

## FATO JURÍDICO

**Edvaldo Sapia Gonçalves**

Professor de Direito Civil – Mestrando em Direito Civil  
pela Universidade Estadual de Maringá.

RESUMO: O presente artigo trata do fato jurídico como suporte da aplicação da norma jurídica.

ABSTRACT: The present article deals with the legal fact as bed of the application of the rule of law.

### 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A elaboração de uma Parte Geral do Direito Civil<sup>2</sup>, embora seja resultado de séculos de experiência do direito<sup>3</sup>, somente começou a partir das conquistas do racionalismo e do jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, atingindo maior desenvolvimento, sobretudo no século XIX, com a Escola Histórica e a Pandectística alemã<sup>4</sup>.

As principais figuras e conceitos fundamentais da Parte Geral – direito subjetivo, dever jurídico, relação jurídica, fato jurídico, negócio jurídico, assim como, de invalidade deste (nulidade e anulabilidade – são

construções recentes e não eram conhecidas no Direito Romano, pois aos romanos faltava o grau necessário de abstração para a formação daqueles conceitos<sup>5</sup>.

Dessa forma, apesar de mais de dois milênios terem sido necessários para uma maior precisão de linguagem e raciocínio jurídico, a teoria do fato jurídico é moderna, merecendo maior atenção aos estudiosos do Direito.

A despeito da brilhante atuação de Pontes de Miranda no desenvolvimento doutrinário da teoria do fato jurídico no Brasil, nem sempre foi ela devidamente valorizada ou até mesmo compreendida corretamente. Veja-se, por exemplo, a transcrição do trecho da exposição de motivos dos autores do Anteprojeto de Código das Obrigações Parte Geral (1941): “O livro III da parte geral do nosso Código Civil, inscrito sob a rubrica “Fatos Jurídicos”, está, por exemplo, intimamente ligado ao direito das obrigações, projetando raros reflexos sobre as outras partes do Código Civil”.<sup>6</sup>

Ora, o FATO JURÍDICO é noção fundamental do direito<sup>7</sup>, objeto de análise da Parte Geral do Direito Civil, mas que integra o hipersistema da Teoria Geral do Direito<sup>8</sup>. A utilidade de seu conceito é extensível a qualquer área da Ciência Jurídica.

### 2. NORMA E FATO JURÍDICO

É a norma jurídica que define o fato jurídico. É ela que descreve hipoteticamente o fato (= suporte fático)<sup>9</sup>, entre aqueles do mundo dos fatos, ao qual pretende dar a qualificação de jurídico. Caso ocorra corretamente o

<sup>5</sup> Sobre abstração e o Direito Romano, vide o seguinte artigo de CARLOS DAVID SANTOS AARÃO REIS: “Direito Romano, abstração e parte geral do Direito Civil”, in: Revista de Direito Civil, n° 70:29-40, São Paulo.

<sup>6</sup> SENADO FEDERAL. Subsecretaria de Edições Técnicas. Código Civil. Anteprojeto. Vol. 1, p.56.

<sup>7</sup> “A noção fundamental do direito é a de *fato jurídico*”; depois a de *relação jurídica*; não a de *direito subjetivo*, que é já noção do plano dos efeitos; nem a de *sujeito de direito*, que é apenas termo da relação jurídica. Só há direitos subjetivos porque há sujeitos de direito; e só há sujeitos de direito porque há relações jurídicas.” – PONTES DE MIRANDA, op. cit., tomo 1, prefácio, p. XVI.

<sup>8</sup> MELLO, Marcos Bernardes de, Teoria do fato jurídico, p. XV-XVIII.

<sup>9</sup> A expressão suporte fático, condenada por Garcia Máynes, muitas vezes é substituída por outras, como: pressuposto de incidência, tipificação legal, tipo legal, hipótese de incidência. A esse respeito, veja-se MARCOS BERNARDES DE MELLO, op. cit., p.34-35, especialmente a nota 43. A opinião de ORLANDO GOMES é de que não há entre nós um vocábulo para o designar e adota o italiano *fattispecie*, in Introdução ao Direito Civil, p. 210. Veja-se, também, LUIZ EDSON FACHIN, in Novo conceito de ato e negocio jurídico, p. 2. Ainda, EMÍLIO ALBERTO MAYA GISCHOKOW, in Classificação dos fatos jurídicos, p. 43-44.

<sup>2</sup> Que alguns desprezam, como demonstra o seguinte trecho da exposição de motivos do anteprojeto de Código das Obrigações. Parte Geral (1941; Comissão elaboradora: Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães): “A existência da parte geral do Código Civil resulta de um processo excessivo de técnica que dificulta o ensino e a apreensão imediata do sentido das normas jurídicas. Na própria Alemanha, que criou o método, encontra-se ele hoje em certo desfavor. Assim, a redução da parte geral, ou, até, sua abolição, constitui obra de realismo, sem grandes inconvenientes, dado que os preceitos inscritos nas varias partes dos Códigos ou no conjunto da legislação, hão de concatenar-se necessariamente em um sistema geral, sempre que possam ter aplicação comum aos diversos ramos do Direito” in SENADO FEDERAL, Subsecretaria de Edições Técnicas. Código Civil, Anteprojeto. Vol. 1, p. 56.

<sup>3</sup> “Quando se trata de direito privado contemporâneo, poucos são os que são dão conta de que há mais de dois mil anos se vem elaborando toda a doutrina de que desfrutamos” – PONTES DE MIRANDA, in Tratado de Direito Privado, tomo 1, prefácio, p. XVIII.

<sup>4</sup> Informa PONTES DE MIRANDA, op. cit, tomo 1, prefácio, p. XX: “À doutrina pandectista do século XIX deve-se a elaboração da Parte Geral do direito civil a ponto de se haver imposto, no século XX, às codificações mais autorizadas, exceto, o que é lamentar-se, à codificação italiana”.

fato hipotético, serão produzidas certas conseqüências prescritas abstratamente (= eficácia jurídica). Logo, conclui-se que o fato do mundo não é suporte fático de uma norma jurídica vigente não é considerado fato jurídico, continuando apenas no mundo fático.

A existência e vigência da norma jurídica completa<sup>10</sup> pressupõem a possibilidade de sua incidência<sup>11</sup>, mas isso não quer significar que ela irá incidir e produzir eficácia, pois bastará que o suporte fático não ocorra, para que não se produza efeito jurídico algum. Dessa constatação, necessariamente há que se concluir: a incidência da norma tem como pressuposto a concreção do suporte fático.

As características da incidência da norma jurídica são a infalibilidade (incondicionalidade) e a inesgotabilidade. A concreção do suporte fático impõe, infalivelmente, a incidência da norma<sup>12</sup> e ela não se esgotará com uma única verificação do suporte fático, mas poderá sempre incidir enquanto estiver em vigência, salvo quando ela própria seja destinada a um único caso, encerrando sua eficácia com a ocorrência desse.

Quanto às conseqüências da incidência da norma, essas podem ser no sentido de juridicizar o suporte fático ou parte relevante dele; desjuridicizar (e. g., normas sobre revogação de doação)<sup>13</sup>; pré-excluir juridicidade (legítima defesa, exercício regular de direito ou destruir coisa alheia para remover perigo eminente); invalidar (nulidade e anulabilidade) e deseficacizar (prescrição e decadência)

### 3. SUPORTE FÁTICO

Enquanto o suporte fático é mera descrição hipotética da norma jurídica, podemos chamá-lo de suporte fático hipotético ou abstrato, mas quando esse fato hipotético materializa-se no mundo fático, passa a ser

considerado um suporte fático concreto, que possibilita a incidência da norma que, tornando-o fato jurídico, integra-lo-á ao mundo jurídico.

Portanto, o fato jurídico não existirá sem essa combinação perfeita entre a norma jurídica e o suporte fático concreto. Daí, a necessidade de agora estudarmos com mais detalhes o suporte fático.

A edição de uma norma jurídica é resultado de uma valoração jurídica, de modo que nem todos os fatos do mundo interessam ao Direito, mas tão somente aqueles que respondem aos critérios axiológicos escolhidos. Para que sejam admitidos como suporte fático, segundo Marcos Bernardes de Mello<sup>14</sup>, poderão ser considerados os fatos ou conjunto de fatos relacionados a:

- a) **Fatos da natureza e do animal:** desde que esses possam ser atribuídos ao homem, não interessando os fatos que não digam respeito a ele, que não atinjam sua esfera jurídica ou que não digam respeito ao seu modo de atuar. Assim, há relevância para a responsabilidade por fatos do animal, a propriedade do mesmo, nada significando quando se trata de animal selvagem, sem alguém constituído na condição de proprietário;
- b) **Atos humanos exteriorizados:** podem esses ser volitivos (expressos, silentes ou tácitos; vontade consciente) ou avolitivos (ato-fato jurídico em que a vontade é desconsiderada). Quanto à vontade, tem-se que ela é o pressuposto principal no suporte fático dos atos jurídicos *stricto sensu* e dos negócios jurídicos<sup>15</sup>;
- c) **Dados psíquicos:** meras atitudes, dados anímicos ou desejos íntimos, quando relacionados a um acontecimento (e. g., um ato exteriorizado), como é o caso da intenção de gratificar na doação.
- d) **Estimações valorativas:** honra e boa fama do outro cônjuge; negligência e imprudência; atos atentatórios à moral e aos bons costumes; boa-fé, entre outros;
- e) **Probabilidades:** lucros cessantes; prole eventual; direitos materiais do nascituro;
- f) **Fatos jurídicos e efeitos jurídicos:** fatos e efeitos jurídicos também podem compor o suporte fático de outro fato jurídico. Quanto aos efeitos jurídicos, são exemplos: a

<sup>10</sup>Compreendida como a que descreve o suporte fático e a eficácia jurídica.

<sup>11</sup>Estar em vigor a norma não significa que ela já incida, mas que ela já pode incidir. Vigência é a incidibilidade da norma jurídica, sendo que sua eficácia jurídica (= efeitos a serem produzidos) só será possível com a materialização do suporte fático.

<sup>12</sup>Se ocorrendo o suporte fático não forem aplicados os efeitos jurídicos, certamente será pela impotência coativa do Estado em fazer cumprir o Direito.

<sup>13</sup>É na desjuridicização, segundo MARCOS BERNARDES DE MELLO, que estariam localizadas a resolução *stricto sensu* e a rescisão. Afirma ele: "A efetivação da desjuridicização por meio de revogação, rescisão ou resolução *stricto sensu*, não decorre da norma cogente imperativa, mas se constitui em atos de autonomia das pessoas, uma vez que a sua prática não lhes é imposta, mas, apenas permitida. ... O ato jurídico de revogar, rescindir ou resolver *stricto sensu* é puramente instrumental do permissivo de desjuridicizar que tem por conseqüência, exatamente, o desfazimento da juridicidade. O fato que era jurídico é excluído do mundo do direito retornando ao mundo fático, desvestido de toda a sua juridicidade". Op. cit., p. 70-71. Tem-se que a denúncia e o arrependimento têm igual condão de desjuridicizar.

<sup>14</sup>Op. cit., p. 36-46.

<sup>15</sup>Sobre isso, veja-se o artigo JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA: "A importância do elemento volitivo na configuração do ato jurídico", in Direito em ação. Órgão informativo do Centro Acadêmico Sobral Pinto – UEM, nº2:5, Maringá, abr/jun, 1991

mora, como suporte fático do ressarcimento de danos (art. 1.056, CC); a personalidade jurídica da sociedade, como suporte fático dos negócios jurídicos que realiza; a existência de contrato, como suporte fático para a responsabilidade por ilícito contratual. Quanto aos fatos, jurídicos, afirma MARCOS BERNARDES DE MELLO: “O suporte fático dos contratos tem como elementos dois fatos jurídicos (negócios jurídicos unilaterais): a proposta (oferta) e a aceitação”<sup>16</sup>;

- g) **Casualidade física:** a relação de causa e efeito como suporte fático é encontrada, *e. g.*, na obrigação de reparar danos por ato ilícito para a qual se exige nexos causal entre o ato ilícito e o dano sofrido.
- h) **Tempo:** embora o tempo não possa ser fato jurídico, integra, não raras vezes, o suporte fático para algum fato jurídico, *e.g.*, a usucapião, a mora, o direito de preferência (antecedência de 30 dias do registro do contrato de locação), atingimento da maioridade, da idade núbil e da idade emancipável, entre outros.
- i) **Elementos positivos e negativos:** os suportes fáticos normalmente são constituídos de elementos positivos, como é possível verificar nos itens anteriores, porém, também podem compô-los elementos negativos, como são os casos de omissões, abstenções, silêncio, abster-se de determinada conduta, entre outros.

Conhecidos os elementos que podem compor o suporte fático de fato jurídico, intensa verificar as condições da sua formação, mais especificamente sobre a eficiência e a deficiência do suporte fático. Para isso, torna-se indispensável ter em vista que o suporte fático pode ser:

- a) **Simplex:** formado por apenas um único fato. Embora sejam os menos frequentes, são os de menor discussão, isso dada a sua simplicidade, pois se resumem à verificação da ocorrência do fato previsto pela norma. Por exemplo, tenha-se o fim da personalidade da pessoa física com a morte.
- b) **Complexo:** deve haver a concorrência de um grupo de fatos suficientes para que, incidindo sobre eles a norma, torne aqueles vários elementos fáticos um único fato jurídico. Exemplifica Gischkow: “Entretanto, o fato do testamento, mais o fato da capacidade do testador, mais o fato da

observância das formalidades e requisitos legais, tanto substanciais como formais, na elaboração do testamento e mais o fato da morte do testador constituem um conjunto de circunstâncias que implica na incidência da regra jurídica de direito sucessório, qualificando tal conjunto de fatos como jurídico e determinando o surgimento da relação jurídica correspondente de sucessão testamentária”<sup>17</sup>. Assim, o suporte fático complexo só é considerado concretizado quanto todos os fatos previstos pela norma estejam materializados. São os mais frequentes, principalmente aqueles no campo dos negócios jurídicos, e os que suscitam as dúvidas sobre a suficiência e a deficiência do suporte fático.

Mas o que é suficiência e deficiência do suporte fático?

A idéia de suficiência e de deficiência de suporte fático está intimamente ligada à idéia de elementos nucleares completantes e complementares do suporte fático, bem como, de seus elementos integrativos.

O núcleo ou cerne de um suporte fático é o fato ou conjunto de fatos que a norma requer como elementos essenciais para a própria “existência” do fato jurídico<sup>18</sup>, portanto, denominados de **elementos nucleares**:

Esse é o caso, quando a vontade é considerada relevante (atos jurídicos *lato sensu*). Se houver coação física (*vis absoluta*)<sup>19</sup>, eliminando de

<sup>17</sup> Classificação dos fatos jurídicos, *in* Revista de Processo, n° 53:43-53, p.45.

<sup>18</sup> MIRANDA, Pontes de, Tratado de Direito Privado, tomo, p. 33-34; MELLO, Marcos Bernardes de, *op. cit.*, p. 42-46. Mas tratando-se de mera imperfeição do elemento nuclear será igualmente considerado deficiência do suporte fático, como é o caso dos vícios da vontade, nesse sentido também entende. MELLO, *op. cit.*, p.67-68

<sup>19</sup> WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *in* Curso de Direito Civil, 1° Volume, Parte Geral, p. 201, sobre a coação física afirma: “Na seção III, ora em estudo, não cuida o Código dessa espécie da coação, que não é simples vício de consentimento, mas completa ausência de consentimento. Verificada hipótese de total supressão de vontade, o ato não é simplesmente anulável, mas nulo de modo irremediável, porque lhe falta elemento substancial, o consentimento do interessado”. Igualmente, MARIA HELENA DINIZ (Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria Geral do Direito Civil, 1° Volume, p. 247): “A física ou *vis absoluta* é o constrangimento corporal que retira toda a capacidade de querer, implicando ausência total de consentimento, o que acarreta nulidade do ato, não se tratando de vício da vontade”; e CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA (*in* Instituições de Direito Civil, vol. I, p. 362): “Não há uma declaração de vontade, nem mesmo qualquer vontade na vítima, e esta falta completa de consentimento deve implicar na nulidade total do ato”. Mas se for considerado que há a insuficiência do suporte fático (nesse caso, a ausência de consentimento), o ato deve ser considerado inexistente e não nulo. Nulidade (essa que está relacionada à idéia de validade) diz respeito aos fatos jurídicos em que a vontade humana é

<sup>16</sup> *Op. cit.*, p. 39.

forma determinante esse **elemento cerne**, isso implicará na insuficiência do suporte fático. Igualmente, não haverá sucessão sem a ocorrência da morte, ilícito civil sem contrariedade ao direito<sup>20</sup> ou contrato de compra e venda sem acordo de vontades.

Completando o núcleo do suporte fático, têm-se os **elementos completantes** que, igualmente, são pressupostos de “existência” do fato jurídico<sup>21</sup>. Assim, o preço, no contrato de compra e venda, é elemento completante, da mesma forma, a tradição no contrato de comodato.

Poder-se-á verificar que há diversos pressupostos subjetivos, objetivos e formais (quando a lei não dispensa a forma exigida) que são considerados elementos completantes, *e. g.*, a personalidade, a licitude do objeto e a forma (escritura pública na compra e venda de imóveis acima do valor legal).

Sem integrarem o núcleo do suporte fático, mas apenas complementando-o, os **elementos complementares** produzem conseqüências no que diz respeito à “validade” ou à “eficácia” do fato jurídico, nada influenciando em sua “existência”. São exemplos a capacidade civil, a legitimação e a forma<sup>22</sup> (quando essa não é elemento completante).

Finalmente, os **atos integrativos** fazem parte do suporte fático do fato jurídico, em nada interferindo em sua “existência”, “validade” ou “eficácia”, mas tratam-se de atos de terceiros – normalmente, da autoridade pública -, mas que atuam em sentido de uma eficácia final. São exemplos os atos de registros os de autorização do poder público.

Agora sim, podem ser analisados os aspectos de suficiência e de deficiência do suporte fático.

Um suporte fático complexo só se torna suficiente com a materialização de todos os fatos previstos pela norma, sendo que a falta de um deles implica em insuficiência para que a norma possa incidir. Portanto, a tendo-o por inexistente. Por outro lado, a excessividade de fatos não impossibilita a incidência, mas, nesse caso, o aplicador da lei deve proceder no sentido de verificar se os fatos a mais não são pressupostos relevantes da incidência de outra norma jurídica; portanto, suficientes para outro fato jurídico diferente.

Podem ocorrer que o suporte fático suficiente seja deficiente, e assim é quando falta-lhe algum elemento complementar ou pela imperfeição elemento nuclear (vícios de vontade, por exemplo). Quando o suporte fático é deficiente, atua no plano de “validade” e “eficácia” do fato jurídico. Os planos de “existência”, “validade” e “eficácia” serão objeto de análise da seção seguinte.

#### 4. EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO FATO JURÍDICO

O que não existe nenhum interesse tem para a análise da validade e da eficácia. Somente o que existe, o que entra no plano do ser, pode ser considerado sob os aspectos da validade e da eficácia. Todos os fatos jurídicos, sem exceção, pressupõem a existência jurídica e esses só passam a existir quando o suporte fático suficiente sofre a incidência da norma. São inexistentes quando se constata a insuficiência do suporte fático.

Somente os fatos jurídicos que tenham a vontade humana como elemento nuclear do suporte fático é que são analisados sob o prisma da validade. São punidos com a invalidade (nulidade e anulabilidade)<sup>23</sup> os atos jurídicos (ato jurídico *stricto sensu* e os negócios jurídicos), que apresentem deficiência de elemento complementar ou de imperfeição de elemento nuclear do suporte fático, seja quanto ao sujeito, ao objeto ou à forma (quando essa é tida como elemento complementar e não completante).

Considere-se, como exemplo de nulidade relativa por imperfeição do elemento nuclear do suporte fático, os chamados vícios do consentimento, e de nulidade absoluta o negócio jurídico praticado, em próprio nome, pela sociedade não personalizada (sociedade irregular ou de fato). Como exemplo de nulidade relativa por deficiência do elemento complementar, tem-se a

---

elemento nuclear do suporte fático, maneira que, não havendo consentimento, inexistente o fato jurídico. Sobre existência e validade do fato jurídico veja a próxima seção IV. Nesse sentido, é a opinião de CLÓVIS BEVILAQUIA (*in* Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, vol. I, p. 347), sobre a coação física: “... tolhe, inteiramente, a liberdade, faz desaparecer a vontade, não permite a formação do ato jurídico”; de SÍLVIO RODRIGUES (*in* Direito Civil, Parte Geral, vol. I, p. 199): “Nessa hipótese, não há consentimento e, por conseguinte, não há ato jurídico”, e de SERPA LOPES (*in* Curso de Direito Civil, vol. I, p. 398-399): “No primeiro caso, temos a *vis absoluta*. Esta já não produz simplesmente a anulabilidade do ato jurídico, senão a sua própria inexistência ...”.

<sup>20</sup> Existem fatos que, apesar de sua licitude (não contrariedade do direito) e da inexistência de culpa, geram o dever de indenizar. São os denominados atos-fatos jurídicos indenizativos e sobre eles trataremos adiante.

<sup>21</sup> Nesse aspecto, estão os elementos nucleares (cerne e completantes) estreitamente relacionados à suficiência do suporte fático.

<sup>22</sup> A forma, quando é considerada elemento extrínseco, de ordem pública, é, em regra, causa de nulidade absoluta. Se não é considerada *ad solenitatem tantum*, por não ser uma exigência legal para a validade do ato jurídico *lato sensu*, será tida como faculdade (*ad probationem tantum*). Nesse sentido, o art. 401, do CPC.

---

<sup>23</sup> Sobre nulidade e anulabilidade, vejamos os artigos de “Esboço de uma teoria das nulidades” de J.J. CALMON DE PASSOS (*in* Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, jun. 1990, p. 135-155) e “Do ato anulável” de MARIA LUIZA EMPORINI COSTA GALLI (*in* Revista de Direito Civil, n° 47:29-38), por trazerem análises em consonância com a teoria do fato jurídico.

capacidade relativa do agente e por nulidade absoluta a compra e venda de imóveis, de valor acima do mínimo legal, sem a forma de escritura pública.

Quanto à eficácia jurídica (= efeitos produzidos pelo fato jurídico), essa não se confunde com a eficácia legal (= incidência sobre o suporte fático) ou com a efetividade da norma jurídica (= comportamento social de observância da norma). A eficácia do fato jurídico está relacionada à aplicação das consequências preceituadas pela norma.

Considerando-se que o fato, para ser eficaz, requer a sua existência, no que se refere à validade, posto que somente os atos jurídicos são submetidos à apreciação de validade, na relação entre essa última e a eficácia poder-se-á ter as seguintes combinações<sup>24</sup>:

- a) **ato jurídico válido e eficaz**: a proposta recebida pelo *oblato* na compra e venda;
- b) **ato jurídico válido e ineficaz**: testamento de pessoa capaz, antes de sua morte;
- c) **ato jurídico inválido e eficaz**: casamento putativo<sup>25</sup>;
- d) **ato jurídico inválido e ineficaz**: ato nulo.

Do exposto, têm-se que considerar como certas as seguintes conclusões de Marcos Bernardes de Mello: “a) que existência, validade e eficácia são três situações distintas por que podem passar os fatos jurídicos e, portanto, não é possível tratá-las como se fossem iguais; b) que o elemento existência é a base de que dependem os outros elementos”<sup>26</sup>.

Após essas noções preliminares indispensáveis, pode-se passar a um estudo mais detalhado do fato jurídico.

## 5. CONCEITO

O melhor conceito de fato jurídico, sem dúvida alguma, é o que nos foi dado por Pontes de Miranda: “Fato jurídico é o suporte fático que o direito reputou pertencer ao mundo jurídico”<sup>27</sup>. Esclarece ele “... que o fato jurídico é o que fica por suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico. ... Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica”<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> MELLO, Marcos Bernardes, op. cit., p.74-75.

<sup>25</sup> Afirma GALLI, op. cit., p. 29-30: “A eficácia do nulo e ineficácia do válido são provas de que não se pode confundir válido com eficaz e nulo com ineficaz. Um negócio nulo pode produzir efeitos jurídicos, como no conhecido casamento putativo, que em “eficácia civil”, com relação ao cônjuge de boa fé (ou a ambos de boa fé) e em relação aos filhos”.

<sup>26</sup> Op.cit., p. 75.

<sup>27</sup> Tratado de Direito Privado, tomo 1, p. 20

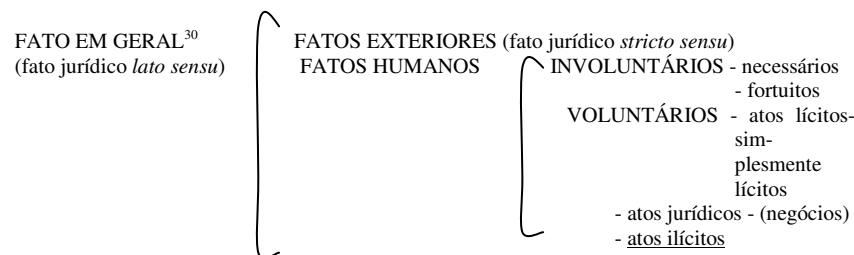
<sup>28</sup> Op. cit., tomo 1, p. 77.

Trata-se de um conceito adequado, porque toma em consideração aspectos que reportam a elementos estruturais essenciais do fato jurídico, e não partindo de elemento que não lhe é essencial, como é o caso da eficácia, como fazem os que, tradicionalmente, o definem como nascimento, modificação ou extinção de uma relação jurídica.

## 6. CLASSIFICAÇÃO<sup>29</sup>

Qualquer trabalho de classificação deve responder a critérios que correspondam a um mínimo de cientificidade e ao máximo de utilidade possível. Normalmente, vêm-se muitas classificações que somente se prestam a gerar confusão, pois são cientificamente inconscientes. Entre os doutrinadores pátrios, duas propostas de classificação são significativas.

Teixeira de Freitas inscreveu, em seu Esboço (1860), a seguinte classificação:



Se levado em consideração a época em que Teixeira de Freitas apresentou essa classificação, poder-se-á verificar que ela representou um avanço, dada a sua exaustividade e precisão, dando o primeiro passo para a distinção entre ato jurídico em geral (fato humano voluntário) e o ato-fato jurídico (fato humano involuntário fortuito).

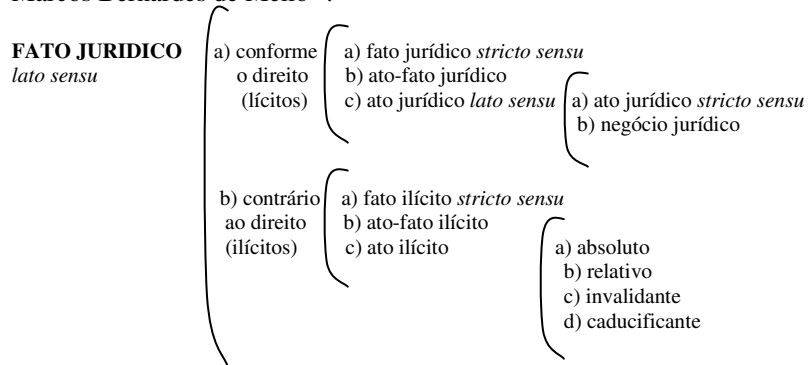
Pontes de Miranda, reconhecidamente, foi quem, com base em critérios verdadeiramente científicos, apresentou a melhor classificação. Parte ela do cerne do suporte fático, buscando-se identificar as diferenças entre os elementos nucleares para a formação do ato jurídico.

<sup>29</sup> Sobre classificação dos fatos jurídicos, consultar os artigos “A incidência da norma jurídica e o fato jurídico” de MARCELO DA COSTA PINTO NEVES (*in* Revista de Informação Legislativa, n° 84:246-284, Brasília, out/dez, 1984) e “Classificação dos Fatos Jurídicos” de EMÍLIO ALBERTO MAYA GISCHKOW (*in* Revista de Processo, n° 53:43-53, São Paulo, RT, jan/mar de 1989).

<sup>30</sup>Vejam-se os comentários sobre essa classificação de MARCOS BERNARDES DE MELLO, op.cit., p. 88.

Têm-se os seguintes elementos diferenciais básicos, a partir dos quais é edificada a sua classificação: 1) **a conformidade e a contrariedade ao direito**; e 2) **a presença ou não da vontade humana**.

A classificação de Pontes de Miranda é assim esquematizada por Marcos Bernardes de Mello<sup>31</sup>:



No que diz respeito à juridicidade, o primeiro elemento diferencial é o que suscita maiores divergências doutrinárias, tendo-se em vista que o ilícito é algo contrário ao direito. Nesse sentido, afirma José de Castro Meira<sup>32</sup>. “A teoria tradicional concebia o ilícito como algo externo ao direito, ou melhor, como o antidireito. Os imperativistas não poderiam admitir como jurídica a conduta oposta ao comando normativo. Do mesmo modo, o jusnaturalismo e o sociologismo não atribuíram caráter jurídico ao oposto para lei natural ou aos padrões culturais acatados pela sociedade”. Dessa forma, o ilícito não poderia ser fato jurídico, pois ele nega o Direito. O direito, segundo essa doutrina, tem como objetivo exclusivo o fato lícito.

Porém, a necessidade de reprimir o ilícito e corrigir seus efeitos, trazendo-o ao interior do sistema jurídico é uma imposição<sup>33</sup>. Kelsen<sup>34</sup> vislumbrou com clareza que o ilícito não é negação, mas pressuposto do Direito, o fato que justifica a sanção.

Sobre essa divergência doutrinária<sup>35</sup>, informe-se que Mello desenvolveu conclusões bastante interessantes e dignas de consulta<sup>36</sup>.

Mas a divergência não está restrita somente a esse aspecto. Entre aqueles que admitem o ilícito como fato jurídico, divergem-se quanto a sua

localização na classificação dos fatos jurídicos, ora situando-o exclusivamente entre os atos humanos, em outro momento, colocando-o ao lado dos fatos jurídicos *stricto sensu*<sup>37</sup>; mas a razão está com Pontes de Miranda que, segundo a estrutura de classificação que se viu acima, admite a ilicitude no fato *stricto sensu*, no ato-fato e no ato.

A maioria dos autores, contudo, embora nem sempre adote o mesmo procedimento<sup>38</sup>, tende a localizar o ilícito exclusivamente entre os atos humanos<sup>39</sup>.

Mello, que conduz sua obra seguindo os ensinamentos de Pontes de Miranda, faz assertiva mais razoável: “Como se deve ter notado, a referência que fazemos é a fato contrário a direito, portanto, não somente o ato, como costuma a grande maioria dos autores. E o fazemos porque é indubitável que a contrariedade a direito não resolve, 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 e gera obrigação de indenizar (C. Civil, 975)”<sup>40</sup>.

Feitas essas considerações referentes ao estudo da classificação dos fatos jurídicos, passa-se agora à análise das figuras da classificação proposta por Pontes de Miranda, considerada aqui como a mais correta e científica. Tem-se ainda em conta, como justificativa da opção pela classificação de Pontes de Miranda, a seguinte afirmação de José Miguel Garcia Medina: “A esmagadora maioria dos civilistas brasileiros costuma apresentar a classificação dos fatos jurídicos construída pela doutrina germânica, segundo a qual os atos jurídicos “*lato sensu*” dividem-se em negócios jurídicos e atos jurídicos “*stricto sensu*”, e estes, por sua vez, subdividem-se em atos materiais e participações. Pontes de Miranda, aperfeiçoando a classificação germânica, erige a vontade a elemento-kerne diferenciador dos fatos jurídicos. ... Não se deve dar sempre preferência à doutrina estrangeira no estudo de questões de direito pátrio, mas, sim, aplicá-la com os ajustes necessários à realidade jurídica local. No trato dos fatos

<sup>37</sup> WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *e. g.*, situa o ato ilícito entre os fatos jurídicos *stricto sensu*, como se verifica na seguinte afirmação: “Há, destarte, entre as duas noções, oposição técnica fundamental: aos fatos, acontecimentos causais, contrapõem-se os atos, acontecimentos voluntários. Quanto aos atos ilícitos, posto sejam ações humanas, incluem-se entre os primeiros, entre os fatos, já que seus efeitos jurídicos são involuntários” (*in* Curso de Direito Civil, vol. I, p. 165).

<sup>38</sup> ARNOLD WALD, por exemplo, só admite a ilicitude nos casos de atos materiais ou de mera conduta. Veja-se seu Curso de Direito Civil Brasileiro, Introdução e Parte Geral, p. 154-5.

<sup>39</sup> DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado, p. 85; GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 211; SERPA LOPES, Curso de Direito Civil, vol. I, p. 356; RÁO, Vicente. Ato jurídico, p. 29-31.

<sup>40</sup> Op. cit., tomo I, p. 92.

<sup>31</sup> Op. cit., p. 96.

<sup>32</sup> “O ilícito civil e o ilícito penal”, p. 168.

<sup>33</sup> Vide as referências indicadas por JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *in* SENADO FEDERAL, Código Civil, Anteprojetos, vol. 5, tomo 2, p. 28-29

<sup>34</sup> Teoria pura do direito, p. 124-127.

<sup>35</sup> Vejam-se, também, comentários de VICENTE RÁO, Ato jurídico, p. 29-31.

<sup>36</sup> Op. cit., p. 91-94.

jurídicos, Pontes de Miranda chama a atenção para uma classificação mais lógica, consoante a qual os efeitos do ato-fato jurídico são distintos dos do ato jurídico”<sup>41</sup>.

## 6.1. FATO JURÍDICO *lato sensu*

Como se verificou anteriormente, fato jurídico é todo fato existente por ter sofrido a incidência de uma norma jurídica juridizante, de forma de que se fez ingressar o suporte fático no plano da existência jurídica, justamente por força dessa incidência.

Assim, constituirão fatos jurídicos, em sentido amplo, todos fatos lícitos ou ilícitos, voluntários ou não voluntários.

Pela classificação de Pontes de Miranda, a expressão fato jurídico *lato sensu* abrange: os fatos jurídicos *stricto sensu*; atos-fatos jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos; fatos jurídicos ilícitos, ato-fato ilícito, atos ilícitos *stricto sensu*.

### 6.1.1. FATO JURÍDICO *stricto sensu*

Tratam-se de fatos que não requerem a intervenção humana. Adentram ao mundo jurídico sem que haja qualquer exigência de ato ou manifestação de vontade humana. Sobre eles, pouco ou nenhum controle tem o homem. São, essencialmente, fatos da natureza que lhes dão origem, como por exemplo: nascimento com vida (art. 4º, CC); morte (art. 10, CC); loucura, surdo-mudez e cegueira (art. 5º, II e III, CC); perecimento do objeto do direito (art. 77, CC), entre outros.

Mesmo quando haja participação humana na verificação desses fatos (*e. g.*, do médico no nascimento mediante reprodução assistida), não perdem a característica de fatos naturais, pois a participação humana não lhes é essencial para que sejam juridicizados. Tanto assim o que é, que, em algumas situações, são juridicizados ainda que sejam contrários à vontade humana, como, *e. g.*: querendo o médico salvar a vida, sobrevém a morte; não querendo o casal ter o filho, evitando assim a gravidez, essa se verifica ainda que contrária à vontade do casal.

Quando adentram no plano da existência, irradiam imediatamente sua eficácia, de forma que não estão e nem poderiam estar sujeitos à condição ou ao termo<sup>42</sup>.

### 6.1.2. ATO-FATO JURÍDICO

<sup>41</sup> Op. cit., p. 5.

<sup>42</sup> Embora, possam servir de condição ou termo de outros fatos jurídicos.

Há certos fatos que se tornam jurídicos por haver uma participação humana, mas para essa juridicização nenhuma relevância tem a vontade humana. Em outras palavras, o acontecimento depende de ação humana, mas os resultados independem da vontade. O ato é do homem, mas há total exclusão do elemento vontade, podendo ser juridicizado ainda que se verifique a contrariedade à vontade. Em outras palavras, o que interessa é a materialização do ato humano, sendo desprezada e supérflua a vontade se essa for manifestada.

Não sendo necessário o elemento volitivo, conclui-se que o ato realizado por pessoa incapaz poderá ser admitido para a juridicização de um fato.

Os atos-fatos podem ser classificados em:

- a) **atos reais (materiais)**: não se leva em conta se houve ou não vontade na prática do ato, somente interessando o resultado fático. São exemplos a ocupação (art. 592, CC) e a especificação (art. 611, CC)
- b) **atos-atos jurídicos indenizativos** (casos de indenizabilidade sem culpa): trata-se de ato humano lícito mas que causa prejuízo a outrem, impondo-se a quem o pratica a responsabilidade de indenizar. É o caso do que destrói coisa alheia para remover perigo atual ou iminente (art. 160, II c/c. arts. 1.519 e 1.520, todos do CC)<sup>43</sup>;
- c) **atos-fatos jurídicos caducificantes** (casos de caducidade sem culpa): o transcurso do prazo decadencial, combinado com a inatividade do titular do direito em exercer o direito, dá ensejo ao ato-fato caducificante.

Os atos-fatos jurídicos, como os fatos jurídicos *stricto sensu*, têm eficácia imediata com a sua existência, não estando sujeitos à condição ou ao termo.

### 6.1.3. ATO JURÍDICO *lato sensu*

A definição legal de ato jurídico, inscrita no art. 81 do Código Civil<sup>44</sup>, tendo em vista o que foi estudado até agora, parece insuficiente para defini-lo. Por esse motivo, busca-se apoio no ensinamento de Marcos Bernardes de Mello: “Denomina-se ato jurídico o fato jurídico cujo suporte

<sup>43</sup> Aqui não há contrariedade ao direito, sendo lícito, porém, impõe-se o dever de indenizar.

<sup>44</sup> “Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”.

fático tenha como cerne uma exteriorização consciente de vontade, dirigida a obter um resultado juridicamente protegido ou não-proibido e possível<sup>45</sup>.

Ato jurídico *lato sensu* abrange: os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos. Esses têm como requisito fundamental a manifestação ou declaração de vontade, sendo essa manifestação dirigida para a consecução de algum resultado jurídico. Agora, a atuação humana passa a ser valorizada em conjunto com a vontade. Nesse aspecto, é diferente: a) dos atos-fatos jurídicos, porque nesses a atuação humana basta por si só, independentemente da vontade; b) dos fatos jurídicos *stricto sensu*, que sequer estão vinculados a uma participação humana.

Estamos no campo do domínio da vontade para se criar o fato e é isso que identifica o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico. Mas é essa mesma vontade que os identifica, que ao mesmo tempo estabelece diversificação entre eles, especialmente no que se refere aos efeitos jurídicos que podem advir de cada uma dessas espécies.

Adiante, abordar-se-á sobre o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico, maneira que, nesta seção, reservar-se-á à verificação dos elementos que são comuns aos atos jurídicos *lato sensu*. São eles: exteriorização de vontade; vontade consciente; e resultado lícito e possível.

É imprescindível, no ordenamento jurídico pátrio, que a vontade seja exteriorizada, seja por intermédio de simples manifestação (em alguns casos, embora poucos, se admite até mesmo o silêncio)<sup>46</sup> ou de efetiva declaração. A declaração e a manifestação são consideradas elementos completantes do suporte fático.

Por ser a vontade interna não exteriorizada de difícil apuração, o ordenamento brasileiro não a considera adequada para compor um suporte fático.

Quanto à consciência da vontade, essa está mais relacionada à vontade de declarar ou manifestar, que propriamente ao seu conteúdo, embora esse não seja descurado. A inconsciência (e não vício) da vontade implica em inexistência de vontade.

No que diz respeito à ilicitude e à impossibilidade do resultado do objeto do ato jurídico, só em casos excepcionais implicam na inexistência do ato<sup>47</sup> (o que é mais próprio à existência do próprio objeto do ato jurídico). Licidade e possibilidade estão mais relacionadas ao plano da validade.

### 6.1.3.1. ATO JURÍDICO *stricto sensu*

<sup>45</sup> Op. cit., p. 113.

<sup>46</sup> É o caso das doações simples (art. 1.166, CC).

<sup>47</sup> E. g., a inexistência absoluta atual e futura.

Informa Luiz Edson Fachin<sup>48</sup> que o ato jurídico *stricto sensu* se formou a partir da evolução do estudo de sua figura contraposta: o negócio jurídico. Tendo a doutrina constatado que alguns atos lícitos de vontade apresentavam dificuldades para se enquadrar com perfeição ao esquema de negócio jurídico, passou a ser esboçada uma noção de atos não-negociais (atos jurídicos *stricto sensu*). Assim, é possível concluir que a figura do ato jurídico *stricto sensu* é posterior a de negócio jurídico.

Apesar de se ter adotado, em perspectiva legal, uma posição unitarista<sup>49</sup>, reduzindo a um só conceito as duas figuras, conforme se verifica no art. 81, CC<sup>50</sup>, a doutrina nacional tem dado tratamento diferenciado a elas, principalmente pelo trabalho de Pontes de Miranda, apesar de, muitas vezes, os autores tratarem equivocadamente o ato jurídico *stricto sensu* como espécie e o negócio jurídico como gênero<sup>51</sup>.

Partindo-se do pressuposto de que as duas figuras têm similitudes e distinções, são essas últimas que apresentam maior interesse, de forma que alguns aspectos são frequentemente considerados para dar-se identidade própria ao ato jurídico *stricto sensu*.

Em relação aos efeitos, o ato jurídico *stricto sensu* já os tem definidos previamente pela própria norma, não importando se são adequados ou não à vontade do agente, enquanto que no negócio jurídico permite-se o exercício da autonomia privada, autorizando-se que sejam produzidos os efeitos desejados pelos sujeitos. Pontes de Miranda<sup>52</sup> critica esse posicionamento de distingui-los, tendo em conta a escolha dos efeitos, lembrando que até mesmo os negócios jurídicos têm limites impostos pelo ordenamento jurídico na escolha dos seus efeitos.

Diz-se da capacidade jurídica como normalmente, imperativa nos negócios jurídicos<sup>53</sup>. Embora esse seja um aspecto distintivo, segundo Carriota Ferrara<sup>54</sup>, não parece ser um bom critério de distinção porque a não-imperatividade da capacidade jurídica ao ato jurídico *stricto sensu* sempre é exceção e não regra geral.

Cita-se o modo de determinação do conteúdo de vontade<sup>55</sup>, de forma que, se o conteúdo for determinado pelo exercício de uma faculdade

<sup>48</sup> Novo conceito de ato e negócio jurídico, p. 6.

<sup>49</sup> Embora o Anteprojeto de Código Civil (1972), da comissão de elaboração presidida pelo Prof. MIGUEL REALE, já tenha assumido a posição dualista, conforme o art. 184.

<sup>50</sup> A expressão “ato jurídico” no texto legal é tomada em sinonímia do “negócio jurídico”.

<sup>51</sup> Equívoco esse que se constata no referido Anteprojeto de Código Civil.

<sup>52</sup> Tratado de Direito Privado, tomo 2, p. 477.

<sup>53</sup> Embora comporte exceções, como é o caso da possibilidade de ser mandatário o maior de 16 anos (art. 1.298, CC).

<sup>54</sup> *Apud* FACHIN, op. cit. p. 20.

<sup>55</sup> FACHIN, op. cit. p. 20-21.



jurídica assegurada e delimitada pelo ordenamento, é o negócio jurídico; se determinado por mero exercício de poderes, cujo conteúdo está previamente fixado pelo ordenamento, é ato jurídico *stricto sensu*.

Quanto ao conteúdo da vontade, no negócio jurídico, é ele dado pelos próprios sujeitos do ato; no ato jurídico *stricto sensu*, é definido pela norma. Esse elemento, note-se, está intimamente vinculado aos efeitos.

Do exposto, pensa-se que um dos critérios básicos para a distinção entre essas figuras é o exercício da autonomia privada, presente nos negócios jurídicos e inexistente nos atos jurídicos *stricto sensu*.

Concluindo esta seção, reporte-se, ainda que de passagem, a classificação que Pontes de Miranda<sup>56</sup> faz dos atos jurídicos *stricto sensu*: a) reclamativos ou provocativos (interpelações); b) comunicativos (notificações, aviso prévio); c) enunciativos (reconhecimento, confissão, perdão, quitação); f) compósitos (manifestação de vontade que não basta por si, requerendo complemento, *e. g.*, gestão de negócio exige ratificação).

O próximo passo é investigar o negócio jurídico, objeto que está entre as figuras preferidas dos civilistas, tendo sempre merecido a maior atenção da doutrina<sup>57</sup>.

### 6.1.3.2. NEGÓCIO JURÍDICO

O negócio jurídico, previsto e regulado por primeiro pelo Código Civil alemão de 1896, sempre foi motivo de profundas revisões da Teoria Geral do Direito Privado. A evolução científica do Direito Civil muito deve a esse tema.

Apesar de ser uma teoria moderna, reportando-se as primeiras elaborações conceituais ao século XIX, na sistemática da pandectística alemã, constata-se que antes disso ela já vinha sendo construída a partir de textos referentes aos contratos, portanto, de uma perspectiva contratualista. Lembre-se que a maior parte dos códigos civis, em especial os que seguiam a tradição do Código francês, somente consagravam, como única categoria jurídica genérica e abstrata, os contratos<sup>58</sup>. aperceba-se, portanto, a dificuldade que foi a construção da figura negócio jurídico a partir da espécie contrato.

A admissão de haver um auto-regulamento<sup>59</sup> jurídico particular, partindo da manifestação da vontade (não do legislador, mas do próprio

particular), incentivando principalmente pelos movimentos liberais, fazia do contrato, e não o negócio jurídico como hoje o concebemos, o principal instrumento de regramento pertinente à atividade de auto-regulação de interesses. Afirma Maria Amália Dias de Moraes que “É constante, na doutrina do século passado, o argumento da impossibilidade quase absoluta de comprometer-se alguém a qualquer prestação, independentemente da intervenção ou colaboração formal de outrem”<sup>60</sup>.

Em todo o correr deste século, a teoria do negócio jurídico tem se consolidado nos diversos ordenamentos jurídicos, alcançando notável sofisticação e utilidade, mesmo quando o código civil do respectivo ordenamento jurídico não a tenha manifestado expressamente.

Os doutrinadores pátrios nunca ignoravam a evolução da teoria do negócio jurídico, sempre a acompanharam, inclusive oferecendo valorosas contribuições, como é o caso de Pontes de Miranda. Recorde-se que é uma tradição, predominante entre nós, a valorização de uma Parte Geral do Direito Civil.

A teoria do negócio jurídico, pressupondo a vontade, desenhou-se sobre duas bases principais: a subjetiva (teoria da vontade) e a objetiva (teoria da declaração).

Segundo a teoria da vontade (subjetiva), acolhida em nosso ordenamento jurídico, principalmente pelo art. 85 do CC, a vontade declarada deve corresponder à vontade real do agente, devendo a real prevalecer em relação à primeira. Mas isso não significa que a vontade real prevaleça de forma absoluta sobre a vontade declarada. Prevalece, sim, à medida em que haja um mínimo de correspondência entre ela e a declarada, pois, se assim não for, na dúvida, deve prevalecer a vontade declarada. A questão aqui é de valoração da vontade real (interna), colocando-a na condição de elemento nuclear, essencial, de um suporte fático.

Para a teoria da declaração (objetiva), não se deve levar em conta a vontade de uma das partes isolada da outra. Valoriza-se sempre a base objetiva do negócio jurídico, que é a vontade declarada, pois nela está presente uma tensão entre a vontade interna individual de cada parte, que deve sempre ser harmonizada numa única vontade. Para facilitar esse trabalho de harmonização e para que não se restrinja a teoria apenas aos negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, essa teoria permite que também se leve em consideração a realidade objetiva subjacente ao negócio jurídico (*e. g.*, meio econômico)<sup>61</sup>. Não poucas vezes a adoção da teoria objetiva tem

<sup>56</sup> Op. cit., tomo 2, p. 451-7.

<sup>57</sup> TABOADA, Lizardo. La teoria general del contrato frente a la del negocio jurídico”, p. 5.

<sup>58</sup> MORAES, Maria Amália Dias de, *in* “O conceito de negócio jurídico no direito civil francês e brasileiro”, p. 163-69; TABOADA, Lizardo, op. cit., p. 5; SILVA, Clóris V. do Couto e, “A teoria da base do negócio jurídico brasileiro”.

<sup>59</sup> Versão da idéia de liberdade no âmbito do Direito Privado.

<sup>60</sup> Op. cit., p. 168.

<sup>61</sup> Mesmo porque, também, podem haver tensões entre a vontade negocial e fatores externos que devem ter solução harmoniosa

sido sugerida entre nós pela doutrina. Em alguns momentos até com previsão legal de fundamento protecionista<sup>62</sup>.

O Anteprojeto de Código Civil (1972) tende para uma orientação de base objetiva. O art. 111, *e. g.*, dispõe “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Isto posto, diga-se algo sobre a autonomia privada. Embora não seja um conceito pacífico, variando por aspectos históricos e pelas concepções (objetivas e subjetivas, *e. g.*) dos autores<sup>63</sup>, é freqüente o entendimento de que é uma esfera de liberdade que o ordenamento jurídico reserva, exigindo a observância dos limites que impõe, para que as pessoas exerçam seus direitos, formem relações jurídicas e regulamentem seus próprios interesses. Em suma, autoriza que as pessoas, em atendimento de seus próprios interesses, realizem negócios jurídicos (especialmente os contratos). Contudo, na relação que deve ter a autonomia privada com os limites que são impostos pelo ordenamento jurídico para esse exercício<sup>64</sup>, vê-se que essa pode tornar-se bastante reduzida, chegando mesmo alguns autores, especialmente os adeptos de uma ideologia liberal, a afirmarem que já não mais existe a autonomia privada, dada à grande atuação do dirigismo contratual.

## 6.2. FATOS ILÍCITOS *lato sensu*

A contrariedade ao direito é elemento nuclear dos suportes fáticos dos diversos fatos ilícitos. Esses, apesar da contrariedade ao direito que apresentam, são elevados à condição de fatos jurídicos.

Não basta a verificação da contrariedade ao direito, mas se faz necessário que ela seja imputável a alguém<sup>65</sup>, ou seja, o fato ilícito exige, além da contrariedade ao direito, a imputabilidade. E diga-se, desde logo, que imputabilidade não se confunde com imputação de responsabilidade civil (caso do art. 1.521, I do CC) e tampouco com a culpa.

No que se refere ao suporte fático dos fatos ilícitos, têm-se que alguns deles requerem elementos completantes, como culpa *lato sensu* na responsabilidade civil subjetiva e culpa ou dolo no crime.

É possível fazer uma classificação de fato ilícito *lato sensu*, tendo em consideração a natureza do direito violado, da seguinte forma:

- a) **ilícito absoluto:** quando aquele a quem é imputado o ilícito, por tê-lo praticado ou por estar a ele vinculado, não mantém nenhuma relação jurídica com o ofendido, ou mantendo, o direito seja absoluto (= que diga respeito a sujeito passivo total), como por exemplo, os direitos reais e os direitos relativos à personalidade;
- b) **ilícito relativo:** quanto entre aquele a quem é imputado o ilícito, por tê-lo praticado ou por estar a ele vinculado, e o ofendido existe alguma relação jurídica de direito relativo (= sujeito passivo determinado)

Pontes de Miranda já se salientou anteriormente, classifica-os em fato ilícito *stricto sensu*, ato-fato ilícito e ato ilícito.

### 6.2.1. FATO ILÍCITO *stricto sensu*

Ainda que não haja a participação humana e a contrariedade ao direito esteja exclusivamente relacionada a fato da natureza (caso fortuito ou força maior), o direito pode estabelecer que os prejuízos causados por esse fato sejam imputados a alguém, como ocorre na previsão dos artigos 957, 1.058 e 1.196 do Código Civil.

Portanto, denominam-se fato ilícito *stricto sensu* os fatos em que o ordenamento jurídico permite imputar a alguém um evento no qual inexistente participação humana e que seja contrário ao direito, submetendo esse alguém às responsabilidades previstas pela norma.

### 6.2.2. ATO-FATO ILÍCITO

No ato-fato ilícito, há participação humana, mas a vontade é irrelevante ou desconsiderada. São exemplos, segundo Pontes de Miranda: o mau uso da propriedade; gestão de negócios contra a vontade presumível ou manifesta do dono (art. 1.332); tomada de posse com violação da posse de outrem<sup>66</sup>.

### 6.2.3. ATO ILÍCITO *lato sensu*

É toda ação ou omissão voluntária, culposa ou não, conforme a espécie, praticada por pessoa imputável que, implicando infração de dever absoluto ou relativo, viole direito ou cause prejuízo a outrem.

<sup>66 66</sup> Os casos do ato-fato ilícito não se confundem com a responsabilidade objetiva, tendo-se em conta que esta dispensa a verificação de culpa, enquanto que naquele a culpa se faz presente.

<sup>62</sup> *E. g.*, o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor

<sup>63</sup> Sobre isso veja-se CUSTÓDIA DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA, Teoria geral do negócio jurídico, p. 39-42

<sup>64</sup> Muitas vezes atendendo a interesses de ordem pública, de proteção a certas situações ou pessoas, entre outros.

<sup>65</sup> Estando a imputabilidade relacionada à capacidade delitual (capacidade para praticar o ilícito)

De acordo com tal conceito, a diferença entre o ato ilícito e as outras espécies ilícitas está na relevância da vontade determinante da conduta, inexistente no fato *stricto sensu* ilícito e irrelevante no ato-fato ilícito.

No ato ilícito *lato sensu*, a contrariedade a direito pode resultar de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão), dependendo, exclusivamente, da natureza do dever infringido, sendo que, no ato ilícito *stricto sensu* (ou absoluto), o infrator é obrigado a reparar o dano; no ato ilícito relativo, sendo a obrigação positiva (obrigação de dar - Código Civil, arts. 863 a 877 - ou de fazer - Código Civil, arts. 878 a 881), o ato ilícito se concretiza por uma omissão (não dar ou não fazer o devido, Código Civil, art. 960), ou por uma ação, quando o devedor cumpre sua obrigação insatisfatoriamente e, sendo a obrigação negativa (obrigação de não fazer - Código Civil, arts. 882/883), o ato ilícito se dá pela ação de fazer aquilo de que se devia abster (Código Civil, art. 961); o ato ilícito caducificante discute a ação (castigar imoderadamente um filho) e a omissão (deixar um filho em abandono) e da mesma forma os atos ilícitos invalidantes.

Com relação à culpa, geralmente mencionada pela doutrina como elemento que caracteriza o ilícito, tem-se nem sempre ela se faz necessária para que o ato seja considerado ilícito.

Embora os arts. 1.527, 1.528 e 1.529, todos do Código Civil, hipotetizem que a ilicitude seja decorrente de fato do animal ou da coisa, consideram-se tais casos como “ato ilícito”,<sup>67</sup> em virtude da sua relação com alguma atividade humana, havendo situações em que se imputa responsabilidade, sem haver a culpa.

Desta feita, a doutrina adotou soluções técnicas para justificar a presença da culpa onde ela, realmente, não existe, portanto, fala-se em culpa objetiva, culpa presumida, fictícia, inversão do ônus da prova, entre outras.

O sistema jurídico brasileiro, no que se refere a responsabilidade civil, adotou a transjetividade nos casos em que se imputa a culpa a alguém por conta de certos pressupostos da natureza subjetiva<sup>68</sup> e típicos de transjetividade. Tenha-se, por exemplo, a responsabilidade civil por fato do animal ou da coisa.

Na maioria dos casos, da ilicitude resultam danos e dever de reparação, havendo, entretanto, espécies em que isso não acontece e há atos ilícitos que não importam danos patrimoniais, morais ou estéticos e, conseqüentemente, não são indenizativos.

São espécies de ato ilícito:

- a) **ato ilícito *stricto sensu* (ou absoluto)**: sinônimo de delito, caracteriza-se pela espécie de direito violado, em que é essencial que inexista entre o ofensor e o ofendido qualquer relação jurídica, e quando haja, deve referir-se a uma violação de direito absoluto. É sempre danoso (patrimonial, moral ou estético) e sua reparabilidade é por indenização.
- b) **ato ilícito relativo**: este se configura pela violação de deveres resultantes de relações jurídicas de direito relativo, nascidas de negócio jurídico ou de ato jurídico *stricto sensu*;
- c) **ato ilícito caducificante**: aquele que tem por efeito a perda de um direito. No direito civil, é exemplo a perda do pátrio poder, e no direito penal refere-se aos casos em que a pena é a incapacidade para o exercício de certos direitos;
- d) **ato ilícito invalidante**<sup>69</sup>: todo ato de violação de direito, cuja conseqüência seja a sua invalidade, conseqüência esta específica de violação de norma jurídica ou da prática de ato contrário ao direito. A ilicitude, aqui, está estreitamente vinculada à validade, cuja conseqüência será a nulidade ou a anulabilidade. A anulabilidade resulta de vícios da vontade, implicando que a declaração não corresponda ao querer íntimo do declarante e de falta relativa de capacidade para uma declaração de vontade. Já a nulidade implica em que o ato esteja inquinado de defeito irremediável.

## BIBLIOGRADIA

- BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Vol. 1, Edição histórica, 4º tiragem, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1979.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1: Teoria Geral do Direito Civil, 11ª ed., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 1995.

<sup>69</sup> MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 199. Explica ele que em outras edições denominou essa espécie como nulificante, tendo modificado a denominação para abranger não só nulidade, mas também a anulabilidade.

<sup>67</sup> MIRANDA, Pontes de, Tratado de Direito Privado, tomo 2, 197.

<sup>68</sup> MIRANDA, Pontes de, op. cit., tomo 2, p. 197.

\_\_\_\_. Código Civil Anotado. São Paulo, Saraiva, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. Novo conceito de ato e negócio jurídico. Conseqüências práticas. Curitiba, EDUCA, SCIENTIA et LABOR, 1998.

GALLI, Maria Luiza Temprini Costa. Do ato anulável. *In* Revista de Direito Civil, nº 47:29-38, São Paulo, RT, jan/mar de 1989.

GISCHKOW, Emílio Alberto Maya. Classificação dos Fatos Jurídicos. *In* Revista de Processo, nº 53:43-53, São Paulo, RT, jan/mar de 1989.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 1985.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil. Vol. I: Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 7ª ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1989.

MEDINA, José Miguel Garcia. A importância do elemento volitivo na configuração do ato jurídico. *In* Direito em ação. Órgão informativo do Centro Acadêmico Sobral Pinto - UEM, nº 2:5, Maringá, junho 1992.

MEIRA, José de Castro. O ilícito civil e o ilícito penal. *In* Revista de Informação Legislativa, nº 70:159-175, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, abr./jun. 1981.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. 4ª ed., atual. e aum., São Paulo, Saraiva, 1991.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Teoria geral do negócio jurídico. São Paulo, Atlas, 1991.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo 1: Parte Geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1970.

\_\_\_\_. Tratado de Direito Privado. Tomo 2: Parte Geral. Bens. Fatos jurídicos. 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1970.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 1º Volume: Parte Geral. 26ª ed., rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 1986.

MORAES, Maria Amália Dias de. O conceito de negócio jurídico no Direito Civil Francês e Brasileiro. *In* AJURIS, nº 47:161-78, Porto Alegre, nov. 1989.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. *In*: Revista de Informação Legislativa, nº 84:267-84, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, out./dez de 1984.

PASSOS, J. J. Calmon. Esboço de uma teoria das nulidades. *In* Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, nº 33:135-55, jun. 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. III: Fontes das Obrigações. 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986.

RÁO, Vicente. Ato jurídico. Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3ª ed., anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo, RT, 1994.

REIS, Carlos David Santos Aarão. Direito Romano, abstração e parte geral do Direito Civil. *In* Revista de Direito Civil, nº 70:29-40, São Paulo, RT, out/dez de 1994.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Vol. 1: Parte Geral, 24ª ed., atual, São Paulo, Saraiva, 1994.

SENADO FEDERAL. Subsecretaria de Edições Técnicas. Código Civil: anteprojetos. Vol. 1: Anteprojeto de Código das Obrigações (1941). Comissão: Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães; Anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (1964), Haroldo Valladão, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989.

SENADO FEDERAL. Subsecretaria de Edições Técnicas. Código Civil: anteprojetos. Vol. 5, tomo 2: Anteprojeto de Código Civil revisto (1973), Comissão elaborada e revisora: Miguel Reale *et al.*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. A teoria da base do negocio jurídico no direito brasileiro. *In* Revista dos Tribunais, nº 655:7-11, São Paulo, RT, maio 1990.

TABOADA, Lizardo. La teoria general del contrato frente a la del negocio jurídico. *In* Revista de Direito Civil, nº 70:41-47, São Paulo, RT, out/dez de 1994.

WALD, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1: Introdução e Parte Geral. 6ª ed. ver. e atual. com a colaboração de Álvaro Villaça de Azevedo, 2ª tiragem, São Paulo, RT, 1991.