, que é de direito privado; pela homologação, o negócio jurídico passa a ter natureza processual com eficácia própria da *transação judicial* (= feita nos autos do processo). O juiz quando *recebe a inicial e ordena a citação do réu*, pratica ato processual classificável como ato jurídico *stricto sensu*.

Como é evidente, as características que são próprias dos atos jurídicos de direito público os tornam diferentes dos atos jurídicos de direito privado. Têm normatização jurídica peculiar, em face da predominância do interesse público neles sempre presente. Nos negócios jurídicos de direito público, por exemplo, tais peculiaridades se refletem, especialmente:

(a) No plano da interpretação de seu conteúdo, que não obedece às regras comuns aos negócios jurídicos de direito privado. Na interpretação de atos jurídicos de direito público prevalece o *conteúdo da declaração segundo está expressa*, não a intenção das partes, como ocorre no direito privado, segundo a norma do art. 112 do Código Civil.

(b) Na sua regência pelo *princípio da legalidade*, ao contrário do *princípio do auto-regramento (autonomia) da vontade*, vigente no direito privado. Mesmo quando há *discrecionariedade*, nos negócios jurídicos a administração não tem liberdade negocial, uma vez que somente podem ser praticados nos limites definidos pela lei. O *princípio da legalidade* se prende ao aspecto da oportunidade de praticar o ato, não em relação ao ato em si e ao seu conteúdo. O poder público manifesta o seu poder de auto-regramento através da legislação, não como o particular, que tem liberdade de contratar.

Apesar disso, essas peculiaridades não lhes transmudam a essência, pois constituem, na realidade, elementos completantes ou mesmo com-

plementares do suporte fático dos atos jurídicos. Assim, por exemplo, no plano do direito privado, fala-se na *capacidade do agente* como pressuposto de validade (= elemento complementar) do negócio jurídico, enquanto no campo do direito público esse pressuposto é denominado *competência do agente público* (= *autoridade*). No que respeita à forma, no direito público o ato é sempre solene (no sentido de que se exige sempre solenidade; pelo menos a forma escrita); no direito privado a regra é a liberdade quanto à forma, apesar das exceções.

Outro elemento complementar típico do ato jurídico de direito público consiste na sua *publicidade*, a qual só em casos específicos é exigida na área do direito civil, por exemplo.

A *publicação*, quando necessária, entra no ato administrativo como elemento integrativo concernente à eficácia. Nunca é elemento de existência ou de validade. A falta de publicidade do ato administrativo implica, assim, sua ineficácia. O mesmo acontece quando se trata de contrato administrativo e a lei exige a sua publicação. No plano do direito público, essa ineficácia faz nulos os atos que *sejam* de execução do ato não publicado. Se, *e. g.*, a pessoa nomeada para cargo público tomar posse antes da publicação do ato, haverá nulidade da posse (que não se convalidará se o ato for publicado depois. Haverá necessidade de *repetição* do ato de posse). O mesmo ocorrerá com o contrato administrativo.

Como categoria geral, parece-nos, os atos jurídicos de direito público são atos jurídicos enquadáveis, simultaneamente, nas duas espécies de ato jurídico (ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico); configurando, no mais das vezes, ato misto. No entanto, atendendo às suas peculiaridades e aos ramos do direito em que se encontram, afigura-se-nos mais conveniente denominá-los, genericamente, *atos jurídicos de direito público* ou, particularizadamente, *administrativos*, *processuais*, *constitucionais* etc.

§ 42. Os chamados “atos complexos” e “atos compostos”

A doutrina do direito público, mais notadamente direito administrativo, costuma referir-se (a) a *atos complexos* e (b) a *atos compostos*, assim considerados aqueles atos jurídicos de direito público para cuja realização se exige a prática de vários atos e deliberações que lhes são condicionantes. A diferença entre eles residiria na circunstância de que, no primeiro (a), o conjunto de atos e deliberações que o integram seriam praticados por órgãos integrantes de um mesmo Poder do Estado ou

entidade administrativa autônoma, enquanto o segundo (b) se compo-riam de atos e deliberações praticados por órgãos de Poderes ou entidades diversos.

Para a nomeação de um servidor público em caráter efetivo há necessidade de que tenha sido, previamente, aprovado em concurso público que, em regra, é realizado no âmbito da entidade interessada. À contratação de uma empresa para a prestação de certo serviço (execução de uma obra pública, por exemplo) é imperiosa a realização de uma licitação, ao menos. Esses são exemplos de *atos complexos*.

Para nomeação de um desembargador de Tribunal de Justiça em vaga destinada a advogados, há necessidade de que a OAB indique, ao próprio Tribunal, lista sêxtupla, para que, dentre os indicados, forme lista tríplice e a encaminhe ao Governador do Estado para que escolha um. Para o Presidente da República nomear um Ministro do Supremo Tribunal Federal é preciso que o nome do escolhido seja submetido à aprovação do Senado Federal. Estes são exemplos de chamados *atos compostos*. O Governador do Estado não pode nomear pessoa cujo nome não conste da lista tríplice, nem o Tribunal escolher fora da lista sêxtupla, pois estes constituem atos condicionantes do ato de nomeação. Assim também o Presidente da República não pode nomear quem não haja sido aprovado pelo Senado.

Como parece claro, bem analisadas as espécies, constata-se que não se trata de categorias especiais de ato jurídico, mas, sim, de atos jurídicos cujos suportes fáticos são integrados por vários atos jurídicos. Considerando os exemplos acima, a indicação pela OAB, pelo Tribunal ou a aprovação pelo Senado Federal constituem, *per se*, atos coletivos (vide adiante § 55, 2.3) que compõem o suporte fático do ato de nomeação. Todos, vistos isoladamente, têm a natureza de atos jurídicos *stricto sensu* comunicativos, mas o ato complexo ou composto se chama *ato de nomeação*, pois este é o ato final. No ato complexo e no ato composto há um *ato final*, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá a denominação, e há o *ato* ou os *atos condicionantes* desse ato final, todos relacionados entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um *processo*, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a certo fim (exercício de uma competência, de um poder ou prestação de um dever). Os atos condicionantes são preparatórios do ato final e dele constituem pressupostos de validade e/ou de eficácia, não de sua existência. É preciso ressaltar que cada um dos atos tem de atender a seus próprios pressupostos de

validade e/ou eficácia. A nulidade de um deles, por exemplo, contamina os que lhe são posteriores e invalida o ato complexo ou composto. Não afeta, porém, nem em sua falta, a existência do ato complexo ou composto, que será, nesse caso, nulo. Se o Presidente da República nomeia Ministro do STF sem prévia aprovação do Senado, o ato de nomeação existirá, porém nulamente.

Em verdade, como ocorre com todo fato jurídico, os chamados atos complexos ou compostos carecem para que existam e/ou sejam válidos, e eficazes de que estejam presentes, materializados, todos os elementos nucleares (= cerne e completantes), complementares e integrativos que compõem o seu suporte fático. Por isso, se falta algum dos nucleares, o ato jurídico não existe; se a carência ou defeito diz respeito aos complementares ou integrativos, conforme a espécie, embora exista, o ato jurídico será inválido ou ineficaz. Nos atos jurídicos, sejam complexos, sejam compostos, do tipo denominado *atos da administração*, o ato final, em geral, constitui o elemento cerne do suporte fático (a nomeação de desembargador, por exemplo), sendo elementos complementares os outros atos (a indicação, *e. g.*). Por isso, o ato tem a denominação de *ato de nomeação*, e o ato composto somente existe quando o Chefe do Executivo pratica o ato final. Se não houve indicação, ou se a indicação é nula, porque se trata de atos complementares, há nulidade do ato de nomeação, não inexistência. Quando a lei prescreve que, feita a indicação, o Executivo tem prazo para efetivar a nomeação, decorrido o qual, sem manifestação da autoridade competente, a pessoa indicada, ou a indicada como primeira da lista, será considerada nomeada, há, na omissão, aprovação tácita. Tem-se o silêncio como manifestação concludente de vontade, como se o ato fora praticado, concretizando-se, assim, o núcleo do suporte fático. Se a nomeação somente pode ser feita dentre pessoas aprovadas em concurso público e segundo a ordem da classificação, a aprovação no concurso e a posição no rol dos aprovados constituem elementos complementares do suporte fático do ato complexo na condição de pressuposto de validade.

Nos contratos administrativos que dependem de licitação, esta constitui ato complementar condicionante de validade do ato final, que é o contrato.

Por fim, o ato administrativo tem na publicidade pressuposto de eficácia. No entanto, se a falta de publicidade diz respeito a ato condicionante, a ineficácia daí resultante implica invalidade dos atos que lhe são posteriores.

CAPÍTULO XI

Do Ato Jurídico *Stricto Sensu*¹⁶³

§ 43. Conceituação

Quando alguém estabelece sua residência com *ânimo definitivo*, manifesta uma vontade que constitui a parte volitiva do suporte fático de um fato jurídico (= constituição de domicílio), cujo efeito jurídico é considerar-se aquela o domicílio da pessoa (Código Civil, art. 70). Não há, na constituição de domicílio, necessidade de que a pessoa *declare* sua intenção de constituir-lo (embora o possa fazer — Código Civil, art. 74, parágrafo único) nem se exige, ao menos, que o queira mesmo constituir (pode nem saber, de fato, que o está constituindo), como, por outro lado, não lhe é permitido *determinar* em contrário (dizendo, por exemplo, que, embora seja aquela a sua residência definitiva, não será o seu domicílio) nem lhe atribuir outro caráter ou efeito que não seja o previsto pela norma jurídica. Há, nessa situação, uma manifestação de vontade (= estabelecimento de residência com *ânimo definitivo*), que, somada ao fato concreto da fixação da residência, faz nascer um ato jurídico cuja eficácia, predeterminada pela lei, se realiza necessariamente, sem que a vontade da pessoa possa modificá-la, para ampliá-la, restringi-la ou evitá-la.

Do mesmo modo, é o que ocorre no reconhecimento da filiação (paternidade ou maternidade) não resultante de casamento, no perdão, na quitação¹⁶⁴, na interpelação para constituir o devedor em mora, na escolha das prestações alternativas, na confissão, na interrupção da prescrição e em todas as espécies de atos jurídicos em que a vontade é

163. A denominação ato jurídico *stricto sensu* parece-nos a mais expressiva e por isso a adotamos. Outras expressões, no entanto, são propostas pela doutrina, tais como: atos não negociais e atos semelhantes aos negócios. O novo Código Civil optou por usar a expressão *atos jurídicos lícitos*, absolutamente inexpressiva e acientífica, porque dá a idéia de que os negócios jurídicos estão excluídos da categoria ato jurídico lícito.

164. Na classificação de certos fatos jurídicos grassa, na doutrina, séria confusão. Nessa situação se encontram o perdão, a quitação e o adimplemento das obrigações (pagamento), por exemplo.

manifestada, apenas, para tornar concreto o suporte fático respectivo. Não há, no entanto, poder de escolha de categoria jurídica nem, conseqüentemente, poder de estruturar o conteúdo da relação jurídica que constitua a eficácia atribuída, inalteravelmente, pela lei ao fato jurídico correspondente.

No reconhecimento da filiação não resultante de casamento, o pai, ou a mãe, faz, somente, exteriorização de conhecimento de fato (= declara que aquela pessoa é seu filho). Nessa declaração, não há qualquer dose de escolha de categoria jurídica, cabendo ao genitor a prática do ato do reconhecimento, apenas. Por isso, não é possível fazer-se o reconhecimento sob condição, ou a termo, ou com encargos. Os efeitos do reconhecimento são invariáveis e inexcluíveis pelo querer das pessoas.

No ato jurídico *stricto sensu*, como se conclui, a vontade não tem escolha da categoria jurídica, razão pela qual a sua manifestação apenas produz efeitos necessários, ou seja, preestabelecidos pelas normas jurídicas respectivas, e invariáveis.

Alguns doutrinadores procuraram estabelecer a distinção entre ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico com base na forma de exteriorização da vontade cerne do suporte fático, afirmando que as *manifestações de vontade* configurariam os atos jurídicos *stricto sensu*, enquanto as *declarações de vontade* caracterizariam os negócios jurídicos. Essa distinção, no entanto, não pode ser aceita, uma vez que tanto há atos jurídicos *stricto sensu*, que exigem declaração de vontade para existir, como negócios jurídicos que se constituem de simples manifestações de vontade¹⁶⁵.

Em verdade, de ordinário, bastam simples manifestações de vontade para que se concretize o suporte fático de ato jurídico *stricto sensu*. Nada impede, porém, que as normas jurídicas tenham como pressuposto de sua incidência uma manifestação qualificada de vontade, ou seja, uma *declaração de vontade*. No reconhecimento de paternidade há *declaração*, como há declaração quando o dono do negócio faz comunicação de que não ratifica o contrato concluído em seu nome por alguém que não é seu representante (gestor).

165. Na venda a contento, se aquele que recebe a oferta consome o bem ofertado, conclui o negócio jurídico de compra-e-venda sem declaração. A consumição é mera manifestação de vontade que exemplifica caso de negócio jurídico sem declaração. Da mesma maneira, pratica o negócio jurídico unilateral da revogação sem declaração o testador que rompe o testamento cerrado.

Desse modo, o elemento basilar para a conceituação do ato jurídico *stricto sensu* que permita distingui-lo do negócio jurídico consiste não no modo como se deve exteriorizar a vontade cerne do suporte fático, mas no poder de escolha da categoria jurídica que consubstancia o poder de auto-regramento da vontade.

A partir dessas observações, podemos formular um conceito de ato jurídico *stricto sensu*, como sendo o fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas.

§ 44. As várias classes de atos jurídicos *stricto sensu*

Há várias propostas doutrinárias visando a classificar os atos jurídicos *stricto sensu*¹⁶⁶. Pela melhor terminologia, porque mais expressiva, adotamos a elaborada por Pontes de Miranda, segundo a qual os atos jurídicos *stricto sensu* se classificam em:

(a) atos jurídicos “*stricto sensu*” *reclamativos*, consubstanciados em reclamações ou provocações, como acontece na interpelação para constituir o devedor em mora ou para que o credor exerça seu direito de escolha nas obrigações alternativas;

(b) atos jurídicos “*stricto sensu*” *comunicativos*, constituídos por comunicações de vontade, que, de regra, têm a finalidade de dar ciência a alguém, figurante de uma relação jurídica, do *querer* de quem faz a comunicação — a essa categoria pertencem, por exemplo, a comunicação de escolha da prestação, a permissão para sublocar (quando exigida no contrato);

(c) atos jurídicos “*stricto sensu*” *enunciativos*, que consistem em exteriorizações (comunicações) de *conhecimento* (de representação) ou de sentimento, como o reconhecimento de paternidade e de maternidade fora do casamento, a confissão, o perdão, a quitação *e. g.*;

(d) atos jurídicos “*stricto sensu*” *mandamentais*, que se configuram em manifestações de vontade que se destinam a impor ou proibir um determinado procedimento por parte de outra pessoa; exemplos: a manifestação do proprietário para exigir que o dono do prédio vizinho proceda à sua demolição ou reparação, quando ameaça ruína (Código Civil, art. 1.280); o “prévio aviso” ao vizinho de que utilizará o seu prédio temporariamente quando seja imprescindível à reparação ou limpeza, construção ou reconstrução de sua casa (Código Civil, art. 1.313);

(e) atos jurídicos “*stricto sensu*” *compósitos*, que consistem em manifestações de vontade que não bastam em si, pois necessitam de outras circunstâncias para se completarem, como é o caso, *v. g.*, da constituição de domicílio (fixação de residência + ânimo definitivo — Código Civil, art. 70), da gestão de negócio (vontade de gerir negócio alheio + efetiva gestão, Código Civil, art. 861). Essa categoria de ato jurídico *stricto sensu*, apesar da parte fática que integra seu suporte, não configura nem se confunde com os atos-fatos jurídicos, porque nestes, nos atos-fatos, a vontade é irrelevante, enquanto naqueles, o ato volitivo expresso constitui elemento nuclear do suporte fático.

É preciso ressaltar, como já fizemos antes (§ 40), que a inclusão de declarações de vontade que constituam negócios jurídicos quando da prática de ato jurídico *stricto sensu* não altera a natureza deste. Em tais hipóteses há atos mistos, de modo que cada um dos atos jurídicos (*lato sensu*) que o compõem guarda inalterada a sua individualidade. Portanto, se na prática de ato jurídico *stricto sensu* o figurante inclui declaração de vontade que seja negócio jurídico, deve-se entender que existem, concomitantemente, as duas espécies, cada qual com seus próprios pressupostos de existência, de validade e eficácia.

166. Vide várias tentativas de classificação na obra de Vicente Ráo, *Ato jurídico*, especialmente Capítulo I, n. 9.