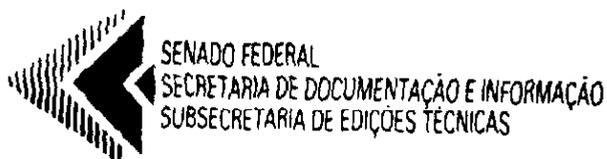


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • n.º 125
janeiro/março — 1995

Editor:
João Batista Soares de Sousa, Diretor



Fato jurídico – Ato jurídico – Negócio jurídico

ZENO VELOSO

1. Fatos jurídicos são acontecimentos naturais ou ações humanas que produzem consequências jurídicas. Aqui, empregamos a locução “fatos jurídicos” em sentido amplo, geral *lato sensu*. Na célebre definição de Savigny (*Droit Romain*, trad. de Guénoux, § CIV), fatos jurídicos são os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e terminam. Alguns doutrinadores têm demonstrado ser incompleta a definição do grande mestre alemão, porque os fatos jurídicos não produzem o efeito somente de criar ou extinguir as relações jurídicas, mas também conservam ou modificam direitos ou relações jurídicas.

O fato, para ser qualificado como *fato jurídico*, tem de repercutir no mundo do direito, apresentar significação jurídica, produzir efeitos jurídicos. O mesmo fato pode ser jurídico, ou não, conforme tenha, ou não, gerado consequências jurídicas. Um período de seca pode não ter causado alteração no mundo jurídico. Foi uma seca, simplesmente; fato natural, fato puro. Se a seca, todavia, causou vítimas, matou o gado, destruiu a lavoura, determinou a migração de pessoas, é um fato jurídico.

Os fatos jurídicos oriundos de acontecimentos naturais chamam-se fatos jurídicos *stricto sensu*, ou fatos jurídicos em sentido estrito. Representam uma alteração da ordem jurídica *sem* fato humano, *sem* participação da vontade do homem. Ex.: aluvião, avulsão, criação e maturação de frutos, mudança de curso do rio, inundação, seca, passar do tempo, nascimento, morte.*

* Na morte, pode ocorrer uma eventual voluntariedade, embora isto não tenha relevância para os efeitos jurídicos respectivos (abertura da sucessão, transmissão da herança). A morte, propriamente, é fato natural, portanto, fato jurídico *stricto sensu*. Já o homicídio ou o suicídio têm consequências jurídicas que atendem à sua voluntariedade.

Zeno Veloso é Professor de direito civil na Universidade Federal no Pará e Universidade da Amazônia (UNAMA).

Os fatos jurídicos que resultam de ações humanas, que derivam de um comportamento do agente, que decorrem da vontade do homem, denominam-se, genericamente, *atos jurídicos*.

2. Para a doutrina clássica, de inspiração francesa, os atos jurídicos não comportam subdivisão. Abrangem todos os fatos jurídicos dependentes de ação humana, ou cujos efeitos se prendem à vontade do declarante.

O Código Civil Brasileiro, seguindo o direito francês, adotou a teoria monista, deixando de fazer qualquer segmentação dos atos jurídicos, *considerando como tais, englobadamente*, todos os que produzem efeitos jurídicos em decorrência da ação humana, de comportamento do homem, ou da vontade do agente.

Já a concepção dualista usa a expressão *ato jurídico* em sentido lato, distinguindo duas categorias: ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico.

Em razão da ciência pandectista alemã, do século XIX, foi criada a figura do negócio jurídico - *Rechtsgeschäft*. Da Alemanha, a dogmática do negócio jurídico se expandiu para todo o continente europeu, sendo, hoje, quase universalmente consagrada, embora não tenha conseguido penetrar com sucesso na França.

Na Alemanha, sobre o assunto, muitos e renomados juristas escreveram, podendo citar-se: Hugo (o primeiro a utilizar a expressão *Rechtsgeschäft*), Savigny, Puchta, Thibaut, Brinz, Thon, Windscheid, Büllow, Zitelmann, Regelsberger, Enneccerus, Manigk e Klein. Na Itália, onde a doutrina do negócio jurídico teve grande desenvolvimento, são importantes as obras de Ferri, Santoro-Passarelli, Cariota-Ferrara, Scognamiglio e Betti (este último, a maior cultura jurídica recente da Europa). Na Espanha, há o grande livro de Federico de Castro y Bravo *El Negocio Jurídico*.

A doutrina brasileira, salvo poucas exceções, adota, francamente, a distinção entre ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico. O Código Civil Brasileiro, entretanto, não fez separação, regulando, apenas, o ato jurídico. O que nosso Código Civil, art. 81, define como *ato jurídico*, na verdade, é negócio jurídico, devendo-se registrar que o art. 81 inspirou-se no art. 437 do *Esboço*, de Teixeira de Freitas, observando este juriconsulto (*Código Civil - Esboço*, ed. do Ministério da Justiça, 1983, v. 1, p. 147): "Os atos jurídicos são declarações de vontade, têm por fim imediato criar, modificar

ou extinguir direitos, porque nesse sentido se exprime a vontade dos agentes".

Informa José Carlos Moreira Alves (*A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*, 1986, Saraiva, SP, p. 97) que é na disciplina dos negócios jurídicos que o Projeto de Código Civil, no tocante à sua Parte Geral, apresenta maiores alterações em face do Código Civil vigente, ponderando que não se pode negar que atos jurídicos há, a que os preceitos que regulam a vontade negocial não têm inteira aplicação, dizendo: "Atento a essa circunstância, o Projeto de Código Civil brasileiro, no Livro III de sua Parte Geral, substituiu a expressão genérica *ato jurídico*, que se encontra no Código em vigor, pela designação específica *negócio jurídico*, pois é a este, e não necessariamente àquele, que se aplicam todos os preceitos ali constantes. E, no tocante aos atos jurídicos lícitos que não são negócios jurídicos, abriu-lhes um título, com artigo único, em que se determina que se lhes aplique, no que couber, as disposições disciplinadoras do *negócio jurídico*. Seguiu-se, nesse terreno, a orientação adotada, a propósito, no art. 295.º do Código Civil Português de 1967".

3. Já vimos que fatos jurídicos *lato sensu* são acontecimentos naturais ou ações humanas que produzem efeitos jurídicos. Os fatos jurídicos oriundos de acontecimentos naturais, *sem ato ou vontade do homem*, chamam-se fatos jurídicos *stricto sensu*. Por sua vez, os fatos jurídicos que decorrem de comportamento humano ou da manifestação da vontade denominam-se atos jurídicos *lato sensu*, que se subdividem em atos jurídicos *stricto sensu* (ou atos jurídicos em sentido estrito, ou atos jurídicos não-negociais) e negócios jurídicos. Façamos a distinção entre as duas figuras.

No ato jurídico em sentido estrito, a ação humana ou a manifestação de vontade funciona como *mero pressuposto de efeitos preordenados pela lei*. Trata-se de caso em que o comportamento ou a vontade concretiza, apenas, o suporte fático necessário para criar o fato, fazê-lo entrar no mundo jurídico. A eficácia dele, porém, é predeterminada na lei. As consequências jurídicas dão-se, necessariamente, sem que a vontade do agente possa modificá-las, ampliá-las, restringi-las ou evitá-las.

Note-se, o ato jurídico em sentido estrito é fruto da ação humana, de uma atitude, de um comportamento, da manifestação de vontade. Porém, embora careça disto para existir (pres-

suposto), os efeitos ocorrem inexoravelmente, *ex lege*, independentemente de terem sido, ou não, *queridos*. A atitude humana ou a vontade, então, é dado necessário e poderoso para criar o ato, dar existência e vida ao fenômeno, mas não tem intensidade e força para estabelecer o resultado, nem o poder de provocar efeito diverso. Não há regulamentação da autonomia privada, mas uma determinação do ordenamento jurídico. A lei fixa, rigorosamente, as consequências, sem levar em consideração uma correspondente vontade de resultado do declarante, ou do agente.

Pelo exposto, e segundo nossa visão, são atos jurídicos em sentido estrito: fixação de domicílio, reconhecimento de filiação, quitação, confissão, notificação, interpelação, emancipação, declaração de nascimento, casamento, adoção, etc.

Analisemos o domicílio: se alguém estabelece sua residência, com ânimo definitivo, pratica uma ação, ou manifesta vontade, que é mero pressuposto, simples suporte fático de um efeito jurídico determinado na lei: a constituição de domicílio. Não pode a pessoa estabelecer efeito contrário, pretendendo, por exemplo, que, embora seja ali a sua residência com ânimo definitivo, não seja no dito local o seu domicílio. No mesmo sentido, o que reconhece a filiação, não pode afastar ou restringir os deveres paternos, cogentemente disciplinados na lei.

4. A doutrina alemã distingue, ainda, o que denomina atos reais - *Realakten* -, ou atos materiais *Tathandlungen*, que são os atos humanos dos quais decorrem consequências jurídicas, sem que se dê relevância ao elemento volitivo. Diante de uma atitude, de um comportamento, da mera atuação ou conduta humana decorrem efeitos jurídicos, sem que se leve em conta uma respectiva vontade do agente para a obtenção do resultado.

Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, t. II, § 209, p. 372) opina que eles escapam às classes dos negócios jurídicos e dos atos jurídicos *stricto sensu*, e denomina-os *atos-fatos jurídicos*. Não é preciso que se tenha querido a juridicização deles, nem, obrigatoriamente, a irradiação de efeitos. São atos humanos que entram no mundo jurídico por si mesmos, sem se atender à vontade dos agentes. A conduta em si é que importa, e a consequência jurídica se opera sem que se considere o elemento vontade, o dado psíquico interior, a circunstância de o agente ter, ou não, uma vontade corres-

pondente ao resultado. O autor apresenta como exemplos dos chamados atos-fatos jurídicos: a tomada de posse, a especificação e a ocupação.

A ocupação é modo originário de aquisição da propriedade dos bens móveis, pelo fato de alguém apreender a coisa sem dono. Aquele que se apropria da coisa que não tem dono - *res nullius, res derelicta** -, adquire-lhe o domínio (Código Civil, artigo 592).

Na ocupação, diante do assenhoreamento, do gesto, da atitude, a lei fixa a consequência, pela ação em si, pelo simples fato da apreensão, sem considerar a vontade. A caça, a pesca, a invenção são formas de ocupação.

O ribeirinho que lança a tarrafa na água, o que quer é apanhar o peixe para alimentar-se e à família. É um ato mecânico, puramente externo, o que ele pratica. E a lei confere efeitos a tal atitude, por sua expressão exterior em si, sem cogitações com relação à vontade do agente. Por força do art. 600 do Código Civil, pertence ao pescador o peixe que pescar. Trata-se de caso em que se adquire a propriedade. Talvez o ribeirinho nem saiba que existe um Código Civil, e nem esteja refletindo sobre qualquer efeito jurídico de seu gesto. O que quer é saciar a fome, sem se aperceber que o ato de pescar tem uma significação jurídica. Há, no caso, um comportamento que o direito considera relevante, conferindo-lhe consequências.

Pondere-se, todavia, que o comportamento do ribeirinho, embora possa não ser intencional (vontade de resultado), é uma atuação da vontade, afinal, um ato de vontade.

Outro exemplo que se oferece dos ditos *atos reais* é a especificação, que consiste na operação pela qual uma pessoa transforma a coisa móvel, pertencente a outrem, em espécie nova. Pela transformação da matéria-prima, através do trabalho ou indústria, em espécie nova, o especificador adquire-lhe a propriedade (Código Civil, art. 611). A pintura, a gravura, a escultura são formas de especificação. O ato *real* do homem determina o efeito jurídico, sem que valorize a vontade. Marcos Bernades de Mello (*Teoria do Fato Jurídico*, 1.^a ed., 1985, p. 137) pon-

* *Res nullius* é a coisa de ninguém, a coisa sem dono, e que nunca foi apropriada (os animais bravios, nas florestas; os peixes, nos rios; os minerais e vegetais que o mar lança nas praias). *Res derelicta* é a coisa sem dono, porém, que teve proprietário, e que foi abandonada por este (derrelicção), com a intenção de desfazer-se dela (v. Institutas, 2, 1, § 47; C.C., art. 592).

dera que na especificação interessa o resultado que se obteve, indiferentemente de ter havido, ou não, vontade de obtê-lo, aduzindo: "O louco que pinta um quadro adquire a sua propriedade e não importa ao menos se ele sabia, ou não, o que estava realizando".

De nossa parte, evitando excesso de abstração e pela necessidade, até, de simplificar as coisas, incluímos estes denominados atos reais, atos materiais ou atos-fatos jurídicos dentre os atos jurídicos *stricto sensu*, sem criar para eles uma categoria diferente. Seguimos a doutrina de que todo comportamento humano deve ser considerado um ato, sem que se tenha de adentrar num campo nebuloso, numa investigação difícilíssima, quanto a de saber se o agente que praticou o ato, que materializou a conduta, tinha ou não consciência dos efeitos que vai gerar, ou interesse neles. Embora não exista uma expressão declaratória, a manifestação de vontade se deduz pelo comportamento, deduz-se pela atitude do agente. Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*, 12.^a ed., 1990, v. I, n.º 83, p. 332) leciona que, quando se fala em declaração de vontade, emprega-se a palavra em sentido lato, e não é mister que o agente faça uma declaração formal, através da palavra escrita ou falada, bastando que traduza o seu querer por uma atitude inequívoca, seja esta efetuada através do veículo habitual de expressão, seja por um gesto, exemplificando: "Casos há mesmo, em que manifestação de vontade se verifica por uma atitude, em que não há expressão declaratória, como no do indivíduo que recolhe a concha atirada pelo mar à praia, e que constitui um negócio de aquisição por ocupação". A palavra "negócio", empregada no texto, está em sentido amplo, e não como "negócio jurídico". A pessoa que recolhe a concha atirada pelo mar à praia, adquire-lhe a propriedade. O direito considera e valoriza a atitude em si, sem exigir uma correspondente vontade de resultado. Em nosso entendimento, estamos diante de um ato jurídico em sentido estrito

5. Vista, já, a hipótese do ato jurídico em sentido estrito, em que a manifestação de vontade é mero pressuposto de efeitos jurídicos necessários, impostos pela lei, há casos, todavia, em que a vontade tem maior vigor e intensidade: a pessoa declara a vontade, e esta tem força, não apenas para criar o fato jurídico, podendo, ainda, estabelecer termos, encargos, condições, cláusulas de toda espécie, as mais diversas estipulações, que dão ao fato jurídico

o sentido próprio que almeja o declarante, com a provocação de efeitos correspondentes aos seus objetivos e interesses. Há uma vontade de resultado. Está-se diante do *negócio jurídico*.

Negócio jurídico não é, somente, ato voluntário, mas ato que decorre da declaração de vontade, que pode ser unilateral ou bilateral. Declaração de vontade é manifestação de vontade *qualificada*, destinada a produzir efeitos jurídicos.

Nenhum outro instituto jurídico expressa, com tanta nitidez, a liberdade humana quanto o negócio jurídico, dando sentido, concreitude (ou concreitude, como prefere o mestre Miguel Reale) e efeitos práticos à autonomia da vontade, à auto-regulamentação de interesses privados. Os contratos, por excelência, são negócios jurídicos. Dentre os atos unilaterais, exemplo capital de negócio jurídico é o testamento.

A declaração de vontade, obviamente, para que alcance os resultados queridos pelo agente não deve contrapor-se à lei, à ordem pública e aos bons costumes. A relação negocial que exsurge da declaração de vontade – com os respectivos efeitos – deve estar *conforme* o direito, que, afinal, confere juridicidade à vontade humana.

Observe-se: o negócio jurídico não tem, exatamente, os efeitos que o declarante quer que tenha; ele terá os efeitos que o ordenamento jurídico admite que o que foi querido possa ter. Neste sentido, Antônio Junqueira de Azevedo (*Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*, 1974, p. 20) define: "In concreto, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre ele incide".

6. Os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos, que, acima, tentamos distinguir, têm um ponto importante em comum: eles só são admitidos se realizados conforme o ordenamento legal. A *liceidade* é da essência dos mesmos.

Há casos, todavia, em que a conduta humana contrapõe-se à ordem jurídica. Se o procedimento está em desacordo com o ordenamento, surge o *ato ilícito*, que é lesivo ao direito de outrem, e gera deveres para o responsável. Sobre a matéria, dispõe o artigo 159 do Código Civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito

ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano". No projeto de Código Civil, artigo 186, está dito: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Os atos ilícitos geram conseqüências, produzem, também, efeitos jurídicos. Mas efeitos impostos pela lei, *contra* a vontade do agente, do responsável, do causador do dano, com o fito de restabelecer a ordem jurídica turbada pelo ato praticado. Ao contrário do que acontece nos atos jurídicos em geral (tanto no ato jurídico *strito sensu*, como no negócio jurídico), nos atos ilícitos não há nexo de causalidade entre a vontade e os efeitos jurídicos. Não é a vontade, o querer do agente, mas a *responsabilidade* do causador do dano que prepondera, e produz conseqüências. O nexo de causalidade que se exige é entre o dano e a ação. A responsabilidade civil decorre de um vínculo entre a ação — elemento constitutivo da responsabilidade — e o dever de indenizar o dano.

Muitos doutores consideram o ato ilícito, também, um ato jurídico, sobretudo pela circunstância de ele, igualmente, produzir efeitos jurídicos.

Não integramos esta corrente. Primeiramente, porque a lei ao definir o ato jurídico, exige que ele seja ... *lícito* (Código Civil, art. 81), tratando-se de norma em vigor no país há quase um século. Embora se saiba que o direito não se esgota na lei, não vemos razão, no caso, para a doutrina "revogar" o preceito legal. Depois, porque os efeitos do ato ilícito não derivam da vontade do agente, ao contrário, o ato ilícito gera *obrigação* para o responsável, independentemente da vontade, ou até contra a vontade deste. E, afinal, se o ato ilícito fosse ... ato jurídico, o ato antijurídico, qual seria? Caio Mário da Silva Pereira (*ob. e v. cit.*, n.º 82, p. 326) leciona que "não são todas as ações humanas que constituem atos jurídicos, porém apenas os que traduzem *conformidade* com a ordem jurídica, uma vez que as contravementes às determinações legais vão integrar a categoria dos atos ilícitos, de que o direito toma conhecimento, tanto quanto dos atos lícitos, para regular-lhes os efeitos".

A nosso ver, embora gerando efeitos jurídicos, o ato ilícito não deve ser considerado ato jurídico, que, por definição, é lícito. Porém, pelos efeitos jurídicos que enseja, o ato ilícito, sem dúvida, é um *fato* jurídico (em sentido lato),

Os atos ilícitos, doutrina Orosimbo Nonato (*Da Coação Como Defeito do Ato Jurídico*, 1.ª ed., 1957, Forense, Rio, n.º 7, p. 16), são ações contrárias ao direito, lesivas do direito alheio, causadoras de dano e originam o dever de reparar, explicitando o autor: "Os atos ilícitos são, assim, atos jurígenos, produzem conseqüências de direito", advertindo: "Nem todos os atos jurígenos são atos jurídicos, porque não se armam ao fim imediato de produzir a conseqüência de direito querida pelo agente", para concluir: "O delito é ato gerador de responsabilidade, e, pois, de direitos, *mas deixa de constituir ato jurídico por não ser aquela conseqüência a visada pelo agente*" (grifamos).

Quando defendemos a tese de que o ato ilícito não é um ato jurídico, não estamos simplesmente negando juridicidade e liceidade, como a dizer que só é jurídico o que for lícito. O ilícito também está inserido nos domínios do jurídico, o que não implica que ele seja um *ato* jurídico.

Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*, trad. portuguesa de João Baptista Machado, 4.ª ed., 1976, Coimbra, p. 169) trouxe esclarecimentos definitivos sobre o tema, explicando que na designação de *não-direito* (ilícito), *contradição* com o direito, *quebra* do direito, *violação* do direito, exprime-se a idéia de uma negação do direito, a representação de algo que está *fora* do direito e contra ele, que ameaça, interrompe ou mesmo suprime a existência do direito, e esta representação, segundo o genial jurisconsulto, está errada. O ilícito aparece como um pressuposto (condição) e não como uma negação do direito, concluindo Kelsen: "então, mostra-se que o ilícito não é um fato que esteja fora do Direito e contra o Direito, mas é um fato que está dentro do Direito e é por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente". Estes conceitos não infirmam nosso posicionamento.

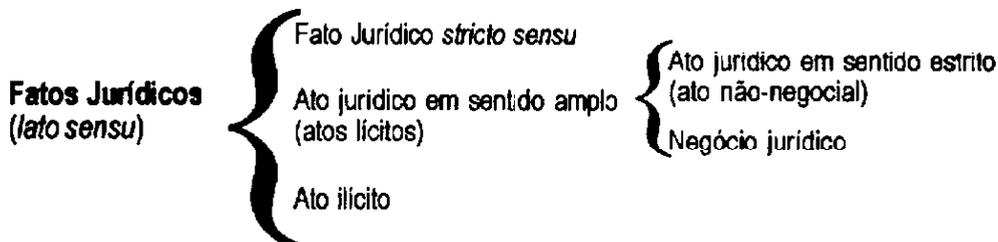
No ilícito, o pressuposto é a ação ou a omissão à qual a norma confere uma sanção punitiva. Esta sanção é o efeito *jurídico* do ato ilícito. A conseqüência fática, o efeito material do ilícito pode até ser a destruição de uma coisa, o prejuízo econômico, a morte de uma pessoa, conforme o caso. Porém, a conseqüência jurídica do ato ilícito é o dever de reparar o dano. Ocorrendo a conduta (comissiva ou omissiva), que é a negação da conduta exigida pelo direito como dever jurídico, surge a sanção. O efeito é jurídico; a conduta, todavia, foi antijurídica.

Tanto reconhecemos que o ato ilícito pro-

duz efeitos – e efeitos jurídicos – que o consideramos *fato jurídico*, em sentido amplo. O ato jurídico em sentido estrito, bem como o negócio jurídico, têm de ser lícitos. Porém, tratando-se de fato jurídico *lato sensu*, a figura comporta tanto atos lícitos quanto atos ilícitos. O que não admitimos é que o ato ilícito seja um fato jurídico da espécie ato jurídico. Cabe, inclusive, questionar: por que agrupar, sob a mesma denominação – ato jurídico – tanto o ato lícito quanto o ato ilícito? Haverá lógica nisto? Estará atendida a natureza das coisas? Favorecerá a sistematização? Facilitará a compreensão da dogmática jurídica? Servirá, de alguma forma, para melhorar o entendimento da ciência?

7. A distinção entre o ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico, apesar de ser uma criação dos pandectistas, e sua discussão velha e revelha, com bem mais de cem anos, continua controversa. Procuramos assumir uma posição transaccional entre as diversas teorias. Mesmo entre os que admitem a diferença, há pontos de vista divergentes, inclusive no que pertine aos exemplos de uma ou outra categoria. Para maiores esclarecimentos, na doutrina nacional, sugerimos: Orlando Gomes: *Introdução ao Direito Civil e Transformações Gerais no Direito da obrigações*; Miguel Reale: *Lições Preliminares de Direito*; Pontes de Miranda: *Tratado de Direito Privado*, t. III; Caio Mário da Silva Pereira: *Instituições de Direito Civil*, v. I; Vicente Ráo: *Ato Jurídico*; Fábio Maria de Mattia: in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 9; Marcos Bernardes de Mello: *Teoria do Fato Jurídico*; Darcy Bessone: *Do Contrato – Teoria Geral*; Francisco Amaral: *Direito Civil Brasileiro – Introdução*; José Abreu: *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*; Custódio da Piedade Ubaldino Miranda: *Teoria Geral do Negócio Jurídico*; Antônio Junqueira de Azevedo: *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*.

8. A classificação que propomos expressa-se no seguinte esquema:



9. Devemos observar, ainda, que embora não se confundam o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico, isto não significa que sejam entidades absolutamente distintas, ocupando departamentos estanques, impenetráveis, nada apresentando de comum ou semelhante. As duas figuras têm diferenças, mas, também similitudes, até pela razão de serem categorias ou espécies de ato jurídico em sentido amplo.

Há atos jurídicos *stricto sensu*, portanto, atos não-negociais, que se parecem muito com negócios jurídicos (ex.: renúncia abdicativa). Por sua vez, há negócios jurídicos que se assemelham a atos jurídicos em sentido estrito. Dado o que Josserand, com grande inspiração, denominou “dirigismo contratual”, com vistas a corrigir as desigualdades de fato e alcançar a “função social” dos contratos, o Estado intervém no campo econômico, ocorrendo casos em que o conteúdo jurídico de certos tipos contratuais, em grande extensão, é estabelecido pela lei, cerceando-se o auto-regulamento do interesse particular. A locação é um exemplo, sendo a lei do inquilinato de direito privado, sem dúvida, mas impregnada de normas de ordem pública, portanto, normas imperativas, cogentes, inderrogáveis pela vontade dos particulares, sendo muito escasso, extremamente limitado o campo de atuação das partes, predominando o interesse social sobre o individual. Quando se contrata o aluguel de um imóvel, grande número de efeitos, uma gama de direitos e obrigações decorre da lei, e não, diretamente, da vontade dos contratantes. Quer eles tenham, ou não, previsto, quer queiram, ou não, certas disposições vigorarão, por determinação de normas legais cogentes.

9.1. Segundo seu conteúdo e torça obrigatória, as leis podem ser classificadas em cogentes (*jus cogens*) e supletivas (*jus dispositivum*, ou *jus permissivum*). Dada a importância do tema, creio ser oportuna uma ligeira digressão sobre o mesmo.

As leis cogentes representam normas que

se impõem de modo absoluto. Sua obrigatoriedade é de alto grau, ora estabelecendo determinada conduta (lei imperativa), ora proibindo algum procedimento (lei proibitiva). A violação de lei cogente implica, em regra, nulidade absoluta do ato praticado. Não é possível, mediante convenção ou acordo, afastar a incidência das leis cogentes, cujos preceitos são inderrogáveis, submetendo e subordinando a vontade individual, a tal ponto que não se pode renunciar a benefícios ou direitos que eles conferem. Ulpiano, no Digesto (50, 17, 45, 1), já deixou consignado: *Privatorum conventio juri publico non derogat*, estando, aí, *juri publico* no sentido de *jus cogens*. O Código Civil francês, artigo 6.º, acolheu o velho princípio romano: *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois que intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs* = "Não se pode revogar, por convenções particulares, as leis que interessam à ordem pública e aos bons costumes".

São cogentes, por exemplo, no Código Civil, os artigos 5.º, 82, 116, 130, 134, 628, 765, 776, 920, 922, 1.089, 1.125, 1.132, 1.133, 1.175, 1.182, 1.474, 1.483, 1.518, 1.572, 1.595, 1.603, 1.627, 1.630, 1.650, 1.667, 1.720, 1.721, 1.729.

Dentre as leis cogentes, merecem destaque especial aquelas que albergam princípios de ordem pública. São leis que, embora atuando no campo do direito privado, visam a resguardar e garantir interesses fundamentais da coletividade. Por sua finalidade social e rigorosa imperatividade, assemelham-se muito às regras de direito público. São de ordem pública as leis que definem o estado e a capacidade das pessoas, que estruturam a família, que protegem as crianças e adolescentes, que organizam a propriedade, especialmente a imobiliária, que regulam o inquilinato, que estabelecem os direitos dos consumidores.

Nem sempre é fácil concluir se dado preceito é de ordem pública. Deve o intérprete verificar o conteúdo e abrangência da norma, os interesses que ela protege, os fins sociais a que ela se destina.

Em decorrência da passagem do Estado de Direito liberal para o Estado de Direito social, o ordenamento jurídico cada vez mais impregna-se de normas de ordem pública.

São de ordem pública, por exemplo, quase todas as normas do direito de família e a maioria dos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069, de 13.7.90), do Código do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11.9.90) e da

Lei do Inquilinato (Lei n.º 8.245, de 18.10.91).

Inspirado no artigo 5.º do "Esboço", de Teixeira de Freitas, o art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil dispõe: "As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes".

Em Direito Internacional Privado (DIP), o principal limite à aplicação da lei estrangeira é a ordem pública. Trata-se, aliás, de limite consagrado universalmente. Comentando o artigo 17 da antiga LICC, que tinha redação semelhante a da que atualmente vigora, Clóvis Beviláqua define: "Leis de Ordem Pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do Direito".

As leis supletivas (também chamadas permissivas, ou não-cogentes) contêm matérias em que os interesses individuais têm prevalência sobre os da sociedade. Trata-se de normas indicativas, que são aplicáveis nos casos em que as pessoas não tiverem disciplinado de outro modo a questão. Nas leis supletivas, o preceito não é absoluto, peremptório, nem tão rigoroso, como no caso das leis coativas. A obrigatoriedade e a incidência da lei supletiva ficam na dependência de a vontade individual não ter disposto diferentemente, ou seja, não ter afastado a regra legal, daí apresentar a norma supletiva um caráter subsidiário. Porém, na ausência de declaração em sentido contrário, a lei supletiva adquire a força de *jus cogens*, ficando, portanto, com o caráter de imperatividade.

No Código Civil, são normas supletivas, por exemplo, os artigos 638, 716, 764, 864, 875, 884, 889, 943, 950, 1.066, 1.129, 1.178.

10. Atenção especial deve ser dada aos contratos de adesão. A característica principal desses contratos é a predominância absoluta de uma das partes: o contratante economicamente mais forte, detentor de capital, grande fornecedor de bens ou serviços, que predetermina o conteúdo do contrato, endereçando-o à coletividade. Aos interessados, só resta contratar, ou não ("pegar ou largar"), sem possibilidade de discussões prévias, ou de suprimir, alterar ou modificar as estipulações preestabelecidas. Tais contratos têm exemplares reproduzidos em número indefinido, seu texto é rígido, uniforme, geralmente impresso, padronizado, standardi-

zado, um autêntico regulamento.

O desenvolvimento científico e tecnológico, a explosão demográfica, a expansão urbana, a concentração de capitais pelas empresas, a sofisticação e alto preço de bens e serviços tornaram insuficientes os modelos clássicos e mecanismos dos contratos tradicionais. As novas figuras contratuais são uma consequência do dinamismo, da complexidade, da automação, das necessidades econômicas da vida moderna. Os contratos de adesão, também chamados contratos de massa, não se enquadram nos esquemas conhecidos nos postulados habituais dos contratos.

Assim, além do poder público, bancos, financeiras, empresas de transporte, fornecedores de água, gás, energia elétrica, serviços de telecomunicações, hospitais, companhias de seguro, construtoras, firmas imobiliárias, etc., submetem seus clientes às condições gerais de contratação, às cláusulas gerais, a um contrato, enfim, previamente feito, elaborado e redigido.

Surtem, então, relações jurídicas obrigacionais despersonalizadas, de massa, realizadas em série, em que o conteúdo negocial é elaborado unilateralmente. O eventual interessado, o cliente da empresa, o consumidor, querendo adquirir o bem, ou utilizar o serviço, só poderá fazê-lo aceitando o que está proposto, aderindo. Às vezes, para o consumidor, nem mesmo a teórica liberdade de contratar ou não, existe de fato. Em muitos casos ele é compelido, "obrigado" a contratar, para atender às suas necessidades básicas e de sua família, dada a essencialidade do produto ou do serviço oferecido.

Assim ocorrendo, não há entre as partes uma discussão prévia, o debate sobre conveniências, a possibilidade de introduzir cláusulas. Tais contratos são concluídos mediante esquemas, modelos, formulários prontos e acabados. *Excepcionalmente, é dada a chance de ser introduzida uma cláusula negociada em contrato de adesão. Há uma oferta ao público e o conteúdo do contrato está prefixado, as condições gerais foram preestabelecidas, e com caracteres de generalidade, uniformidade e abstratividade. O aderente concreto aceita, simplesmente, o que foi imposto, e a aceitação é informal, nem sempre resulta de uma declaração, mas é inferida de uma atitude, de um comportamento típico, da conduta do usuário, da utilização efetiva do bem ou do serviço posto à disposição, como no caso do passageiro que ingressa no ônibus.*

O aderente, na maioria dos casos, nem mesmo tem ciência efetiva, conhecimento real dos termos contratuais, exigindo-se, apenas, cognoscibilidade, isto é, a possibilidade de o contexto contratual ter sido conhecido pela outra parte.

Difícilmente, os contratos de adesão se ajustam aos delineamentos da categoria dos negócios jurídicos. Quase impossível amoldá-los à visão individualista que inspirou os pandectistas e seus seguidores.

A liberdade de contratar, cuja expressão é a autonomia da vontade, concretiza-se, principalmente, nos negócios jurídicos. Os contratos são, por excelência, o instrumento do auto-regramento da vontade, da auto-regulamentação de interesses, pressupondo-se o livre tráfico negocial, a igualdade das partes. Isto não existe nos contratos de adesão.

O que temos visto, em nosso tempo, é a concepção de Estado liberal de Direito passar para a de Estado social de Direito. Cada vez mais, o Estado participa e intervém na vida econômica. Nem sempre esta invasão tem sido benéfica. O dirigismo publicístico, no campo dos contratos, estreita o raio da liberdade individual, limitando a autonomia da vontade. Outro fenômeno paralelo se observa: o do dirigismo privado, praticado pelo estado-empresário e pelos grandes detentores de capital.

O Projeto de Código Civil dedica dois artigos ao contrato de adesão. No artigo 423, estabelece que, na hipótese de haver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. No artigo 424, determina que nos contratos de adesão são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante do negócio.

O Código do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990) definiu contrato de adesão, no artigo 54, como "aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo".

Confere, também, o Código do Consumidor alguns artigos sobre as cláusulas contratuais. O artigo 47, por exemplo, diz que elas devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, albergando o velho princípio *interpretatio contra stipulatorem*. O artigo 51 lista as cláusulas abusivas, considerando-as nulas de

pleno direito.

Os contratos de adesão, como observou Saleilles, de contratos só têm o nome. As condições gerais neles consubstanciadas, embora não sejam leis, no sentido técnico-jurídico, têm força normativa, e, quiçá, como *lex contractus*, força normativa equivalente ou maior que a das leis, considerando-se as circunstâncias, os casos concretos, e a necessidade de contratar que o aderente tem, na prática, dada a indispensabilidade dos bens e serviços, muitos deles essenciais à própria sobrevivência, o que reduz e, em alguns casos, aniquila a liberdade de escolha.

Sobre a natureza jurídica das condições gerais (que formam o conteúdo dos contratos de adesão), a doutrina está dividida, garantindo alguns que elas têm natureza normativa, assegurando outros que têm natureza contratual. A natureza normativa caracterizar-se-ia pela impessoalidade, uniformidade e cogência das condi-

ções gerais. A natureza contratual estaria evidenciada pelo fato da aceitação, da adesão, inferindo-se o consentimento, o acordo de vontades.

A nosso ver, as condições gerais têm aspectos da lei e nuances do contrato, sem que sejam lei ou contrato. Pelo menos, não são contratos nos termos da teoria clássica dos contratos. Há que se buscar, então, uma categoria jurídica para os contratos de adesão. A questão permanece em aberto. Para muitos, são atos mistos. Não sendo atos jurídicos *stricto sensu* – cujos efeitos são necessários, estão predefinidos na lei – nem sendo negócios jurídicos – que consistem em uma declaração de vontade, e os efeitos jurídicos são estabelecidos, queridos pelo(s) agente(s) – os contratos de adesão encontram-se numa situação-limite, numa posição intermediária entre estas duas categorias.