

O ARTIGO 974 DO CÓDIGO CIVIL

Osmar Brina CORRÊA LIMA*

Ementa – Empresário individual. Capacidade. Incapacidade superveniente e continuação da empresa. Afetação patrimonial.

Sumário: 1. Inserção do art. 974 no contexto do Código Civil. 2. O *caput* do art. 974 2.1. Capacidade e incapacidade - Regras gerais e exceções. 2.2 A redação do *caput* do art. 974. 2.2.1 Leitura mais correta do *caput* do art. 974. 2.2.2. Segunda leitura possível do *caput* do art. 974. 2.2.3 Considerações sobre as duas leituras possíveis do *caput* do art. 974. 2.2.4. A expressão “autor da herança” empregada no *caput* do art. 974. 2.2.5. Constatações válidas para ambas as leituras do *caput* do art. 974. 2.3. As duas modalidades de incapacidade e o Direito Empresarial. 2.3.1. O *caput* do art. 974, a incapacidade decorrente da menoridade e o exercício da atividade empresarial. 2.3.1.1. O menor incapaz e o impasse provocado pelo Código Civil. 2.3.1.2. O vocábulo “função” empregado no parágrafo único, V, do artigo 5º Código Civil. 2.3.1.3. A representação e a assistência do incapaz por menoridade. 2.3.2. O *caput* do art. 974, a incapacidade decorrente da existência de problemas ligados, direta ou indiretamente, à sanidade mental e a atividade empresarial. 2.3.2.1. Incapacidade superveniente, de fato e de direito. 2.3.2.2. Incapacidade superveniente decorrente de problemas ligados, direta ou indiretamente, à sanidade mental. 3. O § 1º do artigo 974 do Código Civil. 4. O § 2º do artigo 974 do Código Civil. 4.1. Observação preliminar. 4.2. Patrimônio de afetação. 4.3. O duplo sentido da palavra “sucessão”, empregada no § 2º do art. 974. 5. A segunda leitura possível do *caput* do art. 974.

1. Inserção do art. 974 no contexto do Código Civil

Eis o artigo 974, devidamente contextualizado:

* Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da UFMG e da Faculdade de Direito Milton Campos

Código Civil

Parte Especial

Livro II (Do Direito de Empresas)

Título I (Do Empresário)

[...]

Capítulo II (Da Capacidade)

Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

§ 1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.

§ 2º Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização.

2. O *caput* do art. 974

O *caput* do art. 974 trata dos efeitos da incapacidade superveniente ao empresário individual.

Intrigante a sua redação.

Tentemos interpretá-lo conservando em mente três regras hermenêuticas:

- existe uma presunção *juris tantum* (relativa) de sabedoria do legislador;
- regra geral, inexistem palavras ociosas na lei; e
- “Deve-se evitar a interpretação que conduz ao absurdo”¹.

É certo que a observância muito estrita dessas regras às vezes’ leva os doutrinadores a tentar explicar o inexplicável...

2.1. Capacidade e incapacidade - Regras gerais e exceções

Regra geral, não existe regra sem exceção.

Todo ser humano é pessoa natural².

Toda pessoa natural é sujeito de direitos e obrigações.

Regra geral, toda pessoa, natural ou jurídica, é capaz de exercer direitos e tem deveres na ordem civil³.

Regra geral, toda pessoa natural somente adquire a plena capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil ao completar dezoito anos⁴.

Excepcionalmente, a pessoa natural adquire a plena capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil antes de completar dezoito anos: “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”⁵.

1 Interpretatio illa summenda qua absurdum evitetur.

2 A expressão “pessoa natural” contrapõe-se a “pessoa jurídica”.

3 Segundo o art. 1º do Código Civil, “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Sugere-se aqui a seguinte leitura: “Art. 1º - Toda pessoa (natural ou jurídica) é capaz (de exercer) direitos e (tem) deveres na ordem civil”.

4 Código Civil, art. 5º.

5 Código Civil, art. 5º, parágrafo único.

Excepcionalmente, a pessoa natural maior de dezoito anos, embora sujeito de direitos e obrigações, não possui a plena capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil. Será considerada incapaz.

A incapacidade para o exercício pessoal dos atos da vida civil pode ser absoluta ou relativa.

São absolutamente incapazes para o exercício pessoal dos atos da vida civil: "I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade"⁶. Os absolutamente incapazes devem ser representados. É nulo o negócio jurídico quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz⁷.

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"⁸. Os relativamente incapazes devem ser assistidos. "É anulável o negócio jurídico por incapacidade relativa do agente"⁹.

Regra geral, toda pessoa natural plenamente capaz pode ser empresária individual (Código Civil: "Art. 972 – Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil..."¹⁰).

6 Código Civil, art. 3º.

7 Código Civil, art. 166, I.

8 Código Civil, art. 4º. O parágrafo único do art. 4º dispõe que "A capacidade dos índios será regulada por legislação especial".

9 Código Civil, art. 171, I.

10 Eis o texto completo do art. 972: "Art. 972 – Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos". Contudo, o art. 973 dispõe o seguinte: "Art. 973 – A pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, se a exercer, responderá pelas obrigações contraídas". Desse artigo se extrai a seguinte conclusão: a pessoa legalmente impedida (ex.: o funcionário público, o juiz, etc) pode se tornar empresária; contudo, se o fizer, poderá sofrer sanções de ordem administrativa (ex.: até mesmo perder o seu emprego público).

Regra geral, somente a pessoa natural plenamente capaz pode ser empresária individual¹¹.

Somente a pessoa natural plenamente capaz pode tornar-se empresária.

Excepcionalmente, a pessoa natural incapaz poderá ser empresária. Essa afirmativa apóia-se, precisamente, no art. 974 do Código Civil, transcrito no início deste trabalho.

A incapacidade da pessoa natural pode decorrer: (a) da menoridade; ou (b) da existência de problemas ligados, direta ou indiretamente, à sanidade mental¹².

A colocação dos ébrios, dos viciados em tóxicos, e dos pródigos como pessoas com problemas ligados à sanidade mental, certamente, poderá gerar controvérsia ou discordância; contudo, fica mantida aqui por mera conveniência didática.

Os incapazes em decorrência da menoridade devem ser representados ou assistidos pelos seus pais ou pelo seu tutor. O menor absolutamente incapaz deve ser representado pelos seus pais ou pelo seu tutor. O menor relativamente incapaz deve ser assistido pelos seus pais ou pelo seu tutor.

Os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes em decorrência da existência de problemas ligados, direta ou indiretamente, à sanidade mental devem ser, respectivamente, representados ou assistidos pelo seu curador.

2.2. A redação do *caput* do art. 974

Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança. [...]

11 Código Civil, art. 972.

12 V. os arts. 3º e 4º do Código Civil.

O *caput* do art. 974 mereceria uma acurada análise sintática. Não a efetuaremos aqui. Simplesmente registramos que a sua redação possibilita duas leituras diferentes:

2.2.1. Leitura mais correta do *caput* do art. 974

O incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, poderá:

- continuar a empresa antes exercida por ele, enquanto [ainda era] capaz; ou
- continuar a empresa antes exercida por seus pais; ou
- continuar a empresa antes exercida pelo “autor da herança”.

2.2.2. Segunda leitura possível do *caput* do art. 974

A redação do *caput* do art. 974 pode induzir o leitor menos atento a uma segunda leitura possível do *caput* do art. 974. Ei-la: o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido por seus pais, [pelo seu tutor ou pelo seu curador], poderá continuar a empresa que **ele** próprio exercia enquanto ainda era capaz.

Essa segunda leitura, possível e diferente, não é de todo desarrazoada; e será comentada destacadamente no tópico 5, infra.

2.2.3. Considerações sobre as duas leituras possíveis do *caput* do art. 974

A vida, sempre muito mais rica que os textos legais, poderá apresentar situações fáticas que se subsumam nessas duas leituras possíveis.

Na primeira leitura, que consideramos a mais correta do ponto de vista jurídico, a expressão “autor da herança” se encaixa facilmente, como demonstrado na situação fática explicitada na Hipótese A:

Hipótese A

Aldus, um empresário individual solteiro, bem sucedido e sem herdeiros, morreu tendo deixado todos os seus bens e a sua empresa em testamento para um incapaz. Esse incapaz poderá, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida pelo “autor da herança”, Aldus.

No único comentário existente quando da redação deste artigo, José Costa Loures e Tais Maria Loures Dolabela Guimarães escrevem o seguinte: “O artigo pressupõe uma atividade empresarial regular exercida por pessoa física e que tem essa atividade interrompida, ou por sobrevir-lhe incapacidade, ou por sua morte. À sua vez, a incapacidade do empresário supõe a sua interdição e a sua morte supõe herança. Em qualquer das duas hipóteses, pode surgir o interesse, a utilidade, ou mesmo a necessidade de dar continuidade à empresa. Acontecendo que a única pessoa qualificada para suceder o empresário interdito ou falecido seja incapaz, provê o artigo no sentido de abrir exceção à regra posta no artigo 971, autorizando-o a dar continuidade à atividade empresarial interrompida, o que se fará através de recurso à autoridade judicial, com as cautelas e reservas enunciadas nos dois parágrafos”¹³.

Na segunda leitura, mais restritiva, possível e diferente, a expressão “autor da herança” não se encaixaria facilmente; e desafiaria uma exegese mais sofisticada, como demonstrado nas hipóteses E e F, apresentadas mais adiante, no tópico 5, *infra*.

13 José da Costa Loures e Tais Maria Loures Dolabela Guimarães. Novo Código Civil comentado. Belo Horizonte, DEL Rey, 2002, p. 423 – comentário ao art. 974.

2.2.4. A expressão “pelo autor da herança”, empregada no *caput* do art. 974

Tradicionalmente, e na sistemática do próprio Código Civil, nos artigos 1.790¹⁴, 1.814¹⁵, e 1.829¹⁶, autor da herança é o morto, o *de cuius*, aquele que, tendo falecido, deixou uma herança a ser partilhada entre os herdeiros.

Eis, a propósito, os textos dos artigos 987, 993 e 1.041 do Código de Processo Civil:

*“Art. 987. A quem estiver na posse e administração do espólio incumbe, no prazo estabelecido no art. 983, requerer o inventário e a partilha. Parágrafo único. O requerimento será instruído com a certidão **de óbito do autor da herança**”.*

*“Art. 993. Dentro de 20 (vinte) dias, contados da data em que prestou o compromisso, fará o inventariante as primeiras declarações, das quais se lavrará termo circunstanciado. No termo, assinado pelo juiz, escrivão e inventariante, serão exarados: I - **o nome, estado, idade e domicílio do autor da herança, dia e lugar em que faleceu** e bem ainda se deixou testamento; [...]”.*

*“Art. 1.041. Observar-se-á na sobrepartilha dos bens o processo de inventário e partilha. Parágrafo único. **A sobrepartilha correrá nos autos do inventário do autor da herança**”.*

14 “Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: [...] II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; [...]”

15 “Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: [...] II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade”.

16 “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; [...]”

Obviamente, seria absurdo afirmar que o empresário acometido de incapacidade superveniente poderia ser representado ou assistido pelo falecido “autor da herança”. “A existência da pessoa natural termina com a morte”¹⁷. *Mors omnia solvit*. Para o Direito, o morto não é pessoa; não é sujeito de direitos e obrigações; não pode representar ou assistir ninguém.

O autor da herança, no *caput* do art. 974, refere-se, pois, a um empresário individual que faleceu, deixando a sua empresa para um incapaz.

2.2.5. Constatações válidas para ambas as leituras do *caput* do art. 974

Qualquer das duas leituras do *caput* do art. 974 permite as seguintes constatações:

- o texto refere-se genericamente ao “incapaz”, sem especificar a origem da incapacidade, se decorrente da idade ou da existência de problemas ligados, direta ou indiretamente, à sanidade mental;
- a expressão “por meio de representante ou devidamente assistido” deixa claro que a incapacidade, aludida no texto, pode ser a absoluta ou a relativa; o absolutamente incapaz é representado; o relativamente incapaz, assistido.

2.3. As duas modalidades de incapacidade e o Direito Empresarial

As duas modalidades de incapacidade (em decorrência da idade ou da existência de problemas ligados, direta ou indiretamente, à sanidade mental) devem ser examinadas separadamente do ponto do vista do Direito Empresarial.

17 Código Civil, art. 6o.

2.3.1. O *caput* do art. 974, a incapacidade decorrente da menoridade e o exercício da atividade empresarial

O menor de dezoito anos (aquele que ainda não tiver completado dezoito anos de idade) pode ser:

- (a) absolutamente incapaz; ou
- (b) relativamente incapaz; ou
- (c) capaz.

É absolutamente incapaz o menor de dezesseis anos¹⁸.

É relativamente incapaz o maior de dezesseis e menor de dezoito anos¹⁹.

Antes de completar os dezoito anos, o menor pode tornar-se capaz²⁰.

O menor capaz pode tornar-se empresário individual.

2.3.1.1. O menor incapaz e o impasse provocado pelo Código Civil

Quanto ao menor incapaz, o Código Civil de 2002, tanto quanto o de 1916, cria uma espécie de impasse. E impõe uma exegese cuidadosa que confronte os dispositivos transcritos nos artigos 3º e 4º e 5º - de um lado - e 972 - de outro:

Os artigos 3º, 4º e 5º:

“Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos”.

18 Código Civil, art. 3º, I.

19 Código Civil, art. 4º, I.

20 Código Civil, art. 5º, parágrafo único.

“Art. 4º - São relativamente incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos”.

“Art. 5º - A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil²¹/²².

“Parágrafo único – Cessará para os menores a incapacidade: [...] V - pelo estabelecimento civil ou comercial²³, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria”.

O artigo 972:

“Art. 972 – Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil...”.

Os dados do impasse

Eis os dados do impasse de que cuida este tópico:

- estabelecer-se empresarialmente significa, em última análise, tornar-se empresário;
- o incapaz não pode tornar-se empresário²⁴;

21 A menoridade cessa aos dezoito anos completos. Regra geral, ao atingir essa idade, a pessoa torna-se capaz. Excepcionalmente, ela continua incapaz. Exemplo: um jovem autista completa dezoito anos, mas não se torna capaz; continua absolutamente incapaz.

22 Segundo alguns, a fixação da maioridade jurídica aos dezoito anos extinguiu a controvérsia existente sobre a aplicação do art. 3º, II, da Lei de Falências (“Art. 3º - Pode ser declarada a falência: [...] II - do menor, com mais de 18 (dezoito) anos, que mantém estabelecimento comercial, com economia própria; [...]”). Ledo engano! Agora, a antiga controvérsia será substituída por uma outra: o Código Civil derogou o art. 3º da Lei de Falências?

23 Melhor seria se o Código dissesse: “pelo estabelecimento civil ou empresarial”, ou, então simplesmente “estabelecimento”; note-se que o Título III do Livro II da Parte Especial do Código Civil é “Do Estabelecimento”.

24 Código Civil, art. 972.

- o menor relativamente incapaz (maior de dezesseis e menor de dezoito anos) torna-se capaz desde que, “em função” de “estabelecimento comercial”, “tenha economia própria”.

Tudo *parece* conspirar no sentido de que o parágrafo único, inciso V, do artigo 5º Código Civil, premia o menor que descumpre a lei... Contudo, como veremos um pouco mais adiante, essa seria uma conclusão errônea.

2.3.1.2. O vocábulo “função” empregado no parágrafo único, V, do artigo 5º Código Civil

O vocábulo “função” possui várias conotações. Destaquemos, do Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa 1.0, aquelas que mais fazem sentido no contexto do parágrafo único, V, do art. 5º do Código Civil:

“1 atividade natural ou característica de algo (elemento, órgão, engrenagem etc.) que integra um conjunto, ou o próprio conjunto

5 ofício, profissão

Ex.: f. de carpinteiro

7 Derivação: por extensão de sentido. qualidade do que tem valor, resulta em proveito

Ex.: entre namorados, um buquê de flores ainda tem sua f.”.

Função pode ser “atividade”. Mas, em Direito, a rigor, inexistente função, atividade, ofício ou profissão de estabelecimento empresarial. Estabelecimento empresarial é o complexo de bens organizado pelo empresário para o exercício da empresa (Código Civil, art. 1.142). Existe a função, atividade, ofício ou profissão de empresário; não existe função, atividade, ofício ou profissão de estabelecimento.

Função pode também ser “qualidade do que tem valor, que resulta em proveito”. Ao organizar um estabelecimento empresarial (*algo que tem valor*)

e dele tirar proveito (*fazer com que o estabelecimento resulte em proveito*), o menor relativamente incapaz (maior de dezesseis e menor de dezoito anos) assume a plena capacidade.

Economia própria, no contexto do art. 5º, parágrafo único, do Código Civil, é aquela decorrente do esforço e do trabalho do próprio menor²⁵. Não será economia própria o dinheiro advindo de alguma doação efetuada por terceiros. A leitura atenta do dispositivo em tela revela a seguinte ordem seqüencial: (1º) o menor organiza um estabelecimento empresarial (um complexo de bens); (2º) com esse estabelecimento, o menor exerce atividade empresarial; e (3º) dessa atividade, obtém economia própria²⁶.

Como se percebe, o dispositivo legal privilegia uma situação fática, que não se subsume facilmente à Lógica Formal ou Menor. Vale lembrar aqui a conhecida frase de Holmes: “A vida do Direito não tem sido lógica; tem sido experiência”²⁷.

O menor, nessa situação fática, conquista antecipadamente a sua plena capacidade. O inciso V do parágrafo único do art. 5º não premia o descumprimento da lei. Premia o esforço e o trabalho do menor relativamente incapaz. E, com isso, sintoniza-se com o Estatuto da Criança e do Adolescente²⁸, que sempre procura velar pelo melhor interesse do menor²⁹.

Segundo Valdemar Ferreira, o estabelecimento civil ou comercial, com economia própria, “é uma situação de fato que a lei regulariza, transformando numa situação de direito. Desde que o menor, com economia própria, com o produto do seu próprio esforço, de seu trabalho, de sua inteligência, consegue manter um estabelecimento civil ou comercial, ele, à sua custa,

25 Note-se que esse mesmo dispositivo também faz referência ao envolvimento do menor em relação de emprego.

26 A organização é o núcleo do conceito de estabelecimento. Muitas grandes empresas começaram como pequenos engendros, montados em fundo de quintal por pessoas muito jovens, com pouquíssimos bens. A quem duvidar, sugere-se a leitura da história da Sony, contada por Akio Morita, em “Made in Japan”.

27 “The life of law has not been logic, it has been experience”.

28 Lei 8069, de 13/07/1990.

29 Essa preocupação segue uma orientação internacional traduzida pela expressão de língua inglesa *best interest of the child*.

por si mesmo, independentemente de concessão ou de autorização, conquista a sua independência civil, fazendo cessar a sua incapacidade”³⁰.

2.3.1.3. A representação e a assistência do incapaz por minoridade

Regra geral, o menor absolutamente incapaz é representado por seus pais.

Regra geral, o menor relativamente incapaz é assistido por seus pais.

Às vezes, os menores incapazes são representados ou assistidos por um tutor.

O menor capaz prescinde de qualquer representação ou assistência; ele está apto e legitimado para praticar, pessoal e validamente, todos os atos da vida civil. “A minoridade cessa aos dezoito anos completos”³¹.

Obviamente (e infelizmente – dirão alguns), a pessoa que atinge os dezoito anos nunca mais voltará a ter uma idade inferior.

Contudo – indaga-se – pode o menor, que se tornara antecipadamente capaz, voltar ao estado de incapacidade decorrente da minoridade? Imagine-se a seguinte situação fática de difícil ocorrência prática: Xisto casa-se pouco tempo depois de completar dezesseis anos de idade e, como consequência do casamento, torna-se capaz³²; mas o casamento vem a ser declarado nulo por decisão judicial transitada em julgado antes de Xisto completar dezoito anos³³. Xisto voltará ao estado de incapacidade relativa?

Essa pergunta não é despicienda. Tanto que já foi enfrentada por diversos doutrinadores ilustres e também pela jurisprudência, merecendo respostas contraditórias. Numa acurada resenha, J. M. Leoni Lopes de Oliveira

30 *Apud* João Eunápio Borges. “Curso de Direito Comercial Terrestre”. Rio, Forense, 1991, p. 136.

31 Código Civil, art. 5º.

32 Código Civil, art. 5º, parágrafo único, II.

33 Essa hipótese é de difícil ocorrência prática porque, muito provavelmente, até o trânsito em julgado da sentença declaratória da nulidade do casamento, Xisto já terá completado os 18 anos.

apresenta as opiniões divergentes de Arnaldo Wald, Clóvis Bevilacqua, Sílvio Rodrigues e Caio Mário da Silva Pereira; e transcreve ementa de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, citado por Sílvio Rodrigues, “afirmando que ‘a emancipação prevalecerá ou não, conforme se entenda válido ou não o matrimônio’”³⁴.

Então, caso se conclua que o menor capaz e empresário pode retornar ao estado de incapacidade relativa, ele também poderá “continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz”, devidamente assistido “pelos seus pais” ou pelo seu tutor.

A hipótese B, de difícilíssima ocorrência prática, ilustra o que acaba de ser dito.

Hipótese B

- Xisto tem menos de 18 anos;
- Xisto casou-se; e, conseqüentemente,
- Xisto tornou-se capaz pelo casamento (Código Civil, art. 5º, Parágrafo único, II³⁵); depois de casado,
 - Xisto tornou-se empresário individual; mas
 - O casamento de Xisto veio a ser declarado nulo por decisão judicial transitada em julgado; por isso,
 - Xisto voltou a ser relativamente incapaz (Código Civil, art. 4º, I^{36/37}); mas
 - Xisto pode continuar a empresa que exercia enquanto era capaz, assistido pelo seu pai (ou pela sua mãe, ou pelo seu tutor).

34 J. M. Leoni Lopes de Oliveira. “Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil -”. Rio, 2001, Ed. Lúmen Júris, vol. 2, p. 150-151.

35 “Art. 5º 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: [...] II - pelo casamento; [...]”

36 “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; [...]”.

37 Como já observado, inexistente consenso quanto a essa afirmação.

2.3.2. O *caput* do art. 974, a incapacidade decorrente da existência de problemas ligados, direta ou indiretamente, à sanidade mental e a atividade empresarial

Excetuada a incapacidade decorrente de menoridade, todas as demais, arroladas nos artigos 3º e 4º do Código Civil, decorrem da existência de problemas ligados, direta ou indiretamente, à sanidade mental.

A incapacidade decorrente de problemas ligados, direta ou indiretamente, à sanidade mental pode ser absoluta ou relativa:

Problemas ligados, direta ou indiretamente, à saúde mental	
<ul style="list-style-type: none"> • Enfermidade ou deficiência que tolhe o discernimento para a prática dos atos da vida civil; e • Impossibilidade de expressão da vontade, mesmo por causa transitória. 	<p>Incapacidade absoluta (Código Civil, art. 3º)</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p style="text-align: center;">Curatela</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p style="text-align: center;">Representação por curador</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Ebriedade habitual; • Toxicomania; • Deficiência mental que reduz o discernimento; • Excepcionalidade por falta de desenvolvimento mental completo; • E Prodigalidade 	<p>Incapacidade relativa (Código Civil, art. 4º)</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p style="text-align: center;">Curatela</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p style="text-align: center;">Assistência de curador</p>

Os problemas ligados, direta ou indiretamente, à sanidade mental nem sempre aparecem abruptamente. Mas, uma vez instalados, podem gerar uma incapacidade absoluta ou uma incapacidade relativa. Um empresário individual pode tornar-se absolutamente ou relativamente incapaz.

2.3.2.1. Incapacidade superveniente, de fato e de direito

O Direito disciplina o processo de interdição dos incapazes³⁸. E reconhece duas situações distintas: 1) a do incapaz interditado; e 2) a do incapaz não interditado.

O Direito disciplina claramente a incapacidade de direito, reconhecida e declarada numa sentença de interdição. Mas só trata incidentalmente da incapacidade de fato, que pode atingir uma pessoa ainda não interditada.

Essa distinção é importante, sobretudo do ponto de vista processual e, mais particularmente, do ônus da prova (*onus probandi*). Nas ações anulatórias de negócios jurídicos, o ônus da prova (*onus probandi*) da incapacidade de fato (*de facto*) será sempre do suposto incapaz; o incapaz não interditado tem o ônus da prova de sua incapacidade. “Presume-se capaz toda pessoa, até prova em contrário. Sem decisão judicial de interdição não se pode falar em incapacidade [...]. Até ela, a pessoa goza de todos os seus direitos”³⁹. O incapaz interditado já possui uma prova pré-constituída: a sua interdição.

O incapaz por problemas ligados, direta ou indiretamente, à sanidade mental é representado ou assistido pelo seu curador⁴⁰.

38 Código de Processo Civil, arts. 1.177/1.186.

39 Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível. Acórdão 5000. Relator Desemb. Adolpho Pereira. Publicação: 06/11/1987 – Fonte: JUIS – Jurisprudência Informatizada Saraiva, ed. nº 32 (2º Trimestre 2003). “Os atos anteriores à sentença de interdição são apenas anuláveis, podendo ser invalidados desde que judicialmente demonstrado, em ação própria, o estado de incapacidade à época em que foram praticados” (Superior Tribunal de Justiça, Acórdão: AGA 24836/MG (199200166857). 42046 Agravo regimental no agravo de instrumento. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data da decisão: 13/04/1993. In: DJU, 31/05/1993, p. 10.670). “Presunção da [...] da capacidade de quem não era interditado” (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 190.715-1 - Lençóis Paulista - 09.11.93. Relator: Cezar Peluso).

40 Nada impede que o curador seja o pai ou a mãe do maior incapaz.

O maior absolutamente incapaz e interditado é representado pelo seu curador.

O maior relativamente incapaz e interditado é assistido pelo seu curador.

A pessoa incapaz em virtude de problemas ligados, direta ou indiretamente, à sanidade mental não pode tornar-se empresária⁴¹.

2.3.2.2. Incapacidade superveniente decorrente de problemas ligados, direta ou indiretamente, à sanidade mental

Pode ocorrer que um empresário individual se veja alcançado por uma incapacidade superveniente, decorrente de problemas ligados, direta ou indiretamente, à sanidade mental. Poderá esse empresário individual interditado, “por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz”?

A questão da incapacidade superveniente por problemas ligados, direta ou indiretamente, à sanidade mental já fora enfrentada, sem consenso, pela doutrina.

Os seguintes excertos, extraídos da obra de João Eunápio Borges⁴² e ligeiramente adaptados, ilustram o dissenso doutrinário a respeito:

“As dúvidas aparecem e surgem as divergências quando se cuida de responder à seguinte pergunta: se quem já era [empresário] incorrer em interdição [...] perde desde logo a qualidade de [empresário], impondo-se a liquidação imediata de seu estabelecimento, ou pode [...] continuar, sob a gerência do curador [...] ou sob a do [interditado] assistido pelo seu curador?”

41 Código Civil: “Art. 972. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos”.

42 João Eunápio Borges. Curso de Direito Comercial Terrestre. Rio, Forense, 1991, p. 155/157.

Decretada a interdição, perdida a plenitude de sua capacidade, deixando, pois, de ter a 'livre administração de suas pessoas e bens' [...] cessa para [o curatelado] a qualidade de [empresário]. Com as cautelas necessárias à salvaguarda dos direitos de terceiros e dos interesses do interdito, proceder-se-á à liquidação do estabelecimento. Este, evidentemente, poderá ser transferido, em sua integridade, a terceiros, parentes ou estranhos, que o explorarão em seu nome e por sua conta. Mas [empresário] será o adquirente e não o antigo proprietário a que a interdição retirou a possibilidade de o ser".

"CARVALHO DE MENDONÇA distingue entre o [relativamente incapaz] e o [absolutamente incapaz] para permitir a este e negar àquele a continuação do exercício do comércio após a interdição. No caso [do absolutamente incapaz], continuará o negócio 'sob a gerência do curador ou do preposto por este nomeado, com a autorização do juiz'. Quanto ao [relativamente incapaz], a solução não seria possível porque sendo ele assistido e não representado pelo seu curador, sempre seria necessária, para a validade de qualquer ato, a manifestação simultânea de duas vontades, muitas vezes divergentes, surgindo daí, isto é, de ser autorizada a continuação [da empresa] pelo [relativamente incapaz], assistido pelo seu curador, situação anômala, indefinível e incompatível com o exercício [da atividade empresarial]".

Houvesse fundamento para o que ensina CARVALHO DE MENDONÇA com relação ao [absolutamente incapaz] e, com maior razão, poderia o [relativamente incapaz], apenas relativamente incapaz, continuar sendo [empresário]. O

argumento em contrário é de manifesta fragilidade. Bastaria, para afastar as dificuldades apontadas por CARVALHO DE MENDONÇA, que, assistido por seu curador, e autorizado pelo juiz, o [relativamente incapaz] nomeasse preposto que, sozinho, substituindo e representando o [relativamente incapaz], assumiria a gerência de seu estabelecimento.

Sem fazer tão injustificável distinção entre o [absolutamente incapaz] e o [relativamente incapaz], deixam outros a critério do juiz a solução do caso, mesmo porque, como qualquer outra moléstia que obrigue o [empresário] a ausentar-se do seu estabelecimento, [aquela geradora da incapacidade absoluta] ou [aquela geradora da incapacidade relativa] podem ser curáveis e transitórias. E o juiz autorizaria a continuação do negócio, por meio de curador, até que se restabelecesse, ou até que se comprovasse a impossibilidade de se restabelecer a saúde do interditado.

Tal argumento, porém, salientou VALDEMAR FERREIRA, é de ordem sentimental, não encontrando apoio em nosso direito positivo.

E se impressiona de fato a observação de que, como qualquer outra, poder ser curável e transitória a moléstia mental determinante da interdição, pondere-se, em contrário, que, normalmente, só se chega à interdição, judicialmente decretada, depois de positivada a gravidade da moléstia e a sua provável incurabilidade.

A maior ou menor gravidade da moléstia, os bons ou maus prognósticos relativos à sua duração devem ser examinados antes de solicitada a interdição, mas não podem influir sobre os efeitos que dela decorrem. Nem o [relativamente

incapaz] nem o [absolutamente incapaz] poderá iniciar ou continuar o exercício [da atividade empresarial]. Não se perca de vista que é absoluta a incapacidade para ser [empresário]”.

A leitura do § 1º do art. 974 revela que o legislador repudiou tanto a tese de João Eunápio Borges quanto a de Valdemar Ferreira. Na verdade, o legislador preferiu adotar aquela terceira tese, repudiada por ambos e taxada, por Valdemar Ferreira, como “de ordem sentimental, não encontrando apoio em nosso direito positivo”: “§ 1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros”⁴³.

3. O § 1º do artigo 974 do Código Civil

A continuação de uma empresa pelo incapaz depende de prévia autorização judicial.

Podem requerer a autorização ao juiz: (a) o representante do absolutamente incapaz; e (b) o próprio relativamente incapaz, assistido pelos seus pais, ou pelo seu tutor ou pelo seu curador.

Antes de conceder a autorização, o juiz deverá examinar: (a) as circunstâncias; (b) os riscos da empresa; e (c) a conveniência da continuação da empresa.

Dispensa maiores comentários a afirmação de que essa é uma tarefa bastante difícil para o magistrado, geralmente sobrecarregado com excesso de trabalho e pouco afeito à vida empresarial. Talvez, por isso mesmo, Valdemar Ferreira tenha considerado essa solução como “de ordem sentimental”.

⁴³ Este § 1º será comentado mais adiante, no tópico 4.

A autorização eventualmente concedida pelo juiz poderá ser revogada depois de ouvido: (a) o representante do absolutamente incapaz; ou (b) o assistente do relativamente incapaz.

O § 1º do artigo 974 merece um reparo: deveria exigir expressamente a prévia manifestação do Ministério Público, tanto para a autorização quanto para a sua revogação.

A eventual revogação não prejudicará os direitos adquiridos por terceiros durante a continuação da empresa autorizada pelo juiz.

4. O § 2º do artigo 974 do Código Civil

4.1. Observação preliminar

A preocupação subjacente do art. 974 com a proteção do incapaz permeia todo o art. 974, mas torna-se mais evidente no seu § 2º.

4.2. Patrimônio de afetação

Com o objetivo de proteger o incapaz, o § 2º do artigo 974 traz uma inovação notável.

Segundo o Direito vigente, cada pessoa natural possui um, e apenas um patrimônio.

“O patrimônio é o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico”⁴⁴. Abrange créditos e débitos. O balanço patrimonial, “fotografia” contábil do patrimônio, reflete numericamente os créditos e os débitos.

Regra geral, todo o patrimônio da pessoa natural responde pelas suas dívidas. Todos os bens integrantes do patrimônio podem ser penhorados e alienados para satisfação dos credores da pessoa natural.

44 Clóvis Bevilacqua. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio, São Paulo e Belo Horizonte: 1958 (10. ed. atualizada por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua), p. 231.

Algumas exceções a essa regra já existiam, na Lei 8.009, 1990, que dispôs sobre a impenhorabilidade do bem de família, e no art. 649 do Código de Processo Civil, que enumera os bens absolutamente impenhoráveis.

O § 2º do artigo 974 amplia o rol de exceções; faz isso de maneira enfática: (a) dispõe que (*sic*) “não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela”; e (b) exige que essa disposição conste expressamente do alvará que conceder a autorização referida no § 1º.

A exata compreensão do § 2º do artigo 974 depende de uma leitura com redobrada perspicácia (*cum granum salis*). O emprego da palavra “sucessão” pode induzir o leitor menos atento a erro.

4.3. O duplo sentido da palavra “sucessão”, empregada no § 2º do artigo 974

Para melhor compreensão, rememore-se, aqui, a primeira leitura do *caput* do artigo 974, já referida no tópico 2.2.1., supra: O incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, poderá: (a) continuar a empresa antes exercida por ele, enquanto [ainda era] capaz; ou (b) continuar a empresa antes exercida por seus pais; ou (c) continuar a empresa antes exercida pelo “autor da herança”.

A palavra “sucessão”, em Direito, possui conotação bem precisa. Liga-se à transferência de direitos e obrigações em decorrência de morte (*mortis causa*)⁴⁵.

O vocábulo “sucessão” também possui o sentido de sucedimento, incidência, acontecimento ou ocorrência: o período ou o momento fático gerador da incapacidade: aquele período ou momento no qual a pessoa natural se tornou, de fato (*de facto*), incapaz. Esse período ou momento

45 Código Civil: “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

fático, necessariamente, antecede ao reconhecimento formal (*de jure*) da incapacidade. A interdição, por exemplo, só se dá posteriormente.

Aqui também se justificam considerações distintas sobre as duas modalidades de incapacidade (em decorrência da idade ou da existência de problemas ligados, direta ou indiretamente, à sanidade mental), como explicitado a seguir.

Incapacidade em decorrência da idade – Não se confundem idade e incapacidade. A lei diz, expressamente, que “são absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos”, que “são relativamente incapazes [...] os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos”, e que “a menoridade cessa aos dezoito anos completos”. A idade de uma pessoa pode ser facilmente constatada pela certidão de nascimento expedida pelo oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais, que tem fé pública. Quanto à capacidade, já vimos que o menor pode ser: (a) absolutamente incapaz; ou (b) relativamente incapaz; ou (c) capaz.

Incapacidade em decorrência de problemas ligados, direta ou indiretamente, à sanidade mental – Essa incapacidade também pode ser absoluta ou relativa. Contudo, vale a pena relembrar aqui aquela outra distinção importante, já referida: (a) antes do seu reconhecimento formal com a interdição, existe uma incapacidade de fato (*de facto*); (b) depois do reconhecimento formal com a interdição existe uma incapacidade de direito (*de jure*).

As hipóteses C e D, a seguir apresentadas, ajudarão na compreensão do § 2º do art. 974:

Hipótese C

- Lucius era maior, capaz e empresário; mas
- Sucede-lhe (incide em Lucius, ocorre em Lucius, acontece com Lucius) uma causa de incapacidade;

- Lucius torna-se incapaz, antes mesmo de ser interditado (a sua interdição poderá demorar algum tempo);
- Os bens que Lucius já possuía no sucedimento (= na incidência, na ocorrência ou no acontecimento) da incapacidade, que sejam estranhos ao acervo da empresa dele, não ficam sujeitos ao resultado da empresa dele.

Certamente, a superveniência de incapacidade não acarreta nenhuma transferência de bens. O capaz que se torna incapaz não é sucedido por ninguém. Mantém a sua personalidade e o seu patrimônio. Continua sujeito de direitos e obrigações. Responde pelas suas dívidas. Contudo, “não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da [...] interdição, desde que estranhos ao acervo daquela [...]”.

Hipótese D

- Petrus, incapaz, recebeu uma empresa por sucessão;
- Petrus, incapaz, não poderia tornar-se empresário individual; contudo,
- Petrus poderá, devidamente representado ou assistido, continuar essa mesma empresa, que antes era exercida por seus pais ou pelo autor da herança;
- Os bens que Petrus já possuía ao tempo da sucessão não ficam sujeitos aos resultados da empresa por ele recebida (“Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão [...], desde que estranhos ao acervo daquela [...]”).

Como se percebe, no § 2º do art. 974, o legislador aderiu à idéia de patrimônio de afetação que, em outros países, fundamenta a disciplina da sociedade pessoal de responsabilidade limitada.

5. A segunda leitura possível do *caput* do art. 974 aplicada

Já vimos, no tópico 2.2.2., que o *caput* do art. 974 também possibilita uma leitura diferente e não desarrazoada de todo: o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, [por seus pais, pelo seu tutor ou pelo seu curador], poderá continuar a empresa que **ele** próprio exercia enquanto ainda era capaz.

Também já vimos que, nessa segunda leitura possível, a expressão “autor da herança” não se encaixa facilmente e desafiaria uma exegese mais sofisticada, pois, como demonstrado no tópico 2.2.4., a expressão “pelo autor da herança”, empregada no *caput* do art. 974, refere-se a um empresário individual falecido, que deixou a sua empresa para um incapaz.

Na eventual adoção dessa segunda leitura do *caput* do art. 974, a expressão “pelo autor da herança” encontraria guarida nas hipóteses E e F, apresentadas a seguir:

Hipótese E

- Mévio tem menos de 18 anos;
- Mévio casou-se; e, conseqüentemente,
- Mévio tornou-se capaz pelo casamento (Código Civil, art. 5º, Parágrafo único, II⁴⁶).
- Mévio tornou-se empresário individual.
- O casamento de Mévio foi declarado nulo; por isso,
- Mévio voltou a ser relativamente incapaz (Código Civil, art. 4º, I⁴⁷).

46 “Art. 5º 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: [...] II - pelo casamento; [...]”.

47 “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; [...]”.

- Mévio continuou a empresa que exercia enquanto era capaz, assistido pelo seu pai, o viúvo Tício; ocorre que
 - Tício, pai de Mévio, morreu antes de o filho completar dezoito anos.
 - Certamente, o morto Tício não mais poderá assistir Mévio.
 - Mévio poderá continuar a empresa, que vinha exercendo com a com a assistência de Tício antes do falecimento deste.
 - Mévio continuará exercendo a empresa, mas agora com a assistência de um tutor.

Neste exemplo, a expressão “autor da herança”, empregada no *caput* do art. 974, referir-se-ia ao morto Tício, pai de Mévio, que não mais pode assistir ao filho.

Hipótese F

- Lívio era maior, capaz e empresário; mas
- Lívio contrai enfermidade ou deficiência mental que lhe suprime o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil; conseqüentemente,
 - Lívio se torna absolutamente incapaz (Código Civil, art. 3º, II⁴⁸) e é interditado;
 - Lívio pode continuar a empresa que exercia enquanto era capaz, representado pelo seu curador, Orestes; ocorre que
 - Orestes, curador de Lívio, morre.

48 “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: [...] II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; [...]”.

- Certamente, o morto Orestes, não mais poderá representar Lívio.
- Lívio poderá continuar a empresa, que vinha exercendo representado por Orestes, mas agora representado por outro curador.

Neste exemplo, a expressão “autor da herança”, empregada no *caput* do art. 974, referir-se-ia ao morto Orestes, pai de Lívio, que não mais pode assistir ao filho.

Resumo:

O autor trata da capacidade e incapacidade superveniente em relação à continuidade de empresa tal como disposto no Artigo 974, incluído no Código Civil de 2002 em decorrência da nova orientação deste, pelo tratamento do Direito de Empresa na Parte Especial (Livro II) destacando a capacidade do empresário (Título I, Capítulo II).

Propõe duas leituras do art.974 no qual situa o assunto. Inicia pela identificação das regras gerais e das exceções referentes à capacidade e à incapacidade definidas no Código. Aplica a regra do artigo em questão para o qual “a atividade de empresário pode ser exercida pelos que estiverem em pleno gozo da capacidade civil”. Daí afirma serem possíveis as duas leituras com referência ao incapaz poder continuar a empresa antes exercida enquanto ainda era capaz.

Pela primeira, o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, poderia fazê-lo, quer pela empresa antes exercida por *ele* quando ainda era capaz, a exercida pelos seus pais ou a antes exercida pelo “autor da herança”. Na segunda leitura trata “continuar a empresa que *ele* próprio exercia enquanto era capaz”.

Considera mais correta a primeira leitura. Penetrando a fundo os elementos e os conceitos jurídicos implícitos no artigo sob exame e no

tratamento por uma e outra das leituras dadas como possíveis, alinha seis hipóteses em que tem a oportunidade de considerar os diversos aspectos da teoria e da doutrina sobre os temas jurídicos envolvidos.

Abstract:

The author deals with the capacity and supervenient incapacity related to the continuity of the enterprise such as disposed in article 974 of the Brazilian Civil Code of 2002 due to its new orientation on the treatment of Enterprise Law in the Special Dispositions (Book II), emphasizing the entrepreneur's civil capacity.

The author proposes two readings of article 974 in which he situates the subject. He begins with the identification of general rules and the exceptions concerning civil capacity and incapacity as defined in the Code. He applies the rule of the article in question which considers that "the entrepreneur activity can be exercised by those who are in plain usage of civil capacity". Therefore, the author asserts the possibility of two readings referring to the legally incapable and his ability to carry on the formerly detained enterprise set when he was still capable.

By the first reading, the legally incapable, through representation or properly assisted, could still manage his own activities, whether the enterprise was formerly controlled by *him* when capable, by his parents or by the "heritage's author". The second reading treats about "continuing the enterprise controlled by *him* on his own, while capable".

The author considers more correct the first reading. Penetrating deeply into the elements and the implicit juridical concepts in the examined article and into the treatment given by either one of the given possible readings, he aligns six hypotheses on which there is the opportunity of considering the several aspects of the theory and the doctrines on the related legal themes.