

INTRODUÇÃO

Como esclarece Miguel Reale, um país tem duas leis fundamentais: a Constituição e o Código Civil.

A Constituição estabelece a estrutura do Estado e suas atribuições, tudo isso em função do ser humano e da sociedade civil.

Já o Código Civil, refere-se à pessoa humana e à sociedade civil, abrangendo, evidentemente, as atividades essenciais da pessoa humana, as atividades essenciais da sociedade civil.

O Código Civil é dividido em seis partes:

- a) parte geral;
- b) direito das obrigações;
- c) direito de empresa;
- d) direito das coisas;
- e) direito de família;
- f) direito das sucessões.

Vale lembrar que o direito das obrigações abrange a teoria geral das obrigações e também os contratos.

São três os princípios norteadores do Código Civil de 2002:

- 1) Socialidade;
- 2) Eticidade;
- 3) Operabilidade.

O princípio da socialidade consiste na prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais.

O Código Civil tem uma visão mais coletiva, mais social. O Código anterior era um Código mais individualista, o código atual não, ele é mais social, porque prevalecem os interesses coletivos sobre os interesses individuais. Hoje, o conceito de posse deve ser avaliado sob o prisma social. Sobre o conceito de contrato, hoje se fala muito em função social do contrato, boa-fé objetiva, etc. Isso é um vetor de interpretação: na interpretação do Código Civil, os interesses coletivos devem prevalecer sobre os interesses individuais.

O segundo princípio do código é o princípio da eticidade, que está ligado à ética, porque, em um sistema hermético, a norma jurídica resolve todos os conflitos. O CC não é um sistema hermético, não é um sistema fechado. O CC ampliou os poderes do juiz, hoje existem muitas cláusulas gerais, e essas cláusulas abrangem termos amplos (exemplo: função social do contrato, boa-fé objetiva, o conceito de justa causa, de equidade), que devem ser preenchidas pelo magistrado, de modo que acaba ampliando os poderes do juiz. Portanto, o princípio da eticidade é o que confere maior poder ao juiz para decidir o caso concreto. Outro exemplo é o princípio do equilíbrio econômico dos contratos, que é um conceito que deve ser construído em torno da noção da ética do direito das obrigações.

E o terceiro princípio é o princípio da operabilidade, significa que o CC de 2002 solucionou muitas divergências doutrinárias e jurisprudenciais que havia anteriormente. Então, Princípio da Operabilidade é no sentido de uma maior praticidade desse novo CC. Assim, o princípio da operabilidade consiste no fato de o Código ter estabelecido soluções normativas para casos em que, anteriormente, havia divergência jurisprudencial e doutrinária.

Muitas dúvidas hermenêuticas (dúvidas de interpretação) que persistiam no direito anterior, foram solucionadas pelo novo CC. Por exemplo, a distinção entre prescrição e decadência. Hoje, o CC adota uma postura muito mais prática, porque as hipóteses de prescrição são aquelas enumeradas na parte geral do Código Civil, ao passo que os casos de decadência, toda vez que um determinado artigo prevê um prazo, se o artigo prevê um prazo para propor a ação, por exemplo, é porque esse prazo é de decadência. Da mesma forma, as hipóteses de prescrição estão concentradas na parte geral do CC. Com isso, o Código adotou uma posição mais prática para distinguir os institutos.

PESSOAS

PESSOAS NATURAIS

O que significa sujeito de direito?

Sujeito de direito é uma expressão ampla, significa que é o ente referido pela norma jurídica, como sendo o titular de direitos e obrigações. Então, todo ente que é titular de direitos ou titular de obrigações tem esse nome, ou seja, sujeito de direitos.

Portanto, nem todo sujeito de direito é pessoa, porque há alguns entes que titularizam direitos ou obrigações, e que, no entanto, não são pessoas físicas e nem pessoas jurídicas, como por exemplo, o espólio. O espólio é um sujeito de direito, mas não é pessoa física nem pessoa jurídica.

Então, sujeito de direito é o ente referido na norma jurídica como sendo o titular de direitos ou o titular de obrigações.

Modernamente, quando se fala em sujeito de direitos, nós temos duas categorias: os sujeitos personalizados e os sujeitos despersonalizados.

Os sujeitos personalizados são aqueles dotados de personalidade jurídica, isto é, aptidão genérica para contrair direitos e obrigações. Em suma, sujeitos personalizados são as pessoas, que podem ser naturais ou jurídicas. Esses sujeitos personalizados, isto é, as pessoas, podem praticar a maioria dos atos e negócios jurídicos.

Mas, temos também os sujeitos despersonalizados. Os sujeitos despersonalizados não são pessoas, são entes que titularizam tão somente certos direitos e certas obrigações. São diferentes das pessoas. As pessoas, sejam naturais ou jurídicas, titularizam praticamente todos os direitos e obrigações. Já os entes despersonalizados titularizam apenas alguns direitos e obrigações. Portanto, não são pessoas.

Quais são esses entes despersonalizados?

Nós temos o nascituro e a chamada quase pessoa jurídica.

Quase pessoa jurídica é uma expressão que abrange: o espólio, a massa falida, a herança jacente, o condomínio edilício e a pessoa jurídica sem registro.

Esses entes (o espólio, a massa falida, a herança jacente, o condomínio edilício e pessoa jurídica sem registro) podem figurar em algumas relações jurídicas. Por isso não são pessoas, porque a pessoa pode figurar, em regra, em todas as relações jurídicas, já a quase pessoa jurídica pode figurar apenas em algumas relações jurídicas.

Igualmente o nascituro. O nascituro também não é pessoa, porque pode figurar apenas em algumas relações jurídicas, conforme analisaremos mais adiante.

O que é pessoa?

O CC disse o seguinte: pessoa é o titular de direitos e deveres.

Então, o Código, em primeiro lugar, no art. 1º¹, utilizou a palavra “pessoa”, ao invés de “homem”. O Código anterior falava “todo homem é capaz de direitos e obrigações”. O novo Código fala “toda pessoa”. Então, é uma expressão politicamente mais correta, menos discriminatória, vamos dizer assim, porque homem enfatiza muito o aspecto masculino. Por isso a substituição de homem por pessoa merece aplausos.

E o CC diz: toda pessoa é capaz de direitos e deveres. O anterior falava em direitos e obrigações. O termo obrigação enfatiza o aspecto patrimonial. Obrigação é para as relações jurídicas de caráter patrimonial. Já a expressão deveres é mais ampla, porque abrange não só as relações patrimoniais, como também as relações não patrimoniais, como é o caso dos deveres matrimoniais. Portanto, toda pessoa é capaz de direitos e deveres.

Pessoa é uma espécie de sujeito de direito. Sujeito de direito é o gênero que abrange pessoas e os entes despersonalizados. Pessoa, portanto, é uma espécie de sujeito de direitos.

São duas as espécies de pessoa:

- 1ª) pessoa natural ou pessoa física, que é o ser humano;
- 2ª) pessoa jurídica, também chamada de pessoa moral ou pessoa coletiva, que são organizações que visam à realização de um certo interesse (sociedade, associação, fundação).

Toda pessoa é dotada de personalidade jurídica.

O que é personalidade jurídica?

É a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Portanto, toda pessoa é dotada de personalidade jurídica nesse sentido (aptidão genérica). Isto é, para de um modo geral, poder adquirir direitos e contrair obrigações. Tanto a pessoa física, quanto a pessoa jurídica, tem personalidade jurídica.

E o início da personalidade jurídica?

A pessoa física ou natural, adquire a personalidade jurídica a partir do nascimento com vida. Portanto, antes mesmo de ser registrada. Nasceu com vida, já tem personalidade jurídica.

Assim, o registro do nascimento de uma pessoa natural é meramente declaratório. Não é o registro que constitui a personalidade jurídica, a personalidade jurídica da pessoa natural decorre do nascimento com vida, o registro é apenas ato declaratório.

Já a pessoa jurídica de direito privado só adquire a personalidade com o registro do seu ato constitutivo no cartório competente. Então, o registro é constitutivo para a pessoa jurídica, porque a personalidade da pessoa jurídica só nasce a partir do registro.

E é claro que, depois, nós temos também as pessoas jurídicas de direito público. As pessoas jurídicas de direito público nascem da lei. Adquirem a personalidade a partir da edição da lei que as criou.

Então nós temos:

- a) pessoa natural: a personalidade surge com o nascimento com vida;
- b) pessoa jurídica: a personalidade jurídica nasce a partir do registro;
- c) pessoa jurídica de direito privado (não empresarial): o registro é no Cartório das Pessoas Jurídicas;
- d) pessoa jurídica empresarial: o registro é na Junta Comercial;

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

e) pessoa jurídica de direito público: por exemplo, uma autarquia, a personalidade jurídica surge a partir da lei que cria a pessoa jurídica de direito público, daí não é preciso, portanto, o registro.

O art. 1º diz que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Portanto, não existe pessoa humana sem personalidade jurídica. Toda pessoa humana, quer queira, quer não queira, necessariamente, tem personalidade jurídica.

Então, nós temos, portanto, o caso dos apátridas. Os apátridas são aquelas pessoas que não pertencem a nenhum Estado, a nenhum país. Porém, os apátridas têm personalidade jurídica. Se um apátrida encontra-se aqui no Brasil, ele tem personalidade jurídica. Ele tem aptidão para adquirir direitos, para contrair obrigações. Igualmente os estrangeiros, os doentes mentais, eles têm personalidade jurídica e podem adquirir direitos e contrair obrigações.

Atualmente, não existe no Brasil pessoa natural sem personalidade jurídica. Toda pessoa natural, desde o recém-nascido ao doente mental, estrangeiro, apátrida, etc, tem personalidade jurídica. Vale lembrar que no Brasil, ao tempo da escravatura, os escravos não tinham personalidade jurídica. Eles não eram considerados pessoas, eram considerados coisas.

Agora, quanto aos animais, os animais não são pessoas. Portanto, não têm personalidade jurídica. Eles não podem adquirir direitos e contrair obrigações. Igualmente almas e santos: eles não têm personalidade jurídica, não são pessoas. Portanto, é nulo o contrato, é nulo o testamento, em que se deixa bens para animais, para almas ou para santos. Nulidade absoluta, porque esses entes não têm personalidade jurídica.

Portanto, como já visto, a personalidade jurídica se inicia, então, a partir do nascimento com vida.

Nós temos a questão do conteúdo da personalidade jurídica. Vejam só, conteúdo diz respeito à admissão para se praticar os atos ou negócios jurídicos.

No tocante às pessoas naturais e às pessoas jurídicas de direito privado, o conteúdo é bem amplo porque as pessoas naturais podem praticar todos os atos e negócios jurídicos, salvo aqueles que a lei proíbe. Igualmente, a pessoa jurídica de direito privado pode praticar todos os atos e negócios jurídicos, salvo aqueles que a lei proíbe, como, por exemplo, a lei proíbe a pessoa jurídica de fazer testamento. A pessoa jurídica não pode fazer testamento.

Mas é bom que se diga o seguinte: aplica-se para as pessoas naturais e para as pessoas jurídicas de direito privado o art. 5º, II², da CF, que prevê o Princípio da Legalidade Privada, quer dizer, em princípio, a pessoa pode fazer, pode praticar, todos os atos, salvo aquele ato que a lei proíbe. Quer dizer: ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Então, as pessoas naturais e as pessoas jurídicas de direito privado têm uma personalidade ampla, porque podem praticar, em regra, todos os atos e negócios jurídicos, salvo aqueles que a lei proíbe.

Já as pessoas de direito público, têm uma personalidade jurídica mais restrita, porque essas pessoas são regidas pelo Princípio da Legalidade Administrativa. Princípio da Legalidade Administrativa significa o seguinte: no âmbito da Administração Pública, a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei autoriza. Portanto, as pessoas jurídicas de direito público só podem praticar os atos ou negócios jurídicos que a lei autoriza, expressa ou implicitamente. Então, é uma personalidade jurídica restrita, porque no silêncio da lei, a pessoa jurídica de direito público não

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

pode praticar o ato ou negócio jurídico, só vai poder praticar o ato ou negócio jurídico que a lei autoriza.

FIM DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Para a pessoa natural, termina com a morte. Quando morre, extingue a personalidade jurídica. Os mortos, portanto, não são mais pessoas. Não se pode fazer uma doação para beneficiar um morto, não se pode fazer um testamento em favor de um morto, porque eles não são mais pessoas, não podem adquirir direitos, não podem contrair obrigações. A personalidade termina com a morte, art. 6º³ do CC.

A morte pode ser real, presumida e pode ser também a morte ficta.

A morte real é quando há um cadáver. A morte real é a que pressupõe a existência de um cadáver.

Essa morte real é atestada por médico. Se não houver médico, é atestada por duas pessoas que presenciaram ali, que verificaram o cadáver. Com base nesse atestado de óbito, lavra-se o registro de óbito no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, e com base nesse registro, expede-se a certidão de óbito.

Então, essa é a morte real, quando tem um cadáver, o médico atesta o óbito, o atestado vai para o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, lavra-se o registro de óbito, e do registro extrai-se a certidão de óbito.

Modernamente, entende-se que o médico só pode atestar o óbito se houver uma morte cerebral do tipo encefálica. Morte encefálica é aquela linha reta no eletroencefalograma. Quando faz aquele exame e sai com a linha reta. Essa é a verdadeira morte, de acordo com a resolução do Conselho Federal de Medicina, Resolução 1.480/97. Porque a morte clínica, por si só, não é morte. A morte clínica é a cessação das funções circulatórias e respiratórias. A morte clínica, quando cessa a respiração e a circulação, por si só, não é morte. Portanto, morte é a morte cerebral do tipo encefálica.

Então, a primeira morte é a morte real, que se dá quando existe um cadáver para ser examinado.

Agora, morte presumida ocorre quando o cadáver não é encontrado, mas existe uma probabilidade de que a pessoa morreu. Então, morte presumida é isso: o cadáver não é encontrado, porém, existe dentro de um silogismo, uma probabilidade de que realmente ocorreu a morte.

Essa morte presumida pode ocorrer em duas hipóteses:

1ª) art. 7º⁴, I, do CC, que diz, a morte é presumida se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida.

Então, por exemplo, um avião explodiu no ar e nem todos os corpos foram encontrados. Esse é um caso de morte presumida, porque existe um primeiro fato: o avião explodiu no ar; segundo

³ Art. 6º CC A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

⁴ Art. 7º CC Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

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

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

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

fato: João estava no avião e nunca mais foi visto. Conclusão: João está morto; então, é dentro de um silogismo.

Não há necessidade que essa morte ocorra, que essa presunção de morte ocorra em razão de uma catástrofe. Não há necessidade que seja exatamente uma catástrofe, isto é, um grande acontecimento, porque a Lei de Registros Públicos, a Lei 6.015/73, no art. 88⁵, já previa essa morte, mas falava pessoa desaparecida em catástrofe, pessoa desaparecida, em um naufrágio, terremoto. Exigia um grande acontecimento.

O novo Código Civil não exige mais que seja uma catástrofe. Evidentemente, que se for catástrofe também é um caso de morte presumida, mas o CC é mais tranquilo, porque fala simplesmente o seguinte: presume-se a morte, se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida. Então, basta um perigo de vida e a probabilidade da morte.

Ex: uma pessoa estava pescando no rio, junto com alguns amigos, e, de repente, a pessoa escorregou, caiu no rio cheio de correnteza. A pessoa ainda ergueu o braço, pediu socorro, e depois se afundou e nunca mais foi vista. Quer dizer, não foi propriamente uma catástrofe, um grande acontecimento, mas foi um caso de morte presumida, porque a pessoa se encontrava em perigo de vida, em uma situação em que a morte era realmente provável.

2ª) art. 7º, II, do CC: quando o sujeito desaparece em uma campanha ou então, é feito prisioneiro, e ele não é encontrado até dois anos após o término da guerra. Então, a segunda situação está ligada à guerra.

Então, imaginemos o Brasil em guerra. O Brasil está em uma campanha, por exemplo. As tropas invadindo um determinado país, ou então, um brasileiro, um militar, é feito prisioneiro. Quando um sujeito desaparece na guerra, só se presume a morte se ele não voltar após dois anos após o término da guerra.

Então, vejam só: na hipótese anterior, em que existia um perigo de vida, não precisa esperar os dois anos, por exemplo, o avião explodiu no ar, não precisa esperar dois anos para se declarar o óbito; agora, nessa segunda hipótese em que o sujeito desaparece em uma guerra, só se presume a morte dois anos após o término da guerra.

Vale lembrar que nessas hipóteses de morte presumida, a ação cabível não é a ação declaratória de ausência, a ação cabível chama-se ação de justificação de óbito.

Nessa ação de justificação de óbito, o juiz prolatará uma sentença declaratória, na qual fixará a data do falecimento. Essa ação declaratória de justificação de óbito é cabível nos casos de morte presumida e só pode ser proposta após esgotadas as buscas e averiguações (parágrafo único do art. 7º do CC).

E se não tiver a data exata do acontecimento?

Nesse caso, o juiz fixará, na sentença, a data provável do falecimento. Geralmente se tem uma data certa em que a pessoa desapareceu. Agora, se não tiver a data certa, o juiz, na sentença, fixará a data provável.

Nós temos, ainda, outro caso de morte presumida que não está no CC, que está na Lei 9.140/95. Essa hipótese diz respeito às pessoas que desapareceram do País no período de 02/09/61 a 05/10/88, por motivos políticos. Pessoas que eram acusadas de atividades políticas e que, de repente, sumiram.

⁵ Art. 88 LRP. Poderão os Juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame.

Parágrafo único. Será também admitida a justificação no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de ter sido feito o registro nos termos do artigo 85 e os fatos que convençam da ocorrência do óbito.

Essa Lei 9.140/95 elenca o nome das pessoas que a própria lei considera mortas. Desaparecidos políticos que a lei declarou mortos. A lei tem o nome de dezenas e dezenas de pessoas. É um caso interessante, porque a lei declarou essas pessoas mortas. Então, se o nome consta na lei, a pessoa é considerada morta por força da lei.

Agora, militantes políticos que desapareceram, mas que os nomes não constam na lei, os familiares podem mover uma ação declaratória de morte presumida, com base na Lei de Anistia, que é a Lei 6.683/79, que segue o rito sumário.

Então, vejam só, se o nome consta na Lei 9.140/95, daí não é preciso mover ação nenhuma, porque a lei declarou a pessoa morta. Agora, pessoa que exercia atividade política e que desapareceu naquele período, e que o nome não consta na lei, é possível mover uma ação declaratória de morte presumida com base na Lei de Anistia, que é a Lei 6.683/79.

A morte ficta é a questão do ausente. Ausente é a aquela pessoa que desapareceu do seu domicílio e não deixou procurador e nem dá notícia do seu paradeiro. É aquela velha história: a pessoa falou pra mulher que iria ao supermercado, comprar um cigarro em um bar, e nunca mais voltou. Na ausência não existe uma probabilidade de morte, não existe uma certeza de morte. Existe uma suspeita de morte, mas também existem outras suspeitas: pode ser que ele tenha fugido com outra mulher, pode ser que ele tenha morrido. Então, a ausência é uma mera suspeita de morte.

Na ausência, que se dá quando a pessoa desaparece do seu domicílio, é cabível a ação declaratória de ausência, um procedimento de ausência. Nesse procedimento, o juiz prolatará uma sentença definitiva de ausência e, dez anos após o trânsito em julgado dessa sentença de ausência, se a pessoa não voltar, significa que ela está morta. É a morte ficta ou presumida.

Então, tem a sentença de ausência, a sentença definitiva, dez anos após o trânsito em julgado da sentença que concedeu a abertura da sucessão provisória, se a pessoa não voltar, significa que a pessoa fictamente se encontra morta. Depois nós vamos estudar, evidentemente, o procedimento de ausência, mas, em princípio, é isso, se o ausente declarado por sentença não aparecer em um determinado período, que é de 10 anos, a contar da abertura da sucessão provisória, o juiz prolatará uma sentença de sucessão definitiva. Se ele não aparecer, é considerado morto.

Vale lembrar que o cônjuge do ausente é considerado viúvo e pode se casar novamente, sem precisar se divorciar.

O que é morte civil?

Morte civil é a perda da personalidade durante a vida, que existia no Direito Romano, que seria a *capitis diminutio* em grau máximo. Seria a pessoa viva, mas que não tinha personalidade jurídica, não poderia adquirir direitos, nem contrair obrigações.

Portanto, morte civil, que seria perda da personalidade jurídica em vida, não existe no Brasil. Porém, há no Brasil dois resquícios de morte civil:

1º) herdeiro excluído por indignidade – se o herdeiro é excluído da herança por indignidade, para fins de herança, é considerado morto, tanto que os seus descendentes herdam por representação, herdam como se morto fosse;

2º) art. 142, § 3º, VI⁶, da CF e também no art. 7º do Decreto-Lei 3.038/41 – é o militar declarado indigno. Ele perde o seu posto, perde a patente e a família recebe a pensão como se ele

⁶ Art. 142 CF. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

fosse falecido. Quer dizer, o militar declarado indigno está vivo, mas ele perde o seu posto e a família recebe a pensão como ele tivesse morrido.

Então nós temos dois resquícios de morte civil. Não são propriamente casos de morte civil porque a morte civil seria a perda da personalidade em vida, a pessoa não poderia adquirir direito nenhum, não poderia contrair nenhuma obrigação. Seria a *capitis diminutio* em grau máximo, do Direito Romano. Agora, nós temos resquícios de morte civil, que são casos em que a pessoa é considerada morta pra fins de herança: é o caso do herdeiro indigno e no caso do oficial indigno, em que a família recebe pensão como se ele fosse morto.

O que é comoriência?

Comoriência é a morte de duas ou mais pessoas, na mesma ocasião, sendo elas herdeiras entre si. Então, comoriência é a presunção legal de morte simultânea, de duas ou mais pessoas ligadas entre si por vínculos sucessórios.

Vejam só: quando duas pessoas falecem na mesma ocasião e não é possível saber quem morreu primeiro, o Código presume a comoriência, isto é, presume que as duas morreram ao mesmo tempo. Então, independentemente do sexo, da idade, do estado civil, presume-se que morreram ao mesmo tempo. Imaginemos um velho de 80 anos e um jovem forte de 30 anos que desapareceram em um navio que afundou, presume-se que morreram ao mesmo tempo.

Então, nós temos a premoriência. Premoriência é quando se apura que um morreu primeiro que o outro. Quem morreu primeiro é o premoriente, quem morreu por último é o pós-moriente.

Agora, se não dá para saber quem foi o premoriente, quem foi o pós-moriente, a lei presume a comoriência, isto é, a lei presume que eles morreram ao mesmo tempo.

E qual é o efeito da comoriência?

O efeito é o seguinte: os comorientes não herdam entre si.

Imaginemos o seguinte: o marido e a mulher morrem em um acidente de carro. Quando a polícia chega os dois estão mortos. Neste caso, houve comoriência.

Imaginemos que o único herdeiro do marido fosse um primo dele, e a única herdeira da mulher fosse a irmã dela. Quando a polícia chegou os dois já estavam mortos, não deu para saber quem morreu primeiro. Então, presume-se a comoriência, ou seja, que eles morreram ao mesmo tempo. Dessa forma, a herança do marido vai para o primo dele; a herança da mulher vai para a irmã dela, e os comorientes não herdam entre si, isto é, o marido não herda da mulher e a mulher não herda do marido.

Agora, imaginemos o seguinte: apurou-se que o marido morreu primeiro, ele foi premoriente. Se morreu primeiro, a herança dele passou para a mulher, já que a mulher herda primeiro que o primo. A herança passou para a mulher, ainda que ela tenha morrido em seguida, e ela passou toda a herança para a irmã dela.

Agora, apura-se, por exemplo, que quem morreu primeiro foi a mulher. Imagine que a mulher morreu um segundo antes. Então, se ela morreu primeiro, passou toda a herança para o marido, e o marido passa toda a herança para o primo dele.

Se não se apura quem morreu primeiro, a lei presume a comoriência. Comoriência significa que um comoriente não herda do outro. Então, no caso de comoriência, a parte do marido vai para

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

os herdeiros dele, a parte da mulher vai para os herdeiros dela. Existirá uma transmissão de bens, os bens dele passam para a família dele, e os bens dela vão para a família dela. Agora, se prova-se que o marido morreu primeiro, a parte dele vai para a mulher. Houve uma transmissão *causa mortis*, houve um imposto *causa mortis*. Se ela morre em seguida, a parte dela, junto com a que ela herdou, passa para os parentes dela. Então nós teremos um segundo imposto *causa mortis*.

Vale lembrar que essa regra da comoriência pode ser afastada por testamento, desde que não prejudique a legítima. Então, o testador pode contemplar a hipótese: “no caso de eu morrer junto com alguém, eu quero que a minha sucessão seja feita da seguinte forma, e não pelas regras da comoriência”. É possível afastar as regras da comoriência pelo testamento. O testador pode disciplinar de maneira diferente a questão, afastando a comoriência.

QUASE PESSOA JURÍDICA

Ao lado da pessoa natural e da pessoa jurídica, temos um ente intermediário, que pode figurar em algumas relações jurídicas, que a doutrina chama de quase pessoa jurídica ou entes despersonalizados. Alguns ainda usam o termo “partes formais”.

Quase pessoa jurídica ou entes despersonalizados são patrimônios especiais ou órgãos públicos que, embora destituídos de personalidade jurídica, titularizam alguns direitos e obrigações.

Então, quase pessoas jurídicas são patrimônios especiais, ou, então, órgãos públicos, que não têm personalidade jurídica, não são pessoas, mas também não são coisas, porque titularizam alguns direitos e algumas obrigações.

Esses entes despersonalizados ou quase pessoas jurídicas podem ser, então, patrimônios especiais e órgãos públicos.

1. PATRIMÔNIOS ESPECIAIS

Esses patrimônios especiais se parecem com as pessoas jurídicas de direito privado, embora não sejam pessoas jurídicas, porque o art. 44⁷ do CC enumera as pessoas jurídicas, e esses entes despersonalizados, esses patrimônios especiais, não constam no rol.

Quais são esses patrimônios especiais ou quase pessoas jurídicas?

São os seguintes: espólio, massa falida, herança jacente, condomínio edilício e a pessoa jurídica sem registro.

⁷ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações;

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos.

VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada.

§ 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento.

§ 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código.

§ 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica.

Esses entes têm legitimação *ad processum*, isto é, podem ser autor e réu em ações patrimoniais. Podem propor ações e, portanto, podem ser réus em ações patrimoniais (art. 12, III, IV, V, VII e IX, do CPC).

Então, titularizam qual direito?

O direito de ser autor em ação patrimonial, o direito de ser réu em ação patrimonial.

Agora, esses entes não têm uma capacidade aquisitiva, uma capacidade para adquirir, portanto, outros tipos de direito. Dessa forma, não podem adquirir bens. Eu não posso fazer uma doação para um espólio, ou uma doação para um ente sem personalidade jurídica porque eles não podem adquirir bens.

Nós temos uma exceção que é o condomínio edilício, pois o art. 63, § 3º da Lei 4.591/64, permite a adjudicação da unidade do proprietário inadimplente, desde que o condomínio ainda esteja em construção. Se o condomínio ainda estiver em construção e o sujeito for inadimplente, o próprio condomínio pode adquirir esta unidade, é o que diz o art. 63, § 3º. Ele tem direito de preferência.

Então, imaginemos o sujeito comprou um apartamento em construção, não pagou, e agora está sendo executado. Este apartamento será penhorado. O condomínio tem o direito de preferência. Nas 24h seguintes, à segunda praça, quando o imóvel for vendido em juízo, o condomínio tem o direito de preferência para adjudicar esse imóvel, ele adquire esse direito de propriedade.

Mas pela lei, é só o imóvel em construção. Se já acabou a construção, o condomínio não poderá adquiri-lo. Então, com prédio já pronto, se o sujeito não pagar o condomínio, ele será executado e o condomínio não poderá adjudicar o imóvel, porque não está em construção.

Há quem entenda que, por analogia, o condomínio poderia adjudicar, sim, mesmo estando pronto o imóvel. Então, aqui em São Paulo, nós temos algumas decisões que admitem o condomínio adjudicar imóvel, mas há outras também que proíbem. Portanto, o tema é polêmico.

Vale lembrar também que o espólio pode alienar bens com autorização do juiz. É o que diz o art. 992, I, do CPC. O espólio não pode adquirir bens, mas pode alienar bens com ordem do juiz. A massa falida também: a Lei de Falência admite que a massa falida aliene bens com ordem do juiz. Portanto, podem alienar bens, o espólio e a massa falida, mas não podem adquiri-los. Você não pode vender um bem para o espólio, vender bem para a massa falida, não pode fazer um testamento em favor do espólio, de massa falida, porque eles não desfrutam de personalidade jurídica. Assim sendo, não poderão registrar o bem em seus respectivos nomes.

Esses patrimônios especiais titularizam, em regra, apenas o direito de atuar em juízo como autor ou como réu em ações patrimoniais. Em regra, só esses direitos. Nós temos, ainda, excepcionalmente, outros direitos, que é o caso do condomínio, que pode adjudicar o imóvel em construção, e o espólio e a massa falida, que podem alienar bens com ordem do juiz.

2. ÓRGÃOS PÚBLICOS

Órgãos públicos são os componentes de uma pessoa política. Pessoa política é aquela que tem capacidade para legislar (União, Estado membro, Município e Distrito Federal). Então, órgãos públicos são os componentes de uma pessoa política. Ex.: Câmara de Vereadores, Assembleia Legislativa, Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Tribunal de Contas, Tribunal de Justiça, Ministério Público, Secretarias de Governo e etc.

Os órgãos públicos podem impetrar mandado de segurança para a defesa de suas atribuições institucionais.

Vale também lembrar, que a Mesa do Senado e a Mesa da Câmara dos Deputados, que são órgãos públicos, podem mover ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, II e III, da CF).

O Ministério Público, que também é um órgão público, pode propor ações penais públicas e ações civis para a defesa de interesses individuais indisponíveis e para a defesa de interesses difusos ou coletivos. Então, o Ministério Público poderia propor ações nessas situações.

Agora, esses órgãos públicos nunca podem figurar como réus em ações judiciais. Não se pode mover ação contra o Ministério Público, ação contra o Tribunal de Contas, contra o Tribunal de Justiça. Eles não podem figurar no polo passivo de uma relação processual, sob pena de carência de ação, salvo quando se tratar de mandado de segurança ou *habeas data*, aí podem figurar como autoridade coatora.

Agora, vejam só, você não pode mover uma ação trabalhista contra a Câmara dos Vereadores, porque a Câmara dos Vereadores não tem personalidade jurídica; não pode mover uma ação de indenização contra o Tribunal de Justiça ou contra o Ministério Público porque eles não têm personalidade jurídica; você não pode vender bens para o Tribunal de Justiça ou doar bens para o Tribunal de Justiça, ou para o Ministério Público. Em suma, você não pode fazer doações para órgãos públicos porque eles não têm personalidade jurídica, eles não são pessoas. Não tem como registrar um bem no nome do Ministério Público ou registrar um bem no nome do Tribunal de Justiça.

Mas, de qualquer maneira, estes órgãos públicos são classificados como quase pessoas jurídicas ou entes despersonalizados porque eles têm esse direito de impetrar mandado de segurança para a defesa de suas atribuições institucionais, sendo que a Mesa da Câmara e do Senado também podem mover ação direta de inconstitucionalidade, e o Ministério Público pode propor outras ações, como a ação penal pública e a ação civil pública.

NASCITURO

Vale lembrar que o início da personalidade jurídica da pessoa física se dá com o nascimento com vida. A partir do momento que a pessoa nasce com vida surge, automaticamente, a personalidade.

O que é o nascimento com vida?

O Conselho Nacional de Saúde diz que o nascimento com vida exige:

1º) a expulsão completa da criança, a expulsão completa do ventre, isto é, essa separação do ventre.

2º) que a criança respire e que tenha batimento cardíaco. Não exige que se corte o cordão umbilical. Washington de Barros Monteiro diz: só nasce com vida se já cortou o cordão umbilical. Não é preciso isso, e nem exige o desprendimento da placenta.

Mas, de qualquer maneira, essa Resolução é muito rigorosa, porque diz: para nascer com vida tem que ter a separação completa da criança da mãe, a criança tem que ter respirado e tem que ter tido batimentos cardíacos. Só assim pode-se dizer: nasceu com vida, embora diga não é preciso cortar o cordão umbilical.

O Clóvis Beviláqua, nosso grande jurista, diz o seguinte: não é preciso, para que se nasça viva, a separação completa do ventre materno, basta respirar; se respirou, já nasceu viva.

Bom, o tema é altamente polêmico. Em concurso eu recomendo seguir essa Resolução do Conselho Nacional de Saúde.

Vale lembrar também: como é que eu vou saber se a criança respirou, ou não? É possível saber pela Docimasia Hidrostática de Galeno: você coloca os pulmões da criança em um recipiente

d'água, se sobrenadar, isto é, se boiar, é porque respirou; se permanecer submerso é porque não respirou. Então, é assim que se apura se a criança respirou, ou não.

Pouco importa o tempo de vida, se a criança respirou, significa que ela nasceu viva, sendo que a Resolução do Conselho Nacional de Saúde exige, além da respiração, o batimento cardíaco. Então, pouco importa o tempo que durou, se respirou e o coração bateu, tem que ter registro de nascimento, e se morreu em seguida, tem que ter registro de óbito. São dois registros: o de nascimento e o de óbito. Agora, se a criança nasce morta, que é o *natimorto*, tem um registro só, que é o registro de óbito.

Para ser uma pessoa, basta nascer viva. Não é preciso ter formato humano, mas é preciso que promane de um ventre materno porque, por outro lado, imaginemos, se nasce uma pessoa com caracteres humanos, mas nasceu não de uma mulher, mas nasceu, por exemplo, de outro animal, não é considerado pessoa.

O CC põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Surge a questão da natureza jurídica do nascituro. Nós temos:

1) Teoria Concepcionista: que diz que o nascituro é pessoa. Ele adquire a personalidade jurídica desde a concepção. Então, desde a concepção o nascituro já seria uma pessoa, já teria todos os direitos e todas as obrigações;

2) Teoria da Viabilidade: para ter personalidade jurídica, além do nascimento com vida, é preciso, ainda, a existência fisiológica de vida, isto é, de órgãos essenciais ao corpo humano. Precitaria ter cérebro, precitaria ter rins, para ter personalidade jurídica;

3) Teoria Natalista: a personalidade jurídica só surge a partir do nascimento com vida. Para a Teoria Natalista, o nascituro não tem direitos, não é pessoa, ele só teria mera expectativa de direitos, que seria o direito *in fieri*.

Há uma corrente que diz que o CC adotou a Teoria Natalista, porque a personalidade jurídica se inicia somente a partir do nascimento com vida. Portanto, o nascituro não seria pessoa, seria um ente despersonalizado.

Não tem como sustentar a adoção da Teoria Concepcionista no direito brasileiro, *data venia*, com o devido respeito, aos que pensam diferente, porque o Código é muito claro ao dizer que a personalidade jurídica se inicia a partir do nascimento com vida, e não a partir da concepção. Então, a Teoria Concepcionista fica realmente difícil de ser sustentada, embora existam vozes em sentido contrário.

Maria Helena Diniz, nossa grande civilista, diz o seguinte: que o CC adotou uma teoria mista, seria um misto da Concepcionista com a Teoria Natalista. Diz o seguinte: os direitos ligados à personalidade são adquiridos desde a concepção, como é o caso do direito à vida, do direito à integridade física, do direito à filiação, do direito aos alimentos, do direito à dignidade, do direito à imagem, do direito à sepultura etc. Então, os direitos ligados à personalidade são adquiridos desde a concepção (seria a Teoria Concepcionista), já os direitos patrimoniais só se adquirem a partir do nascimento com vida, que seria o direito para receber uma herança, para receber uma doação (seria a Teoria Natalista).

A melhor corrente, no meu modo de ver, para se colocar em concurso é essa: o Código teria adotado uma teoria mista, isto é, os direitos ligados à personalidade se adquirem a partir da concepção e os direitos patrimoniais (o direito de receber uma herança, de comprar um bem, de receber uma doação, etc) só se adquirem a partir do nascimento com vida.

O nascituro, portanto, no tocante aos direitos patrimoniais, não é propriamente uma pessoa, não tem personalidade jurídica. No tocante aos direitos ligados à personalidade, tem personalidade jurídica, ele já adquire esses direitos desde a concepção.

Agora, no tocante aos direitos patrimoniais, o nascituro não tem personalidade jurídica. Porém, excepcionalmente, a lei autoriza que ele figure em relações jurídicas patrimoniais. Por exemplo:

a) o art. 542 do CC diz que é possível doação ao nascituro – é claro que é uma doação sob a condição dele nascer vivo;

b) o art. 1.798 permite testamento em favor do nascituro – evidentemente que só surtirá efeitos se ele nascer com vida; c) o art. 1.609⁸, parágrafo único, do CC diz que é possível reconhecer como filho o nascituro – evidente, que é um reconhecimento sujeito à condição dele nascer com vida.

Então vejam só, são três casos em que o nascituro pode figurar numa relação jurídica. A jurisprudência admite, também, que o nascituro peça alimentos, é possível ação de alimentos movida pelo nascituro.

Essa hipótese do parágrafo único do art. 1.609 – o nascituro pode ser reconhecido pelos pais –, não é propriamente um direito patrimonial, mas um direito ligado à sua personalidade; embora as outras duas hipóteses (doação e testamento) sejam direitos patrimoniais.

Agora, é possível vender bens para o nascituro?

Não, porque não há lei autorizando. Quando se trata de um direito patrimonial, o nascituro só pode figurar em uma relação jurídica se a lei autoriza. Então, o nascituro pode figurar como donatário de um bem, porque a lei autoriza que ele receba doação. Mas, o nascituro não pode comprar um bem, vender um bem, porque a lei não prevê esta hipótese.

Nós temos, também, a questão de curador ao nascituro. Eu pergunto para vocês: é preciso nomear um curador ao nascituro? Bom, toda vez que no processo surgir algum interesse patrimonial de nascituro, quem representa o nascituro? Os pais.

E se o nascituro não tem pai, seja porque ele não reconheceu seja porque o pai morreu, quem representa o nascituro? A mãe.

E se o nascituro só tem mãe e ela for doente mental?

Se a mãe estiver interditada, isto é, se ela tem um curador, o curador da mãe, automaticamente, é o curador do nascituro. É a chamada curatela prorrogada, isto é, o curador é também, automaticamente, o curador dos filhos do curatelado. Então, não precisa nomear curador.

Então, quando se nomeia curador para o nascituro?

Só se vai nomear curador para o nascituro, se o nascituro não tiver um pai (a mulher está grávida, mas o pai morreu), e a mulher tem algum problema mental, mas ainda não foi nomeado

⁸ Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

um curador para ela que não foi propriamente interdita; porque se ela já tem curador, o curador dela é o curador do nascituro. Nomeia-se curador para o nascituro somente nesta situação: em que o pai morreu e a mãe não tem o poder familiar, porque ela é incapaz, e, por outro lado, ela não tem também um curador, ela não foi interdita.

Nomeia-se um curador quando houver, no processo, a expectativa dele receber algum bem, por exemplo: uma herança, um legado, uma doação.

Propor ações o nascituro pode, ele pode mover uma ação de alimentos.

O nascituro poderia ser réu em ações?

Poderia, em uma ação anulatória de doação ou de testamento feito em seu favor.

Finalmente, nós temos que enfrentar a questão do embrião *in vitro*. Vejam só: o art. 2º⁹ protege, desde a concepção, os direitos do nascituro.

O que se entende por nascituro?

Uma primeira corrente, ampliativa, diz o seguinte: nascituro abrange tanto aquele ser que está no ventre materno, que é protegido desde a concepção, como aquele ser que foi objeto de uma fecundação *in vitro*. O argumento é o seguinte: onde a lei não distingue, o intérprete não pode distinguir. Portanto, a mesma proteção que tem o nascituro que está no ventre materno também teria o nascituro *in vitro*. Esta é a posição da Maria Helena Diniz. Portanto, o embrião congelado, para essa corrente, teria os mesmos direitos que o nascituro, seria, também, uma espécie de nascituro.

Uma segunda corrente diz que essa fecundação *in vitro*, esse embrião congelado, não é nascituro, porque o nascituro tem que estar no ventre materno e a sua colocação no ventre depende de uma condição potestativa, que é aquela que está ao arbítrio exclusivo da pessoa, depende do querer exclusivo da mulher, com a autorização, evidentemente, do seu parceiro. Então, depende do querer exclusivo deles. Então, a condição puramente potestativa é nula, por força do art. 122 do CC. Toda condição que depende exclusivamente do arbítrio da pessoa é uma condição nula.

A tendência é prevalecer a primeira corrente, no sentido de equiparar a fecundação *in vitro* ao nascituro, mesmo porque a lei ressalva, desde a concepção, os direitos do nascituro, não exige que seja um nascituro que esteja no ventre materno. Portanto, abrange, também, a concepção *in vitro*.

No tocante ao embrião humano, é preciso algumas observações: a) é proibida a engenharia genética em embrião humano, essas manipulações – art. 6º¹⁰, III, da Lei 11.105/05; b) é proibida a

⁹ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

¹⁰ Art. 6º Fica proibido:

I – implementação de projeto relativo a OGM sem a manutenção de registro de seu acompanhamento individual; II – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei; III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano; IV – clonagem humana; V – destruição ou descarte no meio ambiente de OGM e seus derivados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio, pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, e as constantes desta Lei e de sua regulamentação; VI – liberação no meio ambiente de OGM ou seus derivados, no âmbito de atividades de pesquisa, sem a decisão técnica favorável da CTNBio e, nos casos de liberação comercial, sem o parecer técnico favorável da CTNBio, ou sem o licenciamento do órgão ou entidade ambiental responsável, quando a CTNBio considerar a atividade como potencialmente causadora de degradação ambiental, ou sem a aprovação do Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, quando o processo tenha sido por ele

clonagem humana, aliás, a clonagem humana é crime – art. 6º, IV, da Lei 11.105/05 e também o art. 26¹¹ desta lei; c) é permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos, produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados. Portanto, é possível a pesquisa em células tronco embrionárias, desde que sejam embriões inviáveis ou congelados há três anos ou mais, e é preciso, ainda, consentimento dos genitores, sendo proibida a comercialização – art. 5º¹², § 3º, da Lei 11.105/05.

Então, vejam só: essa questão da pesquisa em células tronco embrionárias foi debatida no STF. Uma corrente queria a inconstitucionalidade desse dispositivo, dizendo que viola o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o direito à vida. Não obstante este ponto de vista, o STF considerou válido o dispositivo, e admitiu a pesquisa em células tronco, dizendo: nenhum direito é absoluto, todo direito é relativo. E me parece que não há violação da Dignidade da Pessoa Humana e nem há violação do direito à vida. Vale lembrar, também, que o próprio Código Penal admite o aborto, em certas situações, em casos de estupro ou para salvar a vida da gestante. Portanto, nenhum direito é absoluto. Sendo assim, essas pesquisas em células tronco não afrontam, no meu modo de ver, princípios constitucionais.

CAPACIDADE CIVIL

São duas as espécies de capacidade civil: a capacidade de direito e a capacidade de fato.

A capacidade de direito ou de gozo é a aptidão para ser titular de direitos e deveres na ordem civil. A capacidade de direito, na verdade, é a própria personalidade. Então, toda pessoa tem essa capacidade de direito.

Portanto, não existe incapacidade civil de direito, porque toda pessoa é capaz de adquirir direitos e deveres. O que às vezes acontece são algumas restrições, sobretudo impostas aos estrangeiros. Às vezes, eles sofrem, por lei ou pela própria Constituição, algumas restrições. Mas, de um modo geral, os estrangeiros também podem adquirir todos os direitos e deveres, salvo aqueles que a lei proíbe.

Já a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão para alguém praticar, por si só, os atos da vida civil. Seria a aptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil, sem assistência e sem representação.

Então, a capacidade de fato é presumida. Isto é, em regra, presume-se que toda pessoa tem esta capacidade de fato, e ninguém precisa demonstrar. Porém, excepcionalmente, a lei considera algumas pessoas absolutamente incapazes e outras pessoas relativamente incapazes, conforme veremos.

A incapacidade de fato, seja absoluta, seja relativa, não restringe a personalidade porque, em regra, o incapaz, seja absoluta ou relativamente, pode praticar todos os atos e negócios jurídicos

avocado, na forma desta Lei e de sua regulamentação;VII – a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, entende-se por tecnologias genéticas de restrição do uso qualquer processo de intervenção humana para geração ou multiplicação de plantas geneticamente modificadas para produzir estruturas reprodutivas estéreis, bem como qualquer forma de manipulação genética que vise à ativação ou desativação de genes relacionados à fertilidade das plantas por indutores químicos externos.

¹¹ Art. 26. Realizar clonagem humana: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

¹² Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

que uma pessoa capaz pratica, desde que ele esteja representado, se for absolutamente incapaz, ou que esteja assistido, se for relativamente incapaz.

Então, apenas a lei, em certas hipóteses, pode restringir a capacidade do absolutamente ou do relativamente incapaz, proibindo que ele pratique certos atos por intermédio de seu representante ou mediante a assistência. Mas isso é uma exceção.

Então, podemos dizer o seguinte: em regra, a incapacidade de fato não restringe a personalidade. Portanto, em regra, os absolutamente incapazes podem praticar todos os atos que os capazes, desde que representados, e os relativamente incapazes podem praticar todos os atos que as pessoas capazes podem praticar, desde que estejam assistidos pelo representante legal. Excepcionalmente, alguns atos não poderão praticar por intermédio do representante e nem assistidos pelo representante, mas isso é uma exceção.

Qual a diferença entre incapacidade absoluta e incapacidade relativa?

As pessoas absolutamente incapazes não podem praticar pessoalmente nenhum ato da vida civil, sob pena de nulidade absoluta (art. 166¹³, I, do CC). Essas pessoas devem ser representadas nos atos ou negócios jurídicos pelos representantes legais, que seriam os pais, o tutor e o curador.

Então, quando a incapacidade é absoluta, o representante pratica o ato em nome do incapaz. Quer dizer, o incapaz não participa, é o representante que vai lá e pratica o ato em nome do incapaz, assinando pelo incapaz, falando em nome do incapaz, e o incapaz não esboça a sua vontade, o seu querer, em relação ao ato.

Então, o absolutamente incapaz pode praticar todos os atos, desde que representado pelo representante legal.

Por outro lado, os relativamente incapazes podem praticar pessoalmente todos os atos da vida civil, desde que assistidos pelos representantes legais (pais, tutor ou curador). O ato praticado sem assistência não é nulo, mas apenas anulável, isto é, gera uma nulidade relativa (art. 171, I, do CC).

E vale lembrar o seguinte: alguns atos ou negócios os relativamente incapazes podem praticar, validamente, sem assistência. Por exemplo: a) testamento: a partir dos 16 já pode fazer testamento sem assistência; b) aceitar mandato – ser procurador; votar; casar (o que o casamento exige é autorização do representante legal, que é diferente de assistência).

Quem são os relativamente incapazes?

O art. 4º¹⁴ diz o seguinte: os relativamente incapazes são os maiores de 16 e menores de 18 anos (menores púberes); os ébrios habituais; os viciados em tóxicos e os deficientes mentais, que tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; os pródigos.

Vale lembrar o seguinte: não corre prescrição contra o absolutamente incapaz (art. 198¹⁵, I, do CC). Contra relativamente incapaz corre prescrição.

¹³ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

¹⁴ Art. 4º CC São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

¹⁵ Art. 198. Também não corre a prescrição:

Outra vantagem do absolutamente incapaz: pode recobrar dívida de jogo que, porventura, tenha pago (art. 814¹⁶ do CC). Já o relativamente incapaz não pode pedir de volta uma dívida de jogo que tenha pago.

O que é benefício de restituição ou *restitutio in integrum*?

É um instituto que permite anular os atos ou negócios jurídicos válidos praticados pelo representante em nome do absolutamente incapaz, toda vez que o incapaz tiver algum prejuízo.

O benefício de restituição não existe no Brasil. O Código anterior já proibia o benefício de restituição. Isso existiu ao tempo das Ordenações Filipinas. Portanto, atos ou negócios jurídicos válidos praticados pelo incapaz, devidamente representado por seu representante legal, são válidos, não podem ser anulados, ainda que o incapaz tenha prejuízo.

Vale lembrar que o benefício de restituição permitia a anulação de atos válidos, pelo simples fato de o ato prejudicar o incapaz. Não existe isso.

O CC, porém, diz o seguinte: se o interesse do representante colide com o interesse do representado, isto é, se o representante pratica um ato ou negócio prejudicial ao representado, é possível anular, se o beneficiário do ato tinha conhecimento disso. Se a pessoa que está negociando sabe que o representante está praticando um ato que colide com os interesses do incapaz, a pessoa está de má-fé, está agindo com dolo, então pode ser anulado.

Mas vejam só, este ato é inválido, tendo em vista a má-fé do terceiro beneficiado que sabia que o representante estava prejudicando o incapaz. Não é o benefício de restituição. Benefício de restituição permitia a anulação de ato válido. Ora, se o representante está prejudicando o incapaz e o beneficiário do ato sabe disso, e mesmo assim pratica o ato, isso é dolo, então o ato é inválido. O prazo para anular é de 180 dias, a contar da conclusão do negócio ou a contar da cessação da incapacidade – é um prazo decadencial, art. 119¹⁷, parágrafo único, do CC.

Qual a diferença entre representação e a assistência?

A representação é para os absolutamente incapazes. Na representação, o incapaz não esboça nenhuma vontade em relação ao ato, não participa da decisão de se praticar ou não, o ato. Tudo é decidido por seu representante legal.

Já na assistência, o relativamente incapaz esboça a vontade de praticar o ato, ele que decide se vai praticar, ou não e o representante simplesmente o assiste, isto é, presencia o ato.

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;

III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

¹⁶ Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito.

§ 1º Estende-se esta disposição a qualquer contrato que encubra ou envolva reconhecimento, novação ou fiança de dívida de jogo; mas a nulidade resultante não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé.

§ 2º O preceito contido neste artigo tem aplicação, ainda que se trate de jogo não proibido, só se excetuando os jogos e apostas legalmente permitidos.

§ 3º Excetuam-se, igualmente, os prêmios oferecidos ou prometidos para o vencedor em competição de natureza esportiva, intelectual ou artística, desde que os interessados se submetam às prescrições legais e regulamentares.

¹⁷ Art. 119 CC. É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.

Parágrafo único. É de cento e oitenta dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, o prazo de decadência para pleitear-se a anulação prevista neste artigo.

Em suma, na representação, o ato é praticado pelo representante legal, em nome do absolutamente incapaz; na assistência, o ato é praticado pelo próprio relativamente incapaz, sob a assistência do representante.

É interessante a questão do art. 654¹⁸ do CC, que diz o seguinte: as pessoas capazes podem dar procuração por instrumento particular. Então, quem é capaz pode passar uma procuração por instrumento particular. *A contrario sensu*, quem é incapaz, para passar uma procuração, precisa de instrumento público.

No caso da procuração dada pelo absolutamente incapaz, quem vai outorgar essa procuração é o seu representante, que é uma pessoa capaz. Portanto, pode ser por instrumento particular. A procuração do absolutamente incapaz pode ser sempre por instrumento particular, porque quem outorga essa procuração é uma pessoa capaz, isto é, o seu representante legal.

Já a procuração outorgada pelo relativamente incapaz é dada por ele mesmo, sob a assistência do representante. Em suma: a procuração dada pelo relativamente incapaz tem que ser por instrumento público, porque é outorgada pelo relativamente incapaz com a assistência do representante legal.

Porém, a jurisprudência ameniza essa regra: se for procuração *ad judicium*, o relativamente incapaz poderia outorgar por instrumento particular, com base no art. 38¹⁹ do CPC, que permite instrumento particular para procuração *ad judicium*, exigindo-se instrumento público apenas para procuração *ad negotia*.

Resumindo: procuração dada pelo absolutamente incapaz, seja *ad judicium* ou *ad negotia*, deve ser por instrumento particular, porque quem dá a procuração é o representante. Procuração outorgada pelo relativamente incapaz: 1ª corrente - sempre instrumento público; 2ª corrente (dominante) - se for *ad judicium*, pode ser por instrumento particular, com base no art. 38 do CPC, se for *ad negotia*, exige-se instrumento público.

Também não confundir representação com substituição processual. O substituto processual é aquele que defende, em nome próprio, interesse alheio. Então, sujeito que move uma ação popular, está defendendo, em nome próprio, um interesse alheio, o interesse da coletividade. Já o representante legal, não age em nome próprio. Ele age em nome do representado, para defender interesse do representado, ou seja, age em nome alheio, para defender interesse alheio.

Não confundir, também, incapacidade com falta de legitimação.

Legitimação é a posição favorável da pessoa, em relação a certos bens ou interesses, que a habilitam a praticar o ato ou o negócio jurídico. Falta de legitimação seria o impedimento, portanto, para praticar certos atos ou negócios jurídicos. Seria uma espécie de incapacidade *ad hoc*, específica para certos atos. Ex.: o tutor não pode adquirir bens do pupilo – art. 497²⁰, I, do CC.

¹⁸ Art. 654 CC. Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante.

§ 1º O instrumento particular deve conter a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos.

§ 2º O terceiro com quem o mandatário tratar poderá exigir que a procuração traga a firma reconhecida.

¹⁹ Art. 38 CPC - A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.

Parágrafo único - A procuração pode ser assinada digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma da lei específica.

²⁰ Art. 497. Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública:

I - pelos tutores, curadores, testamenteiros e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração;

II - pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua

Já a incapacidade é genérica, seria a proibição para praticar pessoalmente ou sem assistência todos os atos ou negócios jurídicos.

A incapacidade é genérica, a falta de legitimação é específica.

A falta de legitimação é imposta por lei, em alguns casos, e a finalidade é proteger certas pessoas. Falta de legitimação, até pessoas capazes podem ter, como no caso do tutor, que não pode comprar os bens do pupilo, a lei proíbe. Já a incapacidade está relacionada a uma deficiência da consciência ou uma deficiência da vontade.

Também não confundir assistência com autorização:

Autorização é a permissão dada por um terceiro, antes do ato, para que o ato ou negócio possa ser realizado. Por exemplo:

a) o cônjuge, para alienar bem imóvel, ainda que seja um imóvel só seu, precisa da autorização do outro cônjuge, salvo no regime da separação absoluta art. 1.647²¹, I, do CC, e no regime da participação final nos aquestos, em que é possível dispensar essa autorização ou, se o pacto dispensar expressamente esta autorização para alienar;

b) o ascendente para vender para descendente, precisa da autorização dos outros descendentes – art. 496²² do CC.

A autorização é dada antes da prática do ato, e se for negada é cabível suprimento judicial. A assistência é dada durante o ato, o representante assiste o ato e se for negada, não cabe suprimento judicial.

Vale lembrar que a autorização é exigida até mesmo para pessoas capazes, como nos exemplos citados. Já a assistência só existe para relativamente incapazes.

Rol dos absolutamente incapazes: menores de 16 anos, os enfermos mentais, os deficientes mentais e as pessoas que não exprimirem vontade.

É um rol taxativo, porque é uma lei excepcional, porque abre exceção à regra geral. A regra geral é que a capacidade se presume, ninguém precisa provar que é capaz. Então, exceção ao art. 3º, que prevê o rol dos absolutamente incapazes. É uma lei excepcional, abre exceção à regra geral e, como se sabe, lei excepcional não admite analogia.

Assim, por exemplo, o velho é plenamente capaz, a não ser que tenha algum problema mental, quando será incapaz.

administração direta ou indireta;

III - pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade;

IV - pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados.

Parágrafo único. As proibições deste artigo estendem-se à cessão de crédito.

²¹ Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

²² Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

Parágrafo único. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória.

Igualmente, o falido é plenamente capaz, civilmente é capaz, só não poderá exercer atividade empresarial. Agora, capacidade civil ele tem, de maneira plena.

Igualmente, o mudo, o surdo-mudo, o cego e o deficiente físico são plenamente capazes.

Quanto ao mudo e ao surdo-mudo, desde que se comuniquem, que expressem a vontade, eles são plenamente capazes, mas têm uma restrição: o testamento tem que ser cerrado – art. 1.873²³ do CC.

O cego também tem uma restrição, o testamento dele só pode ser público – art. 1.867²⁴ do CC.

Vale lembrar que os cegos e os surdos não podem ser testemunhas de fatos que dependam da visão, no caso do cego, ou de fato que depende da audição, no caso do surdo.

Quanto aos deficientes físicos, também são plenamente capazes. Todavia, o CC permite que se nomeie ao deficiente físico um curador, se ele requerer, para cuidar de um ou alguns dos seus negócios - art. 1.780²⁵ do CC.

Então, os cegos, os surdos, os mudos, os paráliticos e tantos outros deficientes podem requerer essa curatela especial, que envolve pessoas capazes, e que é uma curatela restrita a alguns atos patrimoniais. É um caso interessante, porque é uma curatela para pessoas capazes.

Então, vamos analisar esse rol dos absolutamente incapazes:

1) Menores de 16 anos (menores impúberes): esses menores não têm um desenvolvimento intelectual e social suficiente para que possam se reger por si só. Por isso, existe uma presunção absoluta de incapacidade. São absolutamente incapazes. Qualquer ato que eles pratiquem pessoalmente será considerado nulo.

Então, se um menor de 16 anos comprar determinado bem, quem vendeu não vai poder mover ação de cobrança, porque o ato é nulo, é uma nulidade absoluta, a pessoa poderá simplesmente pleitear a nulidade do negócio para obter o bem de volta e restituir o que o menor pagou.

2) Enfermos mentais e os deficientes mentais, sem o discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil:

Sobre a distinção entre enfermo mental e deficiente mental, entende-se o seguinte: a enfermidade mental é uma doença psíquica que se manifesta em uma pessoa mentalmente sã (ex.: depressão profunda). A deficiência mental também é a alteração de uma capacidade psíquica, mas congênita: atinge abruptamente a pessoa, por exemplo, em um acidente de carro, bateu a cabeça, e teve traumatismo craniano. Outra diferença é que a enfermidade mental, em regra, é transitória, embora possa ser permanente; já a deficiência mental, em regra, é permanente.

Na enfermidade mental, o Código só permite a interdição como absolutamente incapaz, quando não tiver o discernimento necessário. Agora, se o discernimento é reduzido, pelo Código, o enfermo mental seria capaz. Já o deficiente mental, pode ser interditado como absolutamente

²³ Art. 1.873. Pode fazer testamento cerrado o surdo-mudo, contanto que o escreva todo, e o assine de sua mão, e que, ao entregá-lo ao oficial público, ante as duas testemunhas, escreva, na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, cuja aprovação lhe pede.

²⁴ Art. 1.867. Ao cego só se permite o testamento público, que lhe será lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento.

²⁵ Art. 1.780 CC. A requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens.

incapaz, se ele não tem o necessário discernimento, ou então, pode ser interditado como relativamente incapaz, se o seu discernimento for reduzido.

Vale lembrar que o enfermo mental ou deficiente mental cujo discernimento é preservado, serão absolutamente capazes.

3) Pessoa que não pode exprimir a vontade, ainda que por causa transitória (ex.: coma):

A pessoa que não exprime a vontade pode ser interditada?

O art. 1.767²⁶, II, do CC só permite a interdição se for uma causa duradoura.

Se a pessoa não exprime a vontade por uma causa transitória, é absolutamente incapaz, porém não poderia ser interditada. O máximo que se poderia fazer seria aplicar, por analogia, o art. 1.780, para se nomear um curador para cuidar dos seus negócios.

E no tocante ao surdo-mudo? Como ele se enquadraria?

O Miguel Reale considera o surdo-mudo relativamente incapaz. Diz que o surdo-mudo é excepcional, e só poderia ser interditado como relativamente capaz.

Já o Renan Lotufo, considera o surdo-mudo absolutamente incapaz, diz: é uma das hipóteses de pessoa que não pode exprimir vontade – art. 3º, III, do CC.

A melhor solução para o surdo-mudo é a seguinte: se ele não pode exprimir a vontade, deve ser interditado como absolutamente incapaz – art. 3º, III, do CC. Caso ele tenha reduzida a sua capacidade de expressão, de comunicação, poderia ser interditado como relativamente incapaz, como um excepcional – art. 4º, IV, do CC. Agora, se ele se comunica normalmente, seria plenamente capaz.

Vamos abordar, agora, os relativamente incapazes:

1) Os maiores de 16 anos e menores de 18 anos (menores púberes):

O menor púbere é equiparado ao maior quando age com dolo quanto à sua idade, isto é, quando ao praticar um negócio jurídico, ao ser inquirido pela outra parte sobre a sua idade, se declara maior, ou, então, ao praticar um negócio jurídico, dolosamente, omite a idade.

Então, se para praticar um negócio sem assistência, dolosamente omite a idade, ou, então, ao ser inquirido pela outra parte, se declara maior, se praticou esse negócio sem a assistência do representante, é equiparado ao maior, esse ato é válido – art. 180²⁷ do CC, pois ninguém pode alegar a própria torpeza.

Vale lembrar, também, que o menor púbere pode praticar alguns atos sem assistência, conforme nós já vimos: pode ser testemunha, inclusive testemunha de testamento; pode fazer testamento; ser mandatário (art. 666²⁸ do CC); votar.

²⁶ Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V - os pródigos.

²⁷ Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.

²⁸ Art. 666. O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores.

No dia do aniversário de 16 anos, ele é relativamente incapaz, já não é absolutamente. Absolutamente é o menor de 16, conforme diz o art. 3º, I, do CC.

Mesmo porque, se há alguma dúvida sobre essa questão, a gente tem que lembrar o seguinte: em regra, presume-se a capacidade, então a interpretação deve se dar de maneira favorável, e é mais favorável que ele seja relativamente incapaz do que absolutamente incapaz.

2) Ébrio habitual, isto é, o alcoólatra:

O ébrio habitual, para ser interditado, precisa de dois requisitos:

1º) uma embriaguez habitual, leia-se, quase que diária;

2º) uma perturbação do discernimento, tem que estar com a sua capacidade reduzida, porque se ele bebe diariamente, mas está com o discernimento ainda íntegro, não pode ser interditado, porque é plenamente capaz.

3) Viciado em droga, isto é, viciado em tóxico:

Nesse caso não precisa a habitualidade, isto é, não precisa ser um vício quase que diário. O que se exige para interditar é o vício, isto é, o uso reiterado da droga, do entorpecente. O vício não precisa ser diário, mas precisa ser um vício intervalado, isto é, que haja uma dependência da droga.

O vício é isso, o sujeito é dependente da droga, não é um dependente diário, mas depende, aí, de 15 em 15 dias, uma vez por mês.

E o segundo requisito é a perturbação do discernimento, porque se o discernimento está preservado, não pode ser interditado.

Então, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, pelo CC, são relativamente incapazes. Agora, o Decreto-Lei 891/1938 diz que eles podem ser interditados como relativamente incapazes ou como absolutamente incapazes, dependendo do grau: se eles perderam por completo o discernimento, eles seriam absolutamente incapazes; se o discernimento está apenas reduzido, eles seriam relativamente incapazes. Essas leis, a meu ver, continuam em vigor, porque são leis especiais, e o Código Civil é uma lei geral, e a lei geral não revoga a lei especial.

Mas, de qualquer maneira, nem precisa invocar essas leis, porque se eles não têm discernimento, eles seriam, realmente, absolutamente incapazes, porque seriam pessoas que não exprimem a vontade, então, daria para interditá-los com base no art. 3º.

Portanto, serão relativamente, quando tiverem apenas uma perturbação, ou seja, um discernimento reduzido.

4) Os deficientes mentais e os excepcionais cujo discernimento se encontra reduzido:

Os deficientes mentais e os excepcionais têm um QI, isto é, uma quota de inteligência, abaixo de 70.

O deficiente mental pode ser absolutamente ou relativamente incapaz: se o discernimento estiver suprimido, é absolutamente incapaz; se estiver apenas reduzido, é relativamente incapaz. Já o excepcional, sem desenvolvimento completo, é classificado apenas como relativamente incapaz.

O conceito de excepcional, na verdade, é um conceito da pedagogia, é a pessoa que tem dificuldade de aprendizado, que necessita de uma educação especial, de uma educação especializada. Pode abranger várias situações, pode abranger os surdos-mudos, mudos, que tenham dificuldade de aprendizado. Então, podem ser enquadrados, também, como excepcionais, as pessoas que têm uma educação lenta, simples, que não conseguem evoluir no aprendizado.

Vale lembrar que não precisa ter nenhum problema psíquico, porque o deficiente mental tem um problema psíquico, então, é classificado como excepcional, quando ele tem dificuldade de aprendizado. Ele é, ao mesmo tempo, deficiente e excepcional: deficiente porque tem problema

psíquico, e excepcional porque tem dificuldade de aprendizado. Agora, o excepcional, para ser classificado como excepcional, não precisa ter nenhum problema psíquico, basta que tenha uma dificuldade para a execução de tarefas simples, uma dificuldade para o aprendizado, aquela pessoa que não consegue aprender, a não ser, aqueles rudimentos básicos.

Então, o legislador preferiu utilizar essas duas expressões: deficientes mentais e excepcionais, para deixar bem claro que mesmo pessoas que não têm anomalia mental podem ser classificadas como excepcional, se tiver uma dificuldade de aprendizado, se necessitar de uma educação especializada.

5) O pródigo:

Pródigo é a pessoa que dilapida o seu patrimônio de forma imoderada e habitual, colocando em risco o próprio sustento e de seus familiares.

Então, o sujeito, para se classificar como pródigo, precisa incorrer:

- 1º) gastos habituais excessivos, isto é, imoderados, desordenados;
- 2º) risco ao próprio sustento ou ao sustento de sua família.

A pessoa que gasta demais, ainda que habitualmente, isto, por si só, não significa que seja pródigo, porque se a pessoa tem para gastar, ela gasta mesmo. Então, isso não é pródigo. O pródigo exige mais que isso, exige gasto excessivo habitual que coloque em risco a dilapidação do seu patrimônio.

O viciado em jogo, por exemplo, seria pródigo?

A jurisprudência oscila em um e outro sentido, mas a posição mais correta é a de que não é pródigo, porque uma das características do pródigo é a generosidade. O pródigo é aquele sujeito que, movido por uma compulsão de generosidade, pratica atos que dilapidam o seu patrimônio de forma habitual, colocando em risco o próprio sustento ou de seus familiares.

Vale lembrar o seguinte: o pródigo só pode ser interditado para atos patrimoniais, e mesmo assim ele é relativamente incapaz, isto é, só precisa de assistência. Então, vai precisar de um curador para praticar atos patrimoniais, precisa da assistência de um curador para assisti-lo em empréstimos, transações, quitações, alienações de bens, hipotecas, enfim, para praticar atos que não sejam de mera administração (art. 1.782²⁹).

Agora, para atos pessoais, isto é, atos não patrimoniais, por exemplo, o casamento, o pródigo é plenamente capaz, isto é, não precisa de assistência, por exemplo, para adotar uma criança. E também não vai precisar de assistência para atos de mera administração, isto é, atos que não envolvam a alienação de bens ou oneração de bens.

O CC/16 só permitia a interdição do pródigo se ele tivesse cônjuge, descendente ou ascendente que dependesse dele. Então, o Código não protegia o pródigo, protegia a família do pródigo, porque se fosse um pródigo solitário, sem ninguém, ele não podia ser interditado; então, na verdade, o pródigo não era protegido.

Já o Código atual protege o pródigo, ainda que ele não tenha família, ainda que não tenha descendente, ascendente e cônjuge, mesmo assim pode ser interditado. A interdição pode ser movida por qualquer parente e, subsidiariamente, pelo Ministério Público (art. 1.769³⁰ do CC). Portanto, o pródigo está no mesmo nível de proteção dos outros incapazes.

²⁹ Art. 1.782. A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.

³⁰ Art. 1.769. O Ministério Público só promoverá interdição:

I - em caso de doença mental grave;

CAPACIDADE DO ÍNDIO

Convém, ainda, falar um pouco sobre os índios. A capacidade do índio, diz o Código Civil, no parágrafo único do art. 4º, diz: a capacidade do índio é regida por lei especial. Essa lei especial é o Estatuto do Índio, que é a Lei 6.001/73.

Vale lembrar que o Código Civil fala em índio, não fala mais em silvícola, porque silvícola é o habitante da selva. Índio é uma expressão melhor, porque o índio é protegido ainda que não more na selva, ainda que seja um índio urbano, está sob a proteção do Estatuto do Índio, isto é, da Lei 6.001/73.

Vejam só, o índio não integrado à civilização apresenta uma incapacidade *sui generis*, quer dizer: para praticar atos ou negócios jurídicos precisa da assistência da FUNAI, então, ele se aproxima dos relativamente incapazes, já que ele precisa de assistência. Porém, se ele pratica o ato sem assistência, o ato é nulo, então, se aproxima dos absolutamente incapazes, porque o ato que o relativamente incapaz pratica sem assistência é anulável.

O índio tem uma incapacidade *sui generis*: na verdade, não é absolutamente nem relativamente incapaz, quer dizer, para praticar ato ou negócio ele precisa da assistência da FUNAI, sem a assistência o ato não é meramente anulável, o ato é nulo (art. 8º³¹ do Estatuto do Índio). E outro detalhe: o ato só será nulo se trouxer prejuízo para o índio, se praticou sem assistência e não houve prejuízo, o ato é válido.

Então, é diferente dos outros absolutamente incapazes; o absolutamente incapaz, se pratica o ato pessoalmente, é nulo, ainda que o ato lhe traga benefícios. Mesma coisa o relativamente incapaz, o ato é anulável, não precisa ter prejuízo. Já o índio, não, o ato é nulo e desde que haja prejuízo, quer dizer, se não houver prejuízo, o ato é válido.

Vale lembrar, também, que o índio não integrado à civilização, não está obrigado ao registro de nascimento no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais. O registro de nascimento do índio pode ser feito em Livro da FUNAI (arts. 12 e 13³² do Estatuto do Índio). Isso acaba gerando problemas na prática, porque, às vezes, o índio precisa de uma certidão de nascimento.

Então, já se decidiu o seguinte: que é mera faculdade do índio, o índio não é obrigado a registrar-se no Cartório das Pessoas Naturais, o registro pode ser na FUNAI; mas se ele quiser se registrar no Cartório das Pessoas Naturais, ele teria esse direito.

AQUISIÇÃO DA CAPACIDADE PLENA

A pessoa adquire a capacidade plena pelas seguintes formas:

II - se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e II do artigo antecedente;

III - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas no inciso antecedente.

³¹ Art. 8º L6001 São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.

Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos.

³² Art. 12. Os nascimentos e óbitos, e os casamentos civis dos índios não integrados, serão registrados de acordo com a legislação comum, atendidas as peculiaridades de sua condição quanto à qualificação do nome, prenome e filiação.

Parágrafo único. O registro civil será feito a pedido do interessado ou da autoridade administrativa competente.

Art. 13. Haverá livros próprios, no órgão competente de assistência, para o registro administrativo de nascimentos e óbitos dos índios, da cessação de sua incapacidade e dos casamentos contraídos segundo os costumes tribais.

Parágrafo único. O registro administrativo constituirá, quando couber documento hábil para proceder ao registro civil do ato correspondente, admitido, na falta deste, como meio subsidiário de prova.

- 1ª) maioridade civil;
- 2ª) levantamento da interdição;
- 3ª) integração do índio;
- 4ª) emancipação.

MAIORIDADE CIVIL

A maioridade civil é atingida aos 18 anos.

Quando a pessoa completa 18 anos, a pessoa adquire a maioridade civil, estando, pois, apta para praticar todos os atos da vida civil, sem assistência, sem representação (art. 5º³³ do CC).

Se a pessoa nasceu em um ano bissexto, no dia 29 de fevereiro, atingirá a maioridade civil quando completar 18 anos no dia 1º de março. Se no aniversário de 18 anos não tiver o 29 de fevereiro, se fevereiro terminar em 28, ela atinge a maioridade civil em 1º de março.

Então, vejam só: antigamente, a maioridade civil era aos 21 anos. O novo Código Civil reduziu para 18, tendo em vista que a maioridade penal também é aos 18 anos. A ideia era igualar, nivelar.

E se a data do nascimento for ignorada?

Imaginemos, uma pessoa que não foi registrada, agora está pleiteando o registro e a data do seu nascimento foi ignorada. Bom, nesse caso, é preciso um exame médico, para apurar, e se houver dúvida se a pessoa é maior ou menor, o juiz decide em favor da maioridade, pois a capacidade se presume. Então, na dúvida, se é maior ou menor, presume-se que é maior, presume-se que é capaz. Essa é a lição de Washington de Barros Monteiro.

Vale lembrar o seguinte: toda pessoa maior, em regra, é capaz. Porém, há maiores incapazes que é o caso dos arts. 3º e 4º, uma pessoa enferma mental, deficiente mental, etc. E, em regra, toda pessoa menor é incapaz, salvo se estiver emancipada. Portanto, nós temos maiores incapazes e temos menores capazes, que são os menores emancipados.

LEVANTAMENTO DA INTERDIÇÃO:

O que é levantar a interdição?

Levantar a interdição é cancelar os efeitos da sentença de interdição. Então, a pessoa foi interdita por sentença e levanta-se a interdição quando cessam os motivos.

A pessoa foi interdita porque era pródiga, mas fez tratamento e se tornou avarenta, imaginemos; foi interdita porque era toxicômano, fez tratamento e se desintoxicou; então, levantar a interdição é cancelar os efeitos da sentença. É possível quando cessa a causa que determinou a interdição.

O pedido de levantamento da interdição é feito pelo próprio interditando, e os autos do levantamento são apensados aos autos da interdição.

³³ Art. 5º CC A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

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

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

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

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

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

O juiz nomeia um perito, para fazer um exame de sanidade, depois que apresenta o laudo, o juiz designa audiência de instrução e julgamento.

A sentença de levantamento da interdição é publicada na imprensa local e na imprensa oficial, por três vezes, e essa sentença é averbada no registro de nascimento.

O levantamento da interdição é, portanto, uma das formas de aquisição da capacidade plena ou de requalificação, porque, às vezes, a pessoa chegou a ser capaz, foi interditada aos 25 anos, porque virou drogado, levantou-se a interdição aos 30, então, está readquirindo a capacidade.

Vale lembrar o seguinte: o art. 1.767 do CC elenca as pessoas sujeitas à interdição: o enfermo mental que não tem discernimento; o deficiente mental que não tem discernimento; aquele que, por causa duradoura, não pode exprimir a vontade; os deficientes mentais, ébrios e viciados em tóxicos que tenham o discernimento reduzido; os excepcionais que não tem o desenvolvimento completo; e os pródigos. Então, essas pessoas podem ser interditadas.

Vale lembrar, também, que da sentença de interdição cabe apelação sem efeito suspensivo, isto é, a sentença produz desde logo seus efeitos, embora sujeita a recurso (art. 1.773³⁴ do CC).

A sentença de interdição é inscrita no Registro Civil das Pessoas Naturais e é averbada no registro de nascimento. Essa sentença é publicada na imprensa local e oficial, por três vezes, também.

A sentença de interdição é meramente declaratória, porque não é a sentença que cria a incapacidade, a sentença apenas reconhece uma incapacidade que já existia antes.

No procedimento de interdição, vale lembrar, também, que não se discute os atos jurídicos praticados pelo incapaz, isto é, nesse procedimento não será anulado nenhum ato ou negócio praticado pelo incapaz, mesmo porque a pessoa que praticou o ato nem participa desse procedimento. Portanto, para se anular um ato ou negócio, é preciso mover uma ação de nulidade ou uma ação anulatória contra a pessoa que negociou com o incapaz.

Vale lembrar o seguinte: a partir da sentença de interdição, a partir do momento em que essa sentença foi registrada, ninguém vai poder alegar mais boa-fé. Quem praticar um negócio daqui para frente, esse negócio será nulo, se for absolutamente incapaz, ou anulável, se for o relativamente incapaz, sem assistência; não pode mais alegar boa-fé.

Mas, se ainda não há uma sentença de interdição registrada, ou processo de interdição existe, entendo o seguinte: os atos que o incapaz praticou antes da interdição podem ser válidos, se o terceiro estava de boa-fé e incidiu em erro escusável, isto é, erro justificável, se ele não sabia e nem tinha como saber que se tratava de um incapaz.

Portanto, atos praticados antes da interdição são válidos, se houver boa-fé + erro escusável. Porque se havia boa-fé, isto é, se ele não sabia que o sujeito era incapaz, mas o erro era inescusável, ou seja, ele tinha como perceber, o ato será inválido, mesmo ele não tendo sido interditado.

Vale lembrar o seguinte: enquanto o sujeito não estiver interditado, presume-se que ele é capaz. Portanto, quem alega a incapacidade, tem o ônus da prova, têm o ônus de provar que o sujeito é incapaz, que o sujeito não tem discernimento.

Outra questão interessante é o seguinte:

É possível anular um negócio sem que a pessoa esteja interditada?

Sim. Portanto, para se anular um negócio jurídico não é preciso interditar primeiro, para depois anular; porque a sentença de interdição é meramente declaratória; ou, podemos imaginar a hipótese de uma pessoa que praticou um ato jurídico e era incapaz, e ela morreu. Nem há como

³⁴ Art. 1.773. A sentença que declara a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso.

interditar, porque ela já morreu. Então, é possível anular. Ou, então, imaginemos, a pessoa praticou um ato quando ela estava com problemas mentais e agora a pessoa já está curada, já se convalesceu. Não tem nem como interditar, porque já está curada. No entanto, é possível anular o negócio jurídico que praticou quando era incapaz.

INTEGRAÇÃO DO ÍNDIO

O índio integrado à civilização brasileira é plenamente capaz.

Esse índio integrado pode requerer a sua emancipação, mediante requerimento ao juiz federal, desde que preencha os seguintes requisitos (art. 9º³⁵ da Lei 6.001/73):

- 1º) idade mínima de 21 anos;
- 2º) conhecimento da língua portuguesa;
- 3º) habilitação para o exercício de atividade útil na comunidade nacional (precisa ter alguma atividade);
- 4º) conhecimento razoável dos usos e costumes da comunidade nacional.

Presentes estes requisitos, o índio pode requerer a sua emancipação, perante o juiz federal. E, participa, evidentemente, do processo, o MPF.

Ainda há outras duas formas de emancipação do índio.

Uma delas é a seguinte: a própria FUNAI pode reconhecer que o índio é emancipado e requerer que isso seja homologado judicialmente (art. 10³⁶ da Lei 6.001/73).

E outra forma de emancipação do índio é por Decreto do Presidente da República. Então, o Presidente pode baixar um decreto de emancipação coletiva, para emancipar toda a comunidade indígena, mas é preciso requerimento da maioria dos membros da comunidade indígena e comprovação, pela FUNAI, da integração daquela comunidade (art. 11³⁷ do Estatuto do Índio).

EMANCIPAÇÃO

Emancipação é o instituto jurídico que atribui capacidade plena aos menores de 18 anos. Então, é uma forma de antecipar a capacidade civil. Só os menores de 18 anos podem ser emancipados, à exceção do índio, que pode ser emancipado aos 21 anos.

³⁵ Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes:

I - idade mínima de 21 anos;

II - conhecimento da língua portuguesa;

III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;

IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil.

³⁶ Art. 10. Satisfeitos os requisitos do artigo anterior e a pedido escrito do interessado, o órgão de assistência poderá reconhecer ao índio, mediante declaração formal, a condição de integrado, cessando toda restrição à capacidade, desde que, homologado judicialmente o ato, seja inscrito no registro civil.

³⁷ Art. 11. Mediante decreto do Presidente da República, poderá ser declarada a emancipação da comunidade indígena e de seus membros, quanto ao regime tutelar estabelecido em lei, desde que requerida pela maioria dos membros do grupo e comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional.

Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste artigo, exigir-se-á o preenchimento, pelos requerentes, dos requisitos estabelecidos no artigo 9º.

CARACTERÍSTICAS DA EMANCIPAÇÃO:

1ª) A emancipação é irrevogável:

Vejam só: revogar é desfazer um ato válido. Então, se a emancipação é válida, é irrevogável, quer dizer, não tem como revogar; nem os pais, nem o menor, podem revogar uma emancipação. Agora, se a emancipação for inválida, evidentemente que pode ser anulada judicialmente. Foi emancipado por erro, por dolo, por coação, nesse caso, pode ser anulada judicialmente.

Portanto, não confundir revogação com anulação: revogação é o desfazimento de um ato válido; anulação é o desfazimento de um ato inválido. A emancipação é irrevogável; se for válida, é irrevogável; porém, se contiver algum vício, pode ser anulada judicialmente.

2ª) Perpetuidade:

Isto é, a emancipação é definitiva, porque não tem como cancelar, não tem como revogar.

Por exemplo: o menor, quando se casa, se emancipa. Ainda que fique viúvo logo em seguida, continua emancipado.

3ª) A emancipação é um ato puro e simples:

Quer dizer, no sentido de que não admite termo nem condição. Não é possível: “Vou emancipar você daqui 10 dias”; “A emancipação será por 2 anos”. A emancipação é um ato puro e simples, isto é, não admite termo nem condição.

Agora, não confundir a capacidade civil com a maioridade civil. A emancipação atribui capacidade civil aos menores de 18 anos, porém, eles continuam menores.

A emancipação atribui capacidade civil, e isso significa que o menor pode praticar os atos da vida civil que dependem apenas de capacidade. Porém, alguns atos, além de capacidade, a lei exige idade.

Para os atos que, além da capacidade, a lei exige idade mínima, o menor emancipado não poderá praticar. Então, o emancipado pode praticar apenas os atos para os quais a lei exige capacidade civil; agora, os atos para os quais a lei exige, além da capacidade, a idade mínima, não poderá praticá-los. Então, o menor de 18 anos emancipado, é capaz, mas não pode tirar a carteira de motorista, pois é preciso ter 18 anos; não poderá ir ao motel; não poderá assistir filme proibido para 18. Então, apesar de emancipado, continua sofrendo restrições em razão da idade.

No tocante à forma, a emancipação pode ser:

- Voluntária;
- Judicial;
- Legal.

A emancipação voluntária é aquela feita por escritura pública. Essa escritura pública é inscrita no Registro Civil das Pessoas Naturais. Esse registro é necessário para que a emancipação produza efeitos perante terceiros. Agora, a emancipação por escritura pública, não precisa ser homologada pelo juiz. É registrada para valer perante terceiros, mas não depende de homologação judicial.

A emancipação voluntária, que é por escritura pública, exige alguns requisitos:

1ª) Só os pais, em conjunto, podem emancipar o filho, e o filho, para ser emancipado desta forma, tem que ter, pelo menos, 16 anos (antes dessa idade não é cabível a emancipação voluntária, isto é, emancipação por escritura pública);

Seria possível só um dos pais emancipar o filho por escritura pública?

Bom, é possível, se o outro já morreu; então, a viúva, por exemplo, pode emancipar o filho sozinho, por escritura pública; ou se o outro genitor foi destituído do poder familiar. Assim, só a mãe tem o poder familiar, só ela que emancipa por escritura pública. Agora, se os dois têm o poder familiar, a emancipação por escritura pública, isto é, voluntária, só é possível se os dois concordarem.

Agora, se um dos genitores estiver em lugar incerto e não sabido, o genitor presente pode requerer ao juiz uma autorização judicial para emancipar o menor voluntariamente, isto é, por escritura pública. Nesse caso, o juiz não vai prolatar uma sentença de emancipação. O juiz vai, simplesmente, prolatar uma decisão autorizando a emancipação apenas pela mãe. Então, se algum dos genitores se encontra em lugar incerto e não sabido, o outro pode requerer autorização do juiz para emancipar sozinho o filho.

Vale lembrar, também, que essa emancipação voluntária é para beneficiar o menor. Logo, pode ser anulada judicialmente se ficar comprovado que os pais emanciparam o filho com o intuito de prejudicarem, para se libertar, por exemplo, de uma obrigação, para não ter mais que pagar alimentos, por exemplo. Em suma: se for comprovada que foi feita para se libertar de alguma obrigação, pode ser anulada a emancipação.

O segundo tipo de emancipação é a emancipação judicial. A emancipação judicial é a concedida por sentença judicial prolatada pelo juiz, após ouvir o Ministério Público. Essa sentença, para produzir efeitos perante terceiros, também tem que ser inscrita no Registro Civil das Pessoas Naturais (art. 9º³⁸, II, do CC). A emancipação judicial, também, só é possível se o menor tiver, pelo menos, 16 anos completos (art. 5º, parágrafo único, do CC).

E se ele for analfabeto? Poderia ser emancipado judicialmente?

Em princípio, sim, porque, desde que tenha “cabeça”, quer dizer, tenha discernimento suficiente para reger a sua própria pessoa (às vezes é analfabeto, mas é esperto), então poderia. Em tese, sim.

Agora, para ser emancipado judicialmente, é preciso alguns requisitos, além dele ter pelo menos 16 anos, é preciso que seja um menor sob tutela, porque o tutor não pode emancipar voluntariamente o pupilo, o tutor não pode emancipar por escritura pública. Então, se o tutor quiser emancipar o pupilo, deve requerer ao juiz. Essa é uma situação de emancipação judicial.

Outra situação de emancipação judicial é a de divergência entre os pais. O pai quer emancipar o filho e a mãe não, ou vice-versa. Então, o pai pode requerer a emancipação judicial, ou o inverso, se a mãe quer e o pai não, a mãe pode requerer ao juiz a emancipação judicial. Nesse caso, será um procedimento de jurisdição contenciosa, porque existe um conflito de interesses, existe uma lide; a emancipação não seria meramente voluntária.

Quando o tutor requer a emancipação do pupilo, a jurisdição é voluntária; agora, quando há divergência entre o pai e a mãe, é um procedimento de jurisdição contenciosa, que vai seguir o rito ordinário.

A emancipação deve ser denegada, se não objetivar o benefício do menor. Também deve ser denegada se o menor não tiver discernimento suficiente para reger sua pessoa e seus bens. E, também, evidentemente, deve ser denegada, se for uma emancipação que visa apenas liberar bens

³⁸ Art. 9º Serão registrados em registro público:

- I - os nascimentos, casamentos e óbitos;
- II - a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz;
- III - a interdição por incapacidade absoluta ou relativa;
- IV - a sentença declaratória de ausência e de morte presumida.

clausulados até a maioridade; alguém deixa bens, dizendo: “*Fica proibida a alienação deste bem até atingir a maioridade*”; então, emancipa antes. Se for só para liberar bens, também não poderá emancipar só com base nesse motivo.

Vale lembrar que a emancipação é um direito potestativo dos pais ou do tutor. Eles emancipam, se quiserem; ou requerem a emancipação, se quiserem. Então, a posição dominante é que o menor não tem o direito de exigir judicialmente a sua emancipação. Não há previsão legal para isso, para ele, menor, mover uma ação, pleiteando a sua própria emancipação. Embora haja um ou outro julgado autorizando o menor a pleitear esse direito, a posição dominante é que não cabe, que a emancipação é direito potestativo dos pais ou do tutor.

O terceiro tipo de emancipação é emancipação legal.

A emancipação legal é a que se opera *ex vi legis*, isto é, em razão da própria lei. Surgiu o fato previsto em lei, o menor está automaticamente emancipado. Então, essa emancipação legal é a que se opera automaticamente, independentemente da vontade dos pais, independentemente de sentença do juiz. Quer dizer, a lei prevê os fatos, e se ocorrer um desses fatos, a emancipação é automática (art. 5º, parágrafo único, do CC).

Nessas hipóteses de emancipação legal, em algumas situações, é possível se emancipar até antes dos 16 anos.

Quais são os casos de emancipação legal?

- 1º) Casamento;
- 2º) Exercício de emprego público ou efetivo;
- 3º) Colação de grau em curso de nível superior;
- 4º) Estabelecimento civil ou comercial com economia própria.

Então, vamos analisar essas hipóteses:

O primeiro é o casamento: antes dos 16 anos, não se pode casar, não há idade núbil ainda; não é possível o casamento antes dos 16 anos, a não ser no caso de gravidez, então, seria possível o casamento, desde que haja alvará judicial.

Pelo Código Civil, o menor de 16 pode casar, também, para evitar cumprimento de pena nos crimes sexuais, mas é que, antigamente, o casamento, nos crimes sexuais, extinguiu a punibilidade do agente; se casasse com o estupro, extinguiu a punibilidade, por exemplo. Mas essa hipótese de extinção da punibilidade já está revogada há muito tempo.

Portanto, a única hipótese que é possível casar antes dos 16 anos é no caso de gravidez, desde que haja alvará judicial.

A partir dos 16 anos, o menor pode casar com autorização dos pais; não é preciso autorização do juiz, basta a autorização dos pais. Se os pais ou tutor não autorizarem, então, é possível se casar mediante alvará judicial.

Se o casamento do menor, porventura, vier a ser anulado, a emancipação persiste, ou não?

A posição dominante é a seguinte: se o casamento, que é o ato principal, foi anulado, os efeitos secundários também se anulam, ou ele deixa de ser emancipado, salvo boa-fé, salvo casamento putativo. Se o menor estava de boa-fé, mesmo o casamento sendo anulado posteriormente, esse menor continuará sendo emancipado. Essa é a posição dominante.

Agora, há uma corrente dizendo o seguinte: não, mesmo se ele estiver de má-fé, persiste emancipado, porque quem já viveu em um casamento já tem discernimento suficiente para poder reger-se por si só. É a posição de Renan Lotufo.

Mas a posição correta é a seguinte: se o casamento vier a ser anulado, cessam os efeitos da emancipação, salvo se o menor estava de boa-fé, e o casamento é putativo para ele, persistindo, portanto, a emancipação.

A segunda causa de emancipação legal é o exercício de emprego público efetivo. Então, é preciso exercício, ter iniciado o trabalho; o simples fato de ter tomado posse, ou de ter sido nomeado, ainda não emancipa. É preciso que tenha iniciado as suas atividades.

Emprego público efetivo é o que prestou concurso público, não exige estabilidade, basta que seja efetivo.

A expressão emprego público, uma corrente entende que abrangeria apenas a administração direta, seriam as funções públicas junto à União, Estados Membros, Municípios e Distrito Federal. Outra corrente entende de maneira mais ampla, que abrange, também as paraestatais e autarquias. Então, o que importa é o sujeito ter prestado um concurso público, que já demonstra maturidade para a emancipação. Creio que é a posição mais correta, então se emanciparia, também, mesmo se fosse um emprego público em autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, desde que seja por concurso público.

Aliás, a expressão emprego público deve ser interpretada como sendo função pública. Assim, o correto seria exercício de função pública em caráter efetivo, seja função federal, estadual ou municipal, ou também em autarquias ou entidades paraestatais.

A terceira causa de emancipação legal é a colação de grau em curso de ensino superior. Ensino superior, leia-se, faculdade, porque curso técnico não emancipa, e curso de normalista, que existia para ser professor também não emancipa. É preciso colação de grau em faculdade. Então, é muito difícil, é rara, essa forma de emancipação.

A penúltima forma de emancipação legal é o estabelecimento civil ou comercial com economia própria. Bom, estabelecimento civil ou comercial com economia própria depende de dois requisitos:

1º) o menor tem que ter, pelo menos, 16 anos;

2º) tem que obter economia própria com este estabelecimento, isto é, aferição de rendimentos suficientes para autossustentação.

Deve ter pelo menos 16 anos e esse estabelecimento deve gerar uma economia própria, isto é, rendimentos suficientes para o menor levar sua vida sem depender dos pais, seria a independência econômica.

Vale lembrar que o menor de 18 anos, embora exerça a atividade empresarial, não pode falir, porque a Lei de Falência exige, pelo menos, 18 anos, para falir. E ele não será registrado na Junta Comercial, porque para se registrar na Junta Comercial tem que ter, pelo menos, 18 anos (art. 972³⁹ do CC).

A última forma de emancipação legal é a relação de emprego que lhe gera economia própria. Deve ter pelo menos 16 anos e obter economia própria, isto é, rendimentos suficientes para sua independência econômica, para sua autossustentação. Agora, não é preciso o emprego formal, que seria carteira assinada, porque a lei fala em relação de emprego, não fala em emprego formal. Emprego seria uma prestação de serviço pessoal, de maneira contínua, isto é, não eventual, mediante remuneração e subordinação.

³⁹ Art. 972 CC. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.

Aqui, vale lembrar o seguinte: que até os 16 anos o menor não pode trabalhar fora da sua casa, fora do lar (art. 403⁴⁰ da CLT), salvo na condição de aprendiz (art. 7º, XXXIII⁴¹, da CF) e desde que tenha atingido 14 anos. Quanto ao trabalho noturno, é proibido ao menor de 18 anos (art. 404⁴² da CLT)

⁴⁰ Art. 403 CLT. É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.

Parágrafo único. O trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola.

⁴¹ Art. 7º CF São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

⁴² Art. 404 CLT - Ao menor de 18 (dezoito) anos é vedado o trabalho noturno, considerado este o que for executado no período compreendido entre as 22 (vinte e duas) e as 5 (cinco) horas.
