

BENS DE MENORES SOB O PATRIO PODER

Angélico Aldori Ferreira da Rocha
Promotor Público em Cruz Alta
Prof. Dir. Int. Priv. Fac. Dir. Cruz Alta*

Da desnecessidade de Autorização Judicial Prévia para que sejam alienados, hipotecados, ou gravados de ônus reais os imóveis de propriedade de menores relativamente incapazes sob o pátrio poder.

A alienação, a hipoteca e o gravame de ônus reais dos imóveis de propriedade de menores sob o pátrio poder é matéria disciplinada no Cap. VI, Seção III, art. 386 do Código Civil Brasileiro.

Dispõe o mencionado artigo que: “Não podem, porém, alienar, hipotecar, ou gravar de ônus reais, os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, exceto por necessidade, ou evidente utilidade da prole, mediante prévia autorização do juiz (art. 178, § 6.º III).

Entretanto, diante da redação do aludido artigo, dispondo sobre a necessidade de autorização prévia do juiz, para que **os pais possam alienar, hipotecar, ou gravar de ônus reais** os imóveis de propriedade dos filhos, ou contrair, **em nome deles**, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, surge a seguinte pergunta: O art. 386 do Código Civil é aplicável tão-somente em se tratando de alienação, hipoteca, ou outros atos de disposição de imóveis de propriedade de menor absolutamente incapaz, ou, também, em se tratando de imóveis pertencentes a menor relativamente incapaz, caso em que é o próprio menor que realiza pessoalmente o negócio (aliena, hipoteca, etc.), apenas assistido pelo seu representante legal?

A doutrina e a jurisprudência não se manifestam especificamente ao caso, exceto Carvalho dos SANTOS que, de maneira sucinta e singela, sem um estudo detalhado do problema, refere-se à aplicação do art. 386 a qualquer dos casos, assim se pronunciando: “Para certos atos, que exorbitem os limites da simples administração, os representantes legais dos menores carecem de prévia autorização do juiz para poder praticá-los (art. 386).

* Professor de Direito Internacional Privado na Faculdade de Direito de Cruz Alta, RS.

O mesmo se aplica no caso do menor relativamente incapaz, em que aquelas pessoas terão de intervir no ato, assistindo o menor, ou autorizando o ato". (SANTOS, J. M. Carvalho dos. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 7. ed. 1958, p. 282).

A matéria, *prima facie*, parece de fácil resposta, porém, com a devida venia ao festejado civilista, a solução do problema é bem mais complexa, exigindo uma exegese minuciosa do art. 386 do Código Civil, através de um estudo sobre o que são menores absolutamente e relativamente incapazes, na acepção legal, como exercem eles os atos da vida civil e qual o papel do pai ou mãe que se encontre no exercício do pátrio poder, num e noutro caso, e, conseqüentemente, a diferença entre o instituto da representação, estrito senso, e da assistência.

É o próprio Carvalho dos SANTOS que, ao lado de Washington de Barros MONTEIRO, melhor define incapacidade absoluta e relativa, o modo como exercem tais menores os atos da vida civil e a participação de seus representantes legais na realização de tais atos, conforme se trate de representação, ou assistência, em sentido estrito.

Diz Carvalho dos SANTOS: "As pessoas absolutamente incapazes não intervêm no ato jurídico: são substituídas pelo tutor, curador, etc. Essa realização do negócio em nome do incapaz por quem de direito, sem que este intervenha é o que se denomina representar, em matéria de suprimento de incapacidade.

Pessoas absolutamente incapazes. Essas não têm intervenção nos atos jurídicos, não tomam parte direta no negócio, sendo substituídas por seus representantes legais.

Os relativamente incapazes realizam o negócio pessoalmente, mas sua manifestação de vontade, para valer, carece de assistência, do tutor, curador, etc. Na assistência o consentimento do incapaz se completa, ao realizar o ato, pela cooperação do tutor, curador ou pai". (Op. cit., p. 280-2).

Washington de Barros MONTEIRO estabelece a diferença entre a representação e a assistência, dizendo: "Os absolutamente incapazes são representados, enquanto os relativamente incapazes são apenas assistidos, sendo que no primeiro caso, os incapazes são substituídos pelos seus respectivos representantes, que, em nome daqueles (o grifo é nosso), realizam o ato jurídico; no segundo caso, os incapazes intervêm pessoalmente no ato, apenas acompanhados ou assistidos pelos representantes legais". (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, parte geral. 14. ed. 1976, p. 181).

Ontologicamente, a diferença entre representação, estrito senso, e assistência reside no modo pelo qual o representante do menor toma parte no negócio jurídico.

Na representação é o representante legal do menor, pai, tutor, curador, etc., que realiza o ato, sem que aquele intervenha, ou tome parte direta, enquanto na assistência, modo pelo qual se supre a incapacidade relativa, o ato é realizado pessoalmente pelo menor, isto é, ele próprio aliena, hipoteca, ou grava seus imóveis, limitando-se seu representante legal a assisti-lo, completando seu consentimento pela anuência ou autorização à realização do negócio.

Portanto, falando o art. 386 do Código Civil na necessidade de auto-rização prévia do juiz, para que **os pais possam alienar, hipotecar, ou gravar de ônus reais os imóveis de propriedade dos filhos, ou contrair, em nome deles**, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, está a se referir tão-somente ao negócio em que os pais realizam em nome dos filhos menores, substituindo-os, sem que estes intervenham, ou tomem parte direta no ato, o que só ocorre em se tratando de representação, estrito senso, modo pelo qual se supre a incapacidade absoluta.

Daí se poder afirmar que não se aplica o aludido artigo aos casos de alienação, hipoteca e outros atos de disposição de imóveis de propriedade de menor relativamente incapaz, onde é o próprio menor, pessoalmente, que realiza o negócio com a simples anuência ou autorização de seu representante legal, ao assisti-lo, como fora frisado.

Outro aspecto que deve ser considerado ao afirmar-se que não é aplicável o art. 386 do Código Civil, em se tratando de atos de disposição de imóveis de menores relativamente incapazes, é o de que o mencionado artigo, ao seu final, faz remissão ao art. 178, § 6.º, III, do mesmo diploma legal, onde é regulado o prazo prescricional para que o filho desobrigue e reivindique os imóveis de sua propriedade **alienados ou gravados pelo pai** fora dos casos expressamente legais, fazendo, também, ao seu final, tal artigo, remissão ao art. 386, indicando, de modo reiterado, negócio realizado pelo pai, em nome do menor, em desrespeito à regra neste último contida.

Usou o legislador a mesma terminologia jurídica nos dois artigos, para indicar ato jurídico realizado pelo pai, sem a intervenção do menor, caracterizando ato de representação em sentido estrito.

Ademais, quisesse o legislador estender a aplicação do art. 386 aos casos de alienação e outros atos de disposição de imóveis pertencentes a menor relativamente incapaz sob o pátrio poder, teria usado de terminologia semelhante a que empregou no art. 429, onde disciplina a venda de bens pertencentes aos menores sob tutela, assim dizendo na primeira parte do dispositivo: “Os imóveis pertencentes aos menores só podem ser vendidos. . . (omissis)”.

Assim, o art. 429 do Código Civil abrange tanto a venda de imóveis de absolutamente incapazes, como de relativamente incapazes, uma vez que nele o legislador não determinou o titular da relação jurídica de direito material, tendo a norma, como destinatário, qualquer um que for realizar a venda, tanto o menor pessoalmente, apenas assistido, como o seu representante legal, na representação, quando o substitui no negócio.

Há outro aspecto, este de ordem processual, que impede a aplicação do mencionado art. 386 aos casos de alienação, hipoteca, etc., de imóveis de propriedade de menores relativamente incapazes, que se refere à legitimidade para requerer a autorização do juiz para a realização do negócio.

Pelo disposto no citado artigo o titular do direito para alienar, hipotecar e gravar de ônus reais os imóveis dos filhos menores, é o pai ou mãe que se encontre no exercício do pátrio poder.

Como ensina Arruda ALVIM. “É certo que é possível haver capacidade de exercício de direito de outrem, sem capacidade de gozo, relativamente aos mesmos direitos, tal como se verifica quando o pai representa o filho. Este tem o gozo dos direitos e aquele os exercita, embora num regime jurídico especial”. (ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. RT, 1978, v. 2, p. 18).

De tal modo, o pai é que deverá requerer a autorização do juiz para realizar o negócio, para que haja **legitimatío ad causam**, pois, como ensina Celso Agrícola BARBI, “uma pessoa só terá legitimidade para a causa se for o titular do direito ajuizado”. (BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 1, t. 1, p. 66).

No entanto, pelo art. 8.º do Código de Processo Civil, combinado com o art. 384, V, do Código Civil, em se tratando de menor relativamente incapaz é o próprio menor que requer em juízo, apenas assistido.

Vale, aqui, a lição, de Pontes de MIRANDA ao afirmar: “Em sentido estrito, os absolutamente incapazes são representados e os **relativamente incapazes são assistidos** (o grifo é nosso). Quanto a esses, o ato é praticado por eles, e não pelo pai, tutor ou curador.

A assistência, conforme o nome mesmo o diz, consiste em estar presente, concordando o pai, tutor, ou curador”. (MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Forense, 1973, p. 282-3).

Logo, se o pai requerer, em nome do menor relativamente incapaz, autorização para a realização do negócio, haverá irregularidade processual.

Tal irregularidade, referente à representação processual, impediria que o juiz apreciasse o pedido sem que ela fosse corrigida, pois há, no caso, representação inadequada.

Não pode, entretanto, o magistrado determinar a correção da inicial pela parte, como lhe determina o Código de Processo Civil, art. 13, para que o menor formule o pedido de autorização judicial para a realização do negócio (alienação, hipoteca, etc.), com a assistência do pai, porque inexistente norma que imponha o dever de o menor relativamente incapaz requerer autorização do juiz para alienar ou hipotecar imóvel de sua propriedade, pessoalmente.

Argumento que poderia ser invocado contra a afirmação de que o art. 386 não é aplicável aos atos de disposição dos imóveis pertencentes aos menores relativamente incapazes sob o pátrio poder, é o de que o Direito Moderno procura proteger ao máximo os interesses dos menores, tanto absolutamente, como relativamente incapazes, pelo que poderia haver uma interpretação extensiva do mencionado artigo.

Não vinga tal argumento uma vez que o art. 386 contém norma restritiva de direito (restrição à livre disposição da propriedade) e é princípio basilar de Direito que: a norma legal que restringe direitos só abrange os casos que especifica.

As restrições de direito só podem decorrer de norma jurídica específica e, não constando dela proibição expressa, é permitida a prática do ato jurídico, sem restrição alguma, pois, como ensina MACHADO NETO: “logicamente, a ordem jurídica não tem lacunas, uma vez que tudo que não está juridicamente proibido está juridicamente facultado, con-

forme princípio ontológico". (MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 2. ed., p. 224).

A afirmação encontra como suporte o ensinamento de COSSIO ao dizer: "Impensável é, portanto, a vida do Direito sob a regência do princípio ontológico convertido em 'tudo que não está juridicamente permitido está juridicamente proibido'".

Daí que o princípio 'tudo que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido', além de resolver o problema lógico da plenitude hermética da ordem jurídica, seja o princípio ontológico do Direito pois nada de lógico nos poderia proibir a conversão do mesmo, e sim, o próprio ser do Direito". (COSSIO, Carlos. **La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley**. Buenos Aires, Losada, 1939).

O princípio ontológico do Direito ganha adeptos, entre nós, nos integrantes do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, tendo a sua 3.^a Câmara Cível, ao apreciar pedido de cancelamento de protesto cambiário, concedido-o, por não haver dispositivo legal expresso que o proibisse, proclamando que "na ordem jurídica, sem espaços vazios, tudo que não é proibido se permite". (Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, 29/230).

Conclui-se, assim, que, contendo o art. 386 do Código Civil, uma terminologia jurídica que só se adapta aos casos de representação, estrito senso, e não havendo possibilidade de uma interpretação extensiva do dispositivo legal mencionado, não há necessidade de autorização judicial prévia para alienação, hipoteca e outros atos de disposição dos imóveis de propriedade de menores relativamente incapazes sob o pátrio poder.

Daí decorre que não são nulos nem anuláveis os atos de hipoteca, alienação, permuta, etc., realizados pelos menores relativamente incapazes, sem prévia autorização judicial, desde que assistidos pelo pai ou mãe, que se encontre no exercício do pátrio poder, e que seus interesses não colidam com os dos respectivos menores na realização do negócio.