



Jornada de Direito Civil

SUMÁRIO

Composição do Conselho da Justiça Federal

Expediente

1. **Apresentação**

2. **Abertura**

Nilson Naves

3. **Conferência inaugural**

José Carlos Moreira Alves

4. **Conferência de encerramento**

Jorge Mosset Iturraspe

5. **Enunciados aprovados**

5.1 Parte Geral

5.1.1 Comissão

5.2 Direito das Obrigações

5.2.1 Comissão

5.3 Responsabilidade Civil

5.3.1 Comissão

5.4 Direito da Empresa

5.4.1 Comissão

5.5 Direito das Coisas

5.5.1 Enunciados Propositivos de Alteração Legislativa

5.5.2 Comissão

5.6 Direito de Família e Sucessões

5.6.1 Propostas de Modificação do Novo Código Civil

5.6.2 Temas Objeto de Consideração pela Comissão

5.6.3 Comissão

6. **Enunciados apresentados**

6.1 Parte Geral

6.2 Direito das Obrigações

6.3 Responsabilidade Civil

6.4 Direito da Empresa

6.5 Direito das Coisas

6.6 Direito de Família e Sucessões

APRESENTAÇÃO

A Jornada de Direito Civil que o Conselho da Justiça Federal promoveu em Brasília, nos dias 12 e 13 de setembro de 2002, teve por objetivo debater o novo Código Civil e elaborar enunciados sobre as questões examinadas.

O evento teve uma organização diferenciada: os participantes foram convidados pelo Conselho, escolhidos dentre Professores de Direito Civil, juízes federais, juízes estaduais, representantes do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil, por indicação do próprio Conselho ou da respectiva entidade de classe. Com isso, foi possível reunir um grupo seletivo e representativo do mundo jurídico nacional que se dedica ao estudo do Direito Civil.

Os 130 participantes foram distribuídos em seis comissões: Parte Geral, Obrigações, Família e Sucessões, Direito da Empresa, Direito das Coisas e Responsabilidade Civil. Em dois dias, com reuniões pela manhã e à tarde, esses grupos discutiram em mesa redonda as proposições previamente encaminhadas pelos participantes à Secretaria da Jornada. Como resultado desse trabalho, foram aprovados 137 enunciados, desde logo divulgados pela imprensa especializada e pela internet (www.cjf.gov.br), o que auxiliou na interpretação do novo texto legal nestes primeiros tempos de vigência do Código Civil, e tem sido usado pelos doutrinadores, como se pode ver das referências feitas pelos Profs. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery no seu excelente "Código Civil Anotado".

Trata-se, agora, de publicar as proposições apresentadas pelos juristas, com a fundamentação de cada uma das soluções por eles sugeridas, o que certamente auxiliará na boa compreensão das ementas aprovadas.

É preciso esclarecer que o enunciado representa o pensamento da maioria da respectiva comissão, que pode ter rejeitado a proposta do autor da tese. Por isso, o enunciado poderá não corresponder à fundamentação constante da proposição submetida a debate, agora divulgada.

De acordo com a programação, depois das reuniões das comissões, no final de cada um dos dias, realizaram-se sessões plenárias, abertas ao público, com a presença de mais de mil inscritos, quando os relatores das cinco comissões discorreram sobre os trabalhos do dia e suas conclusões.

Os trabalhos da Jornada foram instalados e encerrados com alocações do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Nilson Naves, e do Coordenador-Geral do Conselho da Justiça Federal, Ministro Milton Luiz Pereira.

Duas aulas magnas foram proferidas. A conferência de instalação foi pronunciada pelo Ministro José Carlos Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal e um dos autores do Projeto do Código Civil, bem como a de encerramento pelo Prof. Jorge

Mosset Iturraspe, da Universidade de Buenos Aires, constituindo-se esses pronunciamentos no ponto alto da Jornada.

Todos esperamos que o Conselho da Justiça Federal, pelo seu Centro de Estudos Judiciários, renove essa programação a cada dois anos, com continuado sucesso.

Brasília, 5 de agosto de 2003.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

ABERTURA

Nilson Naves

Presidente do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça Federal.

Desde quando a mim generosamente se cometeu a palavra de abertura desta Jornada, de todo voltada para o Código prestes a entrar em vigor, a memória já me levava aos mestres que, na minha Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, haveriam de me introduzir nos estudos do Direito e me convenceriam a também desembarcar no Direito Civil, embora me afeiçoasse mais às disciplinas penais.

De fato, fui sendo levado a ver, às primeiras lições, de Edgar de Godoi da Mata-Machado, em sons por mim ouvidos em aulas e em letras por mim lidas e relidas nos "Elementos de Teoria Geral do Direito", que (I) "... o Direito Civil está presente a todo o desenrolar de sua existência (do cidadão), e mesmo antes dela..." e (II) "a definição do Direito Civil deve pois abranger a realidade social total em que se move o homem". Às segundas e terceiras lições, de igual modo ouvidas e lidas, de Darcy Bessone de Oliveira Andrade, nas apostilas e nas obras, entre outras, "Aulas de Direito Civil", "A Função Social da Propriedade" e "Do Contrato"; de Wilson Melo da Silva, acerca da reparação do dano moral e da responsabilidade sem culpa; como dizia eu, valendo-me dessas lições e também das impecáveis "Instituições de Direito Civil", de Caio Mário da Silva Pereira – o Caio Mário do Anteprojeto de Código de Obrigações, de 1963, e do Projeto de Código de Obrigações, de 1965, bem como do Anteprojeto de Código Civil (revisto), de 1964, e do Projeto de Código Civil, de 1965 –, fui sendo levado a ver que "é no direito civil que se apreende a técnica jurídica mais característica de um dado sistema", ou "não se compreende, na verdade, que um mesmo fenômeno jurídico, e.g., a compra e venda, seja submetido a duas ordens de disciplinas..."

Às de meus professores de salas de aula, a quem estou procurando homenagear, acrescentaria tantas outras lições que, naqueles saudosos momentos, igualmente serviram de norte a mim, aos colegas de faculdade, à minha geração e à subsequente – servirão, sem dúvida, às que hão de vir – e nos levaram a bom porto, como as inesquecíveis lições de Sílvio Rodrigues, de Washington de Barros Monteiro e do Orlando Gomes do Anteprojeto de Código Civil, de 1963, revisto em 1964, e do Projeto de Código Civil, de 1965. Acrescentaria, ainda, as lições de Clóvis Beviláqua, é claro.

A par do que gostosamente se me conservou na memória – a gratíssima lembrança dos tempos escolares –, também me ocorreu, desde quando me foi cometida esta palavra, a convicção de que o Tribunal que tenho a honra de presidir, falando por último, ou até falando desde logo, em definitivo, sempre e sempre, terá relevante papel, estabelecendo, judicialmente, a melhor das interpretações das normas do novo Código.

Folgo de nos ver nesta posição: desde que fomos instalados, em 1989, aqui

nos encontramos aptos a enfrentar todo e qualquer desafio. Faz parte de nossa política, de nosso dia-a-dia, olhar de frente, encarar o perigo, sem medo, pois não temos medo, nem medo do medo.

Creio eu, adentramos momento histórico em que é preciso tecer reflexões acerca de instigantes e valiosos princípios e normas, entre outros, que consagram a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, a liberdade de decisão quanto ao planejamento familiar lastreado na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, a prevalência do interesse da criança e do adolescente e a igualdade entre filhos, seja qual for a natureza da filiação. Tão ingente tarefa cabe a todos nós realizar – magistrados, advogados, representantes do Ministério Público, professores e estudantes de Direito –, de modo a permitir seja o novo ordenamento civil recepcionado sem fissuras.

Comenta-se que o novo Diploma foi acoimado de reprodução do Código de 1916, precocemente envelhecido: por não refletir as realidades da vida social moderna, especialmente no campo da família, não encarnaria um espírito novo. Em outras palavras, esquecido dos avanços da ciência, não considerou a engenharia genética, a telemática e os reflexos da rede mundial de computadores; sem grandes novidades, incorporou apenas aquelas consideradas velhas em outros sistemas jurídicos, evitando enfrentar novos problemas e preocupantes questões.

A julgar pelo que tenho ouvido aos arquitetos do Código, talvez algumas dessas críticas sejam procedentes, porquanto, segundo eles, o objetivo colimado foi mesmo o de codificar aquilo que já estava sedimentado, pacificado, unido pela sólida consagração da doutrina e da jurisprudência, pois esse é o verdadeiro espírito da codificação. De modo que os temas ainda em ebulição e, portanto, ainda não aplainados pela jurisprudência e refletidos pela doutrina hão de permanecer ao sabor da legislação complementar.

Em verdade, afigura-se-me que a proximidade de sua entrada em vigor, sem repudiar a crítica construtiva, deve inspirar meditação com o propósito de se construir melhor hermenêutica, melhor exegese dos novos institutos. Antes, porém, de nos debruçarmos sobre tais institutos – incitantes alguns –, impõe-se questionar a vasta rede paralela da legislação extravagante não revogada ou derogada pela lei nova. A meu ver, micro sistemas isolados, de indiscutível modernidade, como o Estatuto da Criança e o Código de Defesa do Consumidor, que, sem dúvida, representam um avanço a ser preservado. Indago, então: hão de ser incorporados ao novo modelo, ou podem conviver em harmonia? Conveniente, ou não, a simbiose jurídica?

Concita-nos à reflexão, por exemplo, a mudança de paradigma no campo da responsabilidade civil, notadamente quando se estabelece a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou "quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem". Quanto a essa inovação, ressaí da memória que o novel texto já me serviu de paradigma para a elaboração de voto e posterior acórdão em hipótese que envolvia a responsabilidade objetiva de transportadora de valores, cujo motorista, após ser ferido por arma de fogo, atropelou pedestre. A Terceira Turma,

acompanhando-me, reconheceu a obrigação da empresa de indenizar a família da vítima, porquanto considerou que responde pelo dano causado quem executa atividade de risco (REsp 185.659, DJ de 18/9/2000).

Entendo, às claras, seja esse um campo fértil para o Judiciário na aplicação das tendências modernas da responsabilidade civil, como a expansão dos danos indenizáveis com a inclusão dos direitos da personalidade e a menção expressa do dano moral, proteção que também alcança as pessoas jurídicas.

No ponto, cumpre-me registrar que, no Superior Tribunal, a tendência doutrinária consagradora da indenização do dano moral encontrou boa terra. Primeiro, no tocante ao reconhecimento da possibilidade de cumulá-lo com dano emergente e lucro cessante. Distanciando-se de entendimento em sentido contrário, dominante no Supremo, o Superior desde logo (REsp 3.604, DJ de 22/10/1990) construiu jurisprudência que culminou na cristalização do enunciado nº 37, segundo o qual "são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

De outra parte, prefigurando a atitude inovadora do Código ao estender a proteção dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, consolidou sua jurisprudência no sentido de que "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral" (enunciado nº 227 da Súmula).

Infere-se, pelos casos mencionados, o caráter vanguardista do Superior Tribunal de Justiça, por isso mesmo reconhecido como o Tribunal da cidadania.

Haverá, com o novo Diploma, repito, um campo fértil para o Judiciário aplicar as modernas tendências à objetivação da responsabilidade, na linha da significativa inovação introduzida com a responsabilidade civil objetiva por fato de terceiro, de larga aplicação na responsabilidade dos pais pelos filhos menores. A propósito, já tive oportunidade, mesmo vencido, de me pronunciar, no julgamento do REsp 94.643, DJ de 11/9/2000, RJ, acerca do alcance e abrangência da responsabilidade dos pais em face de danos causados pelos filhos menores a terceiros, mesmo que não vivessem sob seus cuidados e vigilância e fossem devidamente habilitados, pois, se não reconhecida essa solidariedade, correr-se-ia o risco de deixar sem efetividade o direito à indenização.

No particular, saliento a ênfase dada à função do juiz, ao qual o novo Código atribui o poder/dever de "reduzir eqüitativamente a indenização", sempre que constatar excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Pergunto: quando haverá proporção e quando desbordará, caindo no excesso? Na verdade, há muito a ser construído na busca do razoável em termos de delimitação e balizamento dos critérios. Nesse ponto, registro não ser de agora a preocupação do Superior Tribunal de Justiça. Reporto-me à decisão da Terceira Turma por mim relatada quando do julgamento do REsp 53.321, DJ de 11/5/1998, que reduziu, de 2.400 salários mínimos para mil, a indenização por órgão da imprensa a título de dano moral.

Ressalto, também a exemplo, que o papel do magistrado, a ser construído e cristalizado na jurisprudência, ganha relevo quando se examina a Seção I do Título V do Livro I – Do Direito das Obrigações –, a qual consagra preliminares nas Disposições Gerais, introduzindo noções como a função social do contrato, os princípios da probida-

de e da boa-fé e regras gerais sobre interpretação dos contratos celebrados por adesão.

Importante, ademais, notificar que o direito de empresa inserido no Código, com parcial revogação do Código Comercial, incorpora, aqui, institutos tradicionais do comércio, cuja hermenêutica tem sido, desde sua constituição em ramo autônomo, mais flexível, dinâmica e afeiçoada à evolução dos costumes. Assomam, nesse caso, a convivência e a mútua interferência de exegese de ambos os ramos do Direito – algo ainda a ser vivenciado.

Conquanto não envolva tema novo, uma vez já previsto na Lei de proteção do consumidor e em outras normas jurídicas, um ponto merece destaque no novel Código: o da desconsideração da personalidade jurídica, visto que veio positivar e aprimorar, em contornos diversos daqueles já existentes, instituto de grande relevância mediante o qual se busca evitar que os sócios se utilizem da segurança proporcionada pelas pessoas jurídicas – criadas como forma de estímulo ao desenvolvimento de atividades produtivas, porquanto o risco negocial atingiria apenas parcela do patrimônio – para praticar atos que desvirtuem sua finalidade, levando empresas à falência e, assim, causando lesão aos credores em razão da inexistência de lastro para garantir as obrigações assumidas.

No Direito das Coisas, instiga-nos a proibição da formação de novas enfiteuses, contribuindo para gradativa extinção de instituto em franco desuso, cuja sobrevivência atrai condenação quase unânime da doutrina.

Do mesmo modo, impende referir (acolhendo os reclamos doutrinários) o estabelecimento do direito de superfície, pelo qual o proprietário concede a terceiro, por tempo determinado, o direito real de construir ou plantar em seu terreno; a significativa redução dos prazos da usucapião e o acolhimento dos tipos especiais previstos na Constituição; o condomínio horizontal; e a disciplina da propriedade, sob o influxo da função social, preocupando-se com a preservação do meio ambiente.

Placitando classificação consagrada dos direitos reais sobre coisa alheia, o Código, sob a rubrica de "direito do promitente comprador", incluiu no Título IX do Livro III o direito real de aquisição, instituto forjado na desordenada expansão urbana, que gerou a necessidade de proteção ao adquirente de imóvel loteado. Agora, recebe disciplina mais abrangente, ampliando-se-lhe o campo de aplicação a todo o universo dos contratos preliminares de compra e venda de imóveis. A esse propósito, cumpre destacar o enunciado nº 239 da Súmula desta Corte, que, desbravando sendas mais pragmáticas, torna dispensável para a execução específica de uma promessa irrevogável de venda formalidade que o Código exige como requisito para a constituição do direito real.

Harmonizando-se o Código com os novos paradigmas atinentes à família, registra, no Livro dedicado às sucessões, o cônjuge supérstite concorrendo com os herdeiros necessários, assegurando-se-lhe quinhão igual aos que o sucedem por cabeça.

Outro aspecto proeminente é a possibilidade do reconhecimento da união estável, ainda que o companheiro, ou companheira, esteja vinculado a anterior casa-

mento, ou seja separado de fato ou judicialmente. Nesse diapasão, seguindo o preceito de ser a família base absoluta da sociedade, tenho que o legislador buscou adequar a norma à realidade do mundo contemporâneo.

Em suma, embora haja questionamentos, corrigíveis pelas vias legislativa e judicial, o anseio dos elaboradores do Anteprojeto do Código Civil, ao que tudo indica, foi alcançado, pois, no dizer do professor Miguel Reale, agiram com severa objetividade, "procurando harmonizar, de maneira concreta e dinâmica, as idéias universais do Direito com as que distinguem e dignificam a cultura nacional; os princípios teóricos com as exigências de ordem prática; a salvaguarda dos valores do indivíduo e da pessoa com os imperativos da solidariedade social; os progressos da ciência e da técnica com os bens que se preservam ao calor da tradição".

Vejam que notícias de novas emendas ao Código antecedem sua entrada em vigor. Já são mais de 180 contabilizadas. Somos todos favoráveis ao aperfeiçoamento, mas impende assinalar um fato nem sempre agradável e nunca desejável: o Parlamento não tem respondido com a presteza que dele se espera. Espelhem-nos na lentidão que envolve o trâmite da tão sonhada reforma do Judiciário.

Há trabalho, como disse, a ser encetado com urgência. Além de institutos já conhecidos e consagrados, há novidades a convocarem a atenção e talento dos estudiosos do Direito Civil. Indispensável, por conseguinte, que concentremos nossos esforços para completar a obra de consolidação do ordenamento civil. Nessa tarefa, é indubitável, não podemos perder de vista este ensinamento de Jean Carbonnier: "Família, propriedade, contrato são, por tradição, os três pilares da ordem jurídica."

A par dessas reflexões, cumpre-nos lembrar a importância da aludida reforma do Judiciário – o Judiciário que se prepara para receber o Código e se paramenta para dar às novas disposições a melhor das interpretações –, pois é certo que precisamos de reforma, sem tardança nem peia, reforma no plano constitucional, também e principalmente. Vejam os Senhores, os últimos constituintes originários ficaram a meio caminho quando não definiram o que queriam do Superior Tribunal de Justiça e o que queriam com o Superior Tribunal de Justiça. A mim, em todo o tempo, pareceu-me que a Constituição de 1988, em relação ao Judiciário, cortou o cordão umbilical que nos prendia ao modelo norte-americano. E daí? Daí que não verificou o rompimento que haveria de ser verificado. Quem sabe, usando-se revelho conceito, se a emenda não acabou pior que o soneto? No início do último século, perturbava os juristas, Barbalho, Maximiliano, Milton e Freire, entre outros, a possibilidade de se criar, criando-se outros tribunais, uma terceira instância. Hoje, acabou sendo instituída a quarta instância, e o habeas corpus é o exemplo mais emblemático desse imbróglio. Durma-se com todo esse barulho, com o choro e o ranger de dentes das demandas infundáveis, os quais me levam a pensar no inferno de Dante Alighieri: "Renunciai às esperanças, vós que entraís."

Desculpem-me os Senhores, mas, diante desse angustiante quadro, não poderia eu perder esta conspícua oportunidade, oportunidade que se converte em convocação de tão seleta platéia, para que some conosco no esforço de levarmos adiante a projetada reforma do Judiciário, que, se não irá resolver dez dos seus problemas, irá,

sem dúvida alguma, resolver cinco deles. É assim que se constrói, construindo-se pouco a pouco, pontual e politicamente.

Ao ensejo da abertura deste conclave, auguro sucesso às seis comissões incumbidas da tarefa de refletir nos princípios e normas do Código Civil deste milênio. Estou certo de que hão de trazer para as sessões públicas proveitoso resultado dos debates, mercê do alto nível intelectual e da manifesta experiência de seus componentes.

Não poderia eu concluir sem fazer justo preito ao Ministro Moreira Alves, por seu alto papel na elaboração do novo Código, autor que é da Parte Geral do Projeto. Civilista apaixonado e jurista por excelência, ainda jovem – tinha apenas 24 anos – começou a lecionar Direito Civil e Direito Romano na Universidade Gama Filho, seguindo nessa escalada com tal proeminência, que hoje é, além de escritor renomado, um dos expoentes na construção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e um dos pais do Diploma ora em debate. Ao insigne Magistrado, jurista de escol, tributo minha homenagem particular, associada à da Corte que tenho a honra de presidir – uma homenagem que estendo aos demais membros da douta comissão encarregada da organização do novo Código, a saber: o professor Miguel Reale, presidente e revisor, e os professores Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, elaboradores.

CONFERÊNCIA INAUGURAL

José Carlos Moreira Alves
Ministro do Supremo Tribunal Federal

Confesso-me bastante feliz por ver que o Direito Civil volta a ser um Direito cultivado, e mais, volta a ser elevado a uma maior consideração, pois até então o víamos cada vez mais reduzido em face do Direito Público. Digo isso com muita autoridade no sentido de que, embora tenha sido civilista, atualmente, em razão da função que exerço, a de Ministro do Supremo Tribunal Federal, estou quase esquecido do Direito Civil para me tornar também um publicista, a par dos milhares que existem.

Estou certo de que o convite a mim endereçado para falar sobre o novo Código Civil decorreu da circunstância de ser eu um dos poucos sobreviventes da Comissão dos sete professores que, sob a supervisão do grande mestre, que, graças a Deus, ainda está vivo, Prof. Miguel Reale, reuniu-se, pela primeira vez, nos idos de 1969 para elaborar o anteprojeto do Código Civil, encomendado pelo então Governo.

A Comissão era constituída pelo Prof. Miguel Reale, como supervisor; por mim, a quem coube elaborar a parte geral do anteprojeto; pelo Prof. Clóvis do Couto e Silva, a quem coube a parte relativa ao Direito de Família; pelo Prof. Sylvio Marcondes, responsável pela parte relativa ao que primitivamente se denominava atividade negocial, que, hoje, inclui-se como um dos livros da parte especial, como Direito das Empresas; pelo Prof. Torquato Castro, a quem compete a parte relativa às sucessões; pelo Prof. Agostinho de Arruda Alvim, cabendo-lhe a parte concernente ao Direito das Obrigações; e, finalmente, pelo Prof. Ebert Vianna Chamoun, que responde pela parte concernente ao Direito das Coisas.

Dos sete, apenas três sobreviveram para ver promulgado o novo Código Civil brasileiro, dos quais o mais moço sou eu, às vésperas dos 70 anos, seguido pelo Prof. Ebert Chamoun, com quase 80 anos, e pelo Prof. Miguel Reale, no verdadeiro milagre de seus quase 92 anos com a mais absoluta lucidez.

Minhas palavras procurarão traduzir o que foi a missão confiada a essa Comissão, que viu seu trabalho, depois de mais de 25 anos, promulgado em virtude da sua aprovação pelo Congresso Nacional. É certo que, em virtude do longo decurso de tempo, muito se tem profligado a respeito do novo Código de Processo Civil, tanto quanto à sua obsolescência quanto à circunstância de não ter tratado de muitas inovações da Biologia e do progresso científico não apenas concernente a ela. Se verificarmos qual orientação serviu de diretriz para aquela Comissão, justifica-se plenamente tudo o que por ela foi, e ainda hoje seria, elaborado, sem dúvida alguma – e falo isso sem qualquer parti pris de antigos civilistas –, é fato ser o Direito Civil o ramo mais complexo do Direito. Por isso o Código Civil é sempre um monumento na vida jurídica de qualquer país, e, mais ainda, como tem dito várias vezes o Prof. Miguel Reale, é uma verdadeira constituição do homem comum, é o que disciplina, desde antes do nosso nascimento, todas as relações subseqüentes a ele, inclusive as de ordem patrimonial,

que se sucedem à sua morte.

Constata-se ser essa uma legislação intimamente ligada a todos os nossos interesses, que é a razão de sua importância para todos nós e de sua complexidade, o que, aliás, tem dado margem a circunstâncias realmente curiosas. Por exemplo, a partir da afirmação de Natalino Irti, na Itália, na década de 70, de que não estávamos mais em época de codificação e de que a Constituição era capaz de dar unidade ao ordenamento jurídico civil da Itália, essa idéia, que teve vários proselitismos, e até hoje muitos continuam a sustentá-la, era para salientar a necessidade de microssistemas e não de um macrossistema, como o Código Civil.

Realmente, o curioso é ter essa idéia germinado com relação ao mais complexo ramo do Direito, o Direito Civil. Não se vê germinação dessa natureza com referência ao Código Penal, quando temos uma vasta legislação extravagante referente a crimes com relação aos quais, muitas vezes, até os juristas ficam assombrados em razão de certos fatos serem considerados como delitos por determinadas leis não muito aplicadas ou, pelo menos, não frequentemente aplicadas. Nunca vi alguém sustentar uma descodificação de um Código de Processo Civil, de um Código de Processo Penal, enfim, de códigos outros que não o Civil.

Pergunta-se: por que a grande virtude da codificação, deixando de lado os aspectos políticos que levaram ao movimento de codificação em países, como, por exemplo, a Alemanha, em que o Código Civil foi também um elemento de nacionalismo e, conseqüentemente, de aglutinação do povo germânico? A grande vantagem de um código civil, com referência ao Direito Civil, é justamente a de um sistema que permita conhecer melhor a complexidade de tais relações.

O Código Civil de 1916 é um dos menores do mundo, com 1.807 artigos; o novo Código Civil não é muito maior, considerando terem sido, em sua parte especial, acrescentados dois livros: um, relativo ao hoje denominado Direito das Empresas e, outro, um livro complementar, no tocante a disposições do Direito transitório, justamente para a disciplina do período de transitoriedade entre o Código de 1916 e o novo Código. Pois bem, um código dessa natureza tem como grande vantagem a sistematização, e, por isso mesmo, a diretriz que orientou a Comissão, de 1969 a 1975, foi a de que se deveria elaborar um novo código civil sem deixar de levar em consideração tudo o que no Código de 1916 continuasse, e continua, válido, tendo em vista a circunstância de que, se examinarmos o Direito Privado, verificaremos, em terrenos como o do Direito das Obrigações e o do Direito das Coisas, nos quais o mundo evoluiu brutalmente, ainda a prevalência do sistema romano; há países que seguem, para os seus códigos, a orientação romano-germânica.

Muitas vezes, no mundo moderno, socorremo-nos dos velhos institutos oriundos do Direito Romano, por exemplo, ainda hoje, no novo Código Civil “reincluiu-se” o Direito da Superfície – é preciso salientar que esse Direito foi considerado, na época de Clóvis Bevilacqua e inclusive por ele, um fóssil jurídico, porque não teria nenhuma validade. Hoje, retorna até para resolver problemas cuja solução, sem ele, seria difícil, como o caso das cadeiras cativas em estádios de futebol, em que se pergunta: que direito é esse? Direito real não pode ser, porque se refere a número fechado, e não

temos nenhuma previsão, ou não tínhamos nenhuma normatividade com relação ao Direito da Superfície, senão com referência ao problema de concessão de uso para efeito de Direito Público. O Direito da Superfície resolve perfeitamente – nesse caso, não estamos com fatos provenientes da velha Roma, porque, nos estádios, não havia cadeira cativa –, e nos valemos dele para explicar a natureza jurídica desse direito, que é oponível a todos, não se confunde com direito de propriedade, nem é acessório do solo e, em consequência, é autônomo em si mesmo.

Nos meados do século XIX, houve a necessidade de dar novas garantias mais eficazes ao crédito, que, como todos sabemos, é o conceito nuclear, fundamental do Direito das Obrigações. Em virtude do enfraquecimento das garantias tradicionais, como a hipoteca e o penhor, as quais foram ultrapassadas por privilégios concedidos à Fazenda, e dos créditos trabalhistas, na Europa, a princípio, e aqui no Brasil, mais tarde, voltou-se, de certa forma, a um instituto, à velha fidúcia romana, que, no século V d.C., era considerada pelos próprios romanos como um fóssil jurídico. Tanto assim que, no corpus juris civilis do século VI d.C., não se encontra nenhum fragmento no digesto, nenhuma constituição no Código a tratar do instituto da fidúcia.

No século XIX, a partir da Alemanha, por volta de 1860, Hegels Berger, escrevendo um artigo a respeito da cessão de crédito, dizia haver necessidade de se criar uma nova garantia capaz de afastar esses privilégios e, portanto, de garantir melhor o crédito, elemento nuclear dos Direitos e das Obrigações. Socorreu-se ele da velha fidúcia, revivendo o negócio jurídico do tipo romano que não revivemos posteriormente, já no século XX; inspiramo-nos não exatamente no modelo romano, mas no germânico, também de fidúcia, impropriamente denominado, porque, na realidade, não havia fidúcia, mas, de certa forma, nela nos inspiramos, até para sua nomenclatura, criando um instituto pelo qual se permite a transferência da propriedade para garantir o crédito sem haver a possibilidade de esses privilégios, já que se transfere a propriedade para o credor com relação ao débito do devedor, virem a afastar as garantias dadas ao credor.

Essas questões mostram-nos que, nas áreas do Direito Civil, em que o mundo é completamente diferente do de dois mil anos atrás, ainda hoje, delas nos socorremos quando temos, muitas vezes, a necessidade de criação ou revitalização de velhos institutos do Direito Romano. Os senhores não encontram ninguém que sustente ser esse procedimento uma velharia, uma obsolescência, não ter mais razão de ser porque estamos na época da informática, das barrigas de aluguel – os senhores desculpem a linguagem chã, mas é bem expressiva –, da engenharia genética, dos transplantes, até de uma fixação, que ainda a ciência não fez com absoluta exatidão, do momento exato da morte do homem para efeito de transplantes, de fertilizações in vitro, de clonagem (já se fala em clonagem humana); então, diz-se: vamos continuar com as velharias do Código de 1916? Esquecidos de que, neste momento, temos de modernizar o Código Civil de 1916 naquilo em que ele está ou revogado, ou já não tem mais a valia daquela época, por ser um Código eminentemente individualista, que não é sequer do século XX, pois o projeto é ainda do século XIX, de 1899 e, por isso mesmo, um Código que seguiu de todo o clima, absolutamente individualista, que o inspirou.

Pois bem, hoje, então, dizemos que o que foi conservado deveria ter sido deixado de lado, deveríamos fazer um Código absolutamente original – perdoem-me os senhores –, de vaidades. Código civil não é código de vaidades, não é código para se dizer: fomos originais. O Código Civil se faz justamente para acolher em si tudo o que se estratificou depois da legislação que lhe é anterior e que, conseqüentemente, precisa ser modernizada, mas com prudência. Não é possível pretendermos, dentro de um Código Civil, um sistema complexo, que se disciplinem matérias dependentes de legislação extravagante, até porque não são matérias apenas de Direito Civil, mas matérias em que há o envolvimento também de Direito Público, inclusive de normas de Direito Penal.

Uma das inovações que se pretende seja modificada com um desses projetos antes de o Código entrar em vigor estabelece que “a personalidade da pessoa começa com o nascimento com vida”, mas esqueceram haver pessoas jurídicas que, ao que se sabe, ainda não nascem com vida. E foi além – seguindo o Código vindo do velho Direito romano, que, corretamente, ainda não se falava em Direito, mas em cômoda – “reservados os direitos do nascituro”, pretendendo-se, agora, acrescentar “e dos embriões”.

Para se ter apenas uma idéia – desculpem-me a expressão, talvez seja um pouco violenta – do absurdo, todos sabemos que, em virtude das fertilizações in vitro, mesmo não havendo nenhuma disciplina a respeito, fabricam-se inúmeros embriões que vão sendo utilizados à medida que o processo se frustra, até se chegar à fertilização. Quando chega tal momento, os demais continuam como embriões. O que fazer com eles? Em geral, congela-se. Mas até quando? Aí surgem questões de ordem moral, religiosa etc. O embrião não deixa de ser um início de vida. Os contrários ao aborto consideram-no uma espécie de nascituro. É possível eliminá-lo? Ou vamos congelá-lo até sobrevir uma lei para saber se teremos um crime que não é, obviamente, de infanticídio, aborto ou homicídio, mas um crime com relação à eliminação dolosa ou mesmo culposa de embriões?

Os senhores já imaginaram se sobrarem uns quarenta embriões e tivermos de fazer a partilha de bens com a reserva dos quinhões que lhes poderão ser atribuídos até que haja o nascimento com vida e, portanto, a expectativa realmente se transforme em direito? Isso mostra o que Aristóteles não disse considerar, mas considerou, o maior argumento da lógica: “Quando as conseqüências chegam ao absurdo, o argumento absurdo tem a virtude da caricatura, mostra o absurdo da absurdidade”.

Não farei uma análise mais profunda de muitas modificações, não por estar defendendo o trabalho de uma comissão a qual pertenci, pois sou um dos primeiros a reconhecer que erros existem em toda obra humana, principalmente de tal natureza, e não apenas erros, mas, obviamente, o que alguns consideram uma conveniência e outros pensam que uma solução jurídica seria melhor e assim por diante. Em um dos prefácios de uma obra de um grande praxista português Manuel de Almeida e Sousa de Lobão, mais conhecido como Lobão, há uma observação admirável com relação aos juristas: “Não há, em matéria de Direito, nada tão estapafúrdio que não se encontre, pelo menos, meia dúzia de juristas que o sustente”. E mais: “Jurista é como andorinha, quando uma levanta vôo, as outras a seguem”. Portanto, haverá falhas, deficiências,

erros etc., mas, se desejarmos uma obra ótima, é melhor ficarmos no bom em vez de pretendermos chegar ao ótimo, porque ao ótimo não se chega.

Se começarmos novamente a levantar todos os problemas e discuti-los outra vez para elaborar novas normas, levaremos mais 25 anos para termos uma legislação de Direito Civil. É conveniente para a nossa nacionalidade continuarmos desse jeito? Continuarmos com o Código de 1916, marcado por uma série de deficiências, falhas e muitas omissões com relação a institutos que vieram a estratificar-se depois dele? Por que não há, no Código Civil de 1916, nenhum capítulo sobre os direitos da personalidade? Será que Clóvis Beviláqua nunca ouviu falar disso? Será que os civilistas brasileiros não sabiam, pelo menos, da possibilidade da existência desses direitos?

Sucedeu que, naquela época, isso não estava estratificado. Todos os estudiosos de Direito Civil sabem que ainda havia muita discussão sobre ser possível configurar-se o instituto dos direitos da personalidade. Muitos juristas sustentavam não ser possível que alguém fosse sujeito e objeto de Direito. Conseqüentemente, encarava-se a personalidade na sua globalidade para, não a fragmentando pelos diferentes aspectos que apresenta, chegar-se à identidade que muitos sustentavam.

Tudo isso foi ultrapassado. Hoje, ninguém tem dúvida de que os direitos da personalidade têm como objeto aspectos da personalidade, mas não em sua globalidade. Vamos continuar a não ter praticamente nada em matéria de personalidade? Vamos continuar com a nossa disciplina dos atos jurídicos?

Recordo-me de que, quando rapaz, ao ingressar na faculdade, meu professor de Direito Civil dizia que o ato jurídico tem como requisito de validade a capacidade das partes. Se eram absolutamente incapazes, o ato era nulo; se relativamente incapazes, o ato era anulável. Eu ficava a pensar: por que ninguém sustentou isso? Quando a Mariazinha, de cinco anos, pedia um dinheiro para sua mãe, comprava um picolé no bar da esquina e saía chupando, ninguém dizia que era um ato jurídico nulo e que era preciso que houvesse a manifestação de vontade de seus representantes, fossem eles os pais ou os tutores. Escrevi um artigo dizendo que havia, no mínimo, uma falha no Código Civil, porque nesses casos não se encontrava explicação, a qual, hoje, é absolutamente singela.

A venda manual não é negócio jurídico. Não o sendo, o que o Código de 1916 trata como ato jurídico nada mais é do que negócio jurídico. São atos jurídicos que exigem uma vontade negocial para efeito de dar conteúdo estritamente legal a esses atos, portanto estritamente previsto em lei. Conseqüentemente, em rigor, não temos contrato, mas um ato jurídico em sentido estrito, que não segue a disciplina dos negócios jurídicos a que o Código Civil, seguindo a orientação francesa, alude como atos jurídicos em geral, como se tudo fosse a mesma coisa.

Deixava-me perplexo a idéia de um escultor louco pular um muro, porque encontrou um bloco de mármore no terreno do vizinho – apesar de louco, continuava a ser um grande escultor – e esculpir uma estátua. Perguntava-me: esse ato não produz efeito jurídico? Produz. E ele se torna proprietário da espécie nova. Como é produzido? Não é um ato jurídico? Leva-se em consideração a capacidade das partes? Houve erro, coação, dolo ou qualquer dos defeitos de vontade? É possível falar-se em representa-

ção? Não. Como se explica isso? Estará o Código Civil errado ou alguma coisa não está explicada?

Até em matérias de natureza simples, muitas vezes, há a necessidade de que princípios didáticos sejam resolvidos – em Direito, o que não apresenta controvérsia é de se espantar –, embora ainda tenhamos o que o Código Civil português de 1967 fez e que, pelo menos, dá um indicativo didático de que toda a disciplina de que o Código de 1916 trata como sendo atos jurídicos em geral diz respeito a apenas uma espécie deles, sendo que, em outras espécies, não há necessidade ou vontade de negociar, ou, ainda, possui a exigência de uma vontade qualificada, mas cujos efeitos sejam estritamente os previstos na lei, e a vontade, portanto, não possa modificá-los nem supri-los de forma alguma. Apenas nesses atos jurídicos é que se aplica a teoria do negócio jurídico no que couber, ou seja, naquilo que for compatível com ele, afastando-se tudo o que não for, dando, além disso, ao juiz – e essa é uma das características muito bem salientada pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça – maior poder de avaliação de casos concretos para verificar qual a norma ou quais os princípios que se apresentam.

Quando se começa a pensar nessa questão, verifica-se que, neste ano de *vacatio legis*, em vez de estarmos preocupados com a interpretação a ser dada aos institutos ou em como aplicar o novo Código, o que se apresenta hoje, em geral, é uma verdadeira contenda em que asseveramos ser preciso revogar o Código antes que entre em vigor por não ser da nossa satisfação, porque queremos algo além dele, esquecidos de que teríamos pelo menos mais vinte anos pela frente, porque se sabe que código civil, para sair com rapidez, acontece somente quando há ditadura.

O Código Civil francês jamais sairia em 1804 se Napoleão não assumisse a presidência da comissão que reviu o anteprojeto de Jean-Jacques Régis de Cambacérès para que fosse promulgado o que considerava ser a sua maior glória.

O Código da Itália, de 1942, foi promulgado parceladamente graças à influência de Benito Mussolini, por considerá-lo uma grande obra da sua gestão política.

Já o Código alemão perdurou por mais de vinte anos com um primeiro projeto; um segundo, além de ser vinculado ao Direito romano, tinha uma inspiração germânico-bárbara maior, finalmente promulgado em 1896, vigorando em 1900, porque não vinha de nenhum código anterior, mas sim de um direito comum, que nada mais era do que o Direito romano atualizado desde a Idade Média até autores de épocas mais recentes, principalmente os pandectistas alemães. Por isso, exigiu-se uma *vacatio legis* maior, para que se pudesse não atacar por atacar o Código Civil alemão de 1896, mas para que houvesse tempo de se tomar conhecimento de todo o sistema que se apresentava e que era original naquela época, com uma parte geral altamente técnica e uma parte especial na qual vinham disciplinadas as Obrigações, o Direito das Coisas, de Família e das Sucessões.

No Brasil, a grande preocupação está em saber o que iremos modificar, como, por exemplo, parágrafos que não são o que pensamos que deveriam ser, havendo necessidade de melhorá-los; ou quando acreditamos não estar bom determinado instituto, precisando de certos ajustes e esquecemos, assim, uma das observações

mais notáveis que li com relação a codificações, decorrente do comercialista italiano Ageo Arcangeli, que afirmava: todo código – referindo-se a um código de Direito Privado –, quando nasce, é altamente criticado, porque possui muitas falhas.

Ocorre que, pouco a pouco, a doutrina e a jurisprudência aparam as arestas existentes, começando a ler o que não está escrito, deixando de ler o que está, e, à medida que o tempo passa, vai-se iniciando uma certa amizade com o código, começando a considerá-lo bom.

No momento de se fazer um outro, aqueles que criticaram violentamente o anterior dizem não haver necessidade de modificações. Isso ocorre porque temos medo de tudo o que se apresenta com alguma novidade. Mais ainda: não gostamos de reescrever livros, de fazer novos comentários, de ter trabalho, de ter de estudar novamente ou estudar os institutos que se apresentam. É a natureza humana. Por isso mesmo, em um código complexo como o Código Civil, essa questão se apresenta com muito mais intensidade do que em códigos menos complexos e mais fáceis de ser apreendidos para efeito da sua aplicação.

Não é verdade que o Código é obsoleto, que nada modificou, que praticamente reproduziu o Código de 1916 com algo que venha da jurisprudência ou da doutrina. Basta fazer uma enumeração rápida, sem pretensão de um exame mais aprofundado, relacionar tudo o que ingressou neste Código e que não se encontra no de 1916.

Código Civil, como se diz, não é livro de originalidade, não é livro de vaidades. Nem o Código do Consumidor pode ser considerado inovador, porque muito do que é considerado elogioso no Código do Consumidor é velho no anteprojeto do Código Civil. Por exemplo, a cláusula geral, a chamada boa-fé objetiva. No Código Civil, encontra-se com muito mais profusão do que no Código do Consumidor, quando trata, por exemplo, da interpretação dos negócios jurídicos em que exige a boa-fé objetiva, já existente, aliás, no nosso Direito desde o Código Comercial de 1850. A doutrina brasileira não se deu conta desse fato, somente o percebendo um século depois.

Enquanto havia um princípio que determinava haver necessidade, na interpretação dos contratos comerciais, de se levar em consideração a boa-fé, os juristas, em geral, consideravam-na subjetiva. Ninguém mencionava boa-fé objetiva, boa-fé normativa, boa-fé em que haja admissão de vários deveres anexos ou instrumentais, o que constitui, hoje, o conteúdo da boa-fé objetiva, como cláusula geral, permitindo ao juiz uma margem – que não chega ao arbítrio obviamente – muito grande de avaliação para o efeito de, não apenas com relação aos contratos, mas com relação a todos os negócios jurídicos, ser utilizada, quer na interpretação – aí com referência, principalmente, aos contratos –, quer na formação ou na execução. Assim, mesmo por uma aplicação analógica, será possível o emprego do princípio da boa-fé antes da formação do contrato ou depois da sua extinção.

O dano moral, que muitos pensam ter sido reconhecido pela Constituição de 1988, é algo antigo e, no Direito brasileiro, tinha a doutrina a seu favor; a jurisprudência se “encolhia” quando esse era o assunto. Recordo-me de tal fato porque o Supremo Tribunal Federal, quando lá entrei, nos idos de 1975, julgava todas as matérias de

Direito e uma de suas grandes discussões era sobre a admissão do dano moral. Contra o meu voto e o do Ministro Djaci Falcão, ambos adeptos e estudiosos do Direito Civil, aquele Tribunal entendia que dano moral não devia ser levado em consideração; não se admitia dano moral conjugado com dano material.

Certas situações, no entanto, são absolutamente excepcionais; construiu-se, então, uma súmula determinando que, quando se tratasse de filho de família pobre, recém-nascido, que porventura viesse a ser atropelado, haveria dano moral pela perspectiva futura da possibilidade de esse filho vir a ser arrimo de família, quando chegasse a uma idade em que pudesse trabalhar para ajudá-la. Ficava-se a pensar se seria dano material ou dano moral disfarçado, porque uma das grandes dificuldades do juiz é avaliar o dano moral para o efeito de lhe atribuir um valor, não propriamente uma indenização, a que alguns chamam de ressarcimento, nem tampouco uma recomposição – porque seria imoral indenizarmos, estimando a dor de uma mãe em relação à de outra ou a dor de um pai em comparação à de outro.

Em última análise – desculpem-me se estou praticando alguma heresia, entre tantos civilistas –, penso nada mais ser o dano moral que uma pena privada, com uma circunstância ainda mais intensa que a pena privada conhecida, pois se transmite aos herdeiros; na realidade, está-se satisfazendo o desejo íntimo de vingança ao punir o cidadão causador do dano. Tanto isso é verdade que, quando se diz que foi atropelado o neto de um Rockefeller, por exemplo, o ressarcimento pode ser de milhões e milhões de dólares, embora, para a família, nada valha, pois o seu desejo é o neto; esse ressarcimento não trará satisfação alguma, para dizer-se que é uma compensação em relação à dor. Na verdade, o problema do dano moral sempre foi esse e é o que se sucede em relação ao civilista, que, quando julga matéria penal, é muito mais severo que o penalista, porque tende a ver a vítima – e o novo Código se afasta disso, de certa forma; o que lhe interessa é compor o dano. Os senhores sabem – dirijo-me aos jovens ainda estudantes e não, evidentemente, aos já tarimbados no Direito – que, quando estudamos responsabilidade civil, não nos deparamos com a parafernália de conceitos com que nos defrontamos ao estudar Direito Penal: várias modalidades de dolo, culpa próxima de dolo, às vezes, criam problemas quando aplicados. Ao Direito Civil, tradicionalmente, tendo-se em vista a circunstância de que o que interessa é o dano da vítima, conseqüentemente, pouco importa decorrer o dano de dolo ou de culpa levíssima, mas sim o ressarcimento, portanto a sua compensação. Para o penalista, o problema é com o ofensor, e, para isso, há necessidade de se levar em conta uma série de situações subjetivas para verificar se a atuação ilícita é mais ou menos grave.

O novo Código Civil, de certa forma, afastou-se um pouco da concepção tradicionalmente civilista, admitindo que, em certos casos, quando houver uma desproporção acentuada entre o dano e a intensidade do elemento subjetivo, é possível ao juiz conceder uma reparação eqüitativa, ou seja, pode ser que o juiz não conceda uma reparação exatamente correspondente ao dano, levando em consideração a pessoa do ofensor, isto é, o patrimônio do ofensor. É o que se faz, na realidade, com relação ao dano moral, no qual uma das preocupações do juiz é verificar quais são as condições econômicas do ofensor, justamente para atender a essa circunstância, porque é uma

dificuldade inexistente no dano material, tendo em vista a possibilidade da verificação da extensão desse dano.

Em se tratando do Código Civil, sempre procuro salientar que o novo Código está a merecer um exame mais adensado, tendo em vista que há, obviamente, muitos institutos conhecidos e não há, nem deve haver, nenhum intuito de originalidade. Deixamos as originalidades para a legislação extravagante, que não tem um sistema mais complexo e, conseqüentemente, é suscetível de modificações, as quais, evidentemente, não têm sentido com relação ao Código Civil, que não foi feito para ser modificado hoje, amanhã, dia sim, dia não. São várias as inovações em face do que vem do Código de 1916 e das omissões decorrentes dele.

Na parte geral, por exemplo, temos o Direito da Personalidade, a disciplina das associações, acabando com a falha do Código Civil de sociedade ou associação, como se fossem sinônimos; foi preciso um trabalho doutrinário e jurisprudencial para se fazer a distinção, pois não tínhamos nenhuma disciplina a respeito das associações. Disciplina que consta na parte geral e serve no que couber para colmatar as omissões que, porventura, haja na disciplina de sociedade.

Com referência, ainda, à parte geral, relativamente aos bens, temos a introdução no nosso Direito do conceito de pertença, que já estava na intimidade da vida comum: quando alguém vende um automóvel, por exemplo, e não se preocupa em entregar os tapetes e colocar todos os faroletes etc. Na realidade, pelo sistema do Código de 1916, estritamente romano, o acessório, necessariamente, segue o principal. Foi quando se introduziu a figura da pertença, que era utilizada na prática, em que nem sempre o acessório seguia o principal. Ao se tratar de pertença, pelas próprias circunstâncias do negócio em que o acessório não necessariamente deva seguir o principal, então, temos, na realidade, um conceito de pertença do Direito germânico-bárbaro, desconhecido no Direito romano, mas, na nossa vida, sempre se aplicou, independentemente de se verificar uma incoerência entre essa aplicação e o princípio tradicional do Direito romano.

Com referência ao Livro III, Parte Geral, no que diz respeito aos atos jurídicos, há uma série de novos princípios. O primeiro deles é a concepção subjetiva mitigada de negócio jurídico para estabelecer-se a existência de uma responsabilidade por parte de quem declara, tendo em vista a confiança daquele que recebe a declaração, o que tem várias implicações com relação a institutos relacionados ao negócio jurídico, como, por exemplo, defeitos do negócio jurídico no que se refere ao erro. Temos a figura do erro de direito, incluída no Código Civil.

Existe um capítulo sobre representação, a respeito da qual praticamente nada tínhamos, senão, na parte especial, no que concernia ao mandato. Atualmente, há a disciplina que trata do contrato consigo mesmo, do conflito de interesses entre representante e representado; há a disciplina acerca da reserva mental, do silêncio, caracterizando manifestação tácita de vontade, do estado de perigo como defeito de negócio jurídico, da lesão, no sentido subjetivo, tendo em vista a inexperiência da parte lesada, da simulação – acaba-se com a problemática do nosso Código em que se afirma ser anulável negócio simulado. Não há problema se a simulação for inocente, mas, do

contrário, haverá. Por outro lado, os simulantes não podem alegar simulação entre si.

Quanto a esse tema, tivemos um processo no Supremo Tribunal Federal, do qual fui relator, sobre simulação de um negócio jurídico usurário. A parte alegava constar no Código Civil que o simulante não pode alegar simulação contra o outro. A solução encontrada pelo Supremo Tribunal Federal para, justamente, não conhecer do recurso extraordinário contra a decisão judicial que dizia, sem maiores explicações, não ser possível aplicar tal princípio porque não existia nada que envolvesse uma atitude da parte que invocava a simulação, uma atitude de desrespeito ao direito, em que houvesse um aspecto imoral, foi aplicar a Súmula nº 400, alegando que boa parte da doutrina sustenta tal princípio e diz não se aplicar a regra de que o simulante não pode alegar simulação com relação ao outro. O novo Código Civil afirma que negócio simulado é sempre nulo, porque simulação é sempre uma aparência não correspondente à realidade. Não há que se falar em simulação que seja inocente ou que não o seja. Em qualquer simulação, o negócio simulado é nulo. Importa verificar a validade ou não do negócio dissimulado quando se trata de simulação relativa, porque, na simulação absoluta, apenas impera o princípio da nulidade.

Ainda há o problema do dano moral, que veio justamente incluído no dispositivo sobre o ato ilícito absoluto, correspondente ao nosso art. 159, que acabou com a violação de direito ou dano, quando, na realidade, o dano deveria decorrer sempre de violação de direito, e acrescentou-se “ainda que o dano não seja moral”, muito antes da Constituição da República.

Há o abuso de direito, configurado como ato ilícito e se procura dar um conceito do que se deverá entender por abuso de direito. Quanto ao problema da prescrição e da decadência, existe um capítulo que trata uma parte da prescrição, outro, da decadência, com princípios sobre cada um, com a adoção do conceito de pretensão, para explicar o que, na realidade, prescreve, que não é o direito subjetivo, obviamente, porque é simplesmente enfraquecido, continuando como um título para servir de fundamento jurídico para a aquisição da propriedade, no que diz respeito às obrigações naturais quando há a espontaneidade do cumprimento de um chamado débito prescrito, como também não é o direito de ação, porque, de acordo com a teoria moderna, na sua conceituação como direito abstrato, o direito de ação existe independentemente do direito material e não se pode dizer que o direito de ação perece. Voltou-se para a velha noção, bem caracterizada pela doutrina alemã e pelo próprio Código Civil alemão, que nada mais é que pretensão, e os italianos, às vezes, traduzem como *ragione*, caracterizando a pretensão como figura autônoma, não dependente, como simples faculdade jurídica de um direito subjetivo violado, mas decorrente da violação do direito subjetivo. Tanto assim é que, inviolado o direito subjetivo, nasce a pretensão, que vem a prescrever no caso da ocorrência de um dos prazos de prescrição. Disciplina-se, de outro lado, a decadência, considerando-a como o prazo para o exercício de um dos direitos que ainda gera, com relação à parte geral, controversia, chamado pelos alemães de direito formativo e por nós, neolatinos, graças a Giuseppe Chiovenda, de direito potestativo.

Com relação às obrigações, temos as disciplinas que não se encontram no

Código Civil: a assunção de dívida; a estipulação em favor de terceiro; a promessa de fato de terceiro; o contrato de adesão – todos sabem, evidentemente, que, nele, há uma série de normas, mas, no Código Civil, não havia nenhuma referência a ele; liberdade de contratar nos limites da função social do contrato, que é uma das cláusulas gerais para dar ao juiz um poder maior de aferição em face do caso concreto; o princípio da proibidade e da boa-fé com relação à formação e à execução dos contratos; o contrato preliminar; o contrato com pessoa a declarar; a resolução por excessiva onerosidade; a venda com reserva de domínio incluída na disciplina do Código Civil; a venda sobre documentos; os contratos de natureza comercial, uma disciplina muito mais ampla e rica do seguro; a figura do enriquecimento sem causa; os princípios gerais do direito de crédito, os quais não alcançaram os princípios especiais relativos ao direito de crédito, tendo em vista o problema das relações internacionais, portanto das convenções que disciplinam a respeito; responsabilidade do incapaz, admitindo-se a responsabilidade dele quando a pessoa que tem o dever de vigilância com relação a ele não tenha meios para responder pelo dano causado, e ele, incapaz, os tem, permitindo ao juiz admitir, eqüitativamente, a retirada do seu patrimônio de uma parcela para a composição desses bens; a responsabilidade objetiva não apenas prevista em lei, mas a que decorre de negócios jurídicos com risco na sua prática, o que, evidentemente, dará margem a dificuldades de ordem técnica na aplicação, revelando estar viva a legislação a respeito e dando margem a problemas que deverão ser examinados com toda a atenção, levando em conta a circunstância de que a aplicação deles produzirá algum problema.

Mas o Código não foi feito para eliminar todos os problemas. É preciso adotar certos princípios que, conquanto não sejam de fácil aplicação, pelo menos gerem controvérsia, podendo ser utilizados para atender a casos concretos em que haja necessidade.

Temos o problema da indenização, em que há a comparação entre o elemento subjetivo e o dano excessivo em face de um elemento subjetivo bastante reduzido.

Existe um novo livro, o Direito das Empresas, que trata da figura do empresário, da sociedade não personificada, das sociedades personificadas, sejam simples ou de outros tipos, como a sociedade limitada. Quanto às sociedades anônimas, a elas fez-se apenas uma alusão, tendo em vista o problema de relações internacionais e da modificação que elas têm sofrido, tanto assim que uma lei não muito antiga necessitou ser reformada.

Há uma disciplina mais desenvolvida sobre as sociedades limitadas, que são as sociedades por quotas, as quais, no nosso Direito, vêm de uma legislação da década de 10 do século passado e que, hoje, deve ser um dos tipos mais utilizados para que não haja os percalços, as dificuldades e o custo que as normas relativas a sociedades anônimas estabelecem com relação às grandes sociedades, a fim de que esse tipo de sociedade seja utilizado por médias empresas.

A sociedade cooperativa, a disciplina das sociedades ligadas, dependentes de autorização e, finalmente, a disciplina da figura do estabelecimento.

No Direito das Coisas, há uma série de inovações com relação à propriedade no que diz respeito às suas disposições preliminares e à sua função social, procurando caracterizá-las, pois o conceito vem da Constituição, embora não o defina. Também há um dispositivo, gerador de muita controvérsia, versando sobre uma verdadeira desapropriação privada feita por ato do juiz com relação a problema de comunidades instaladas em terrenos principalmente de particulares, com conseqüente possibilidade de haver desapropriação privada, uma vez que será paga por aqueles que se utilizam de terreno alheio, e não pelo Estado.

Há uma série de diminuições de prazos com relação às várias modalidades de usucapião. O problema da construção com invasão é gravíssimo, sobre o qual, no nosso Direito, não há nenhum princípio legal. Quando um prédio de cinquenta andares invade dez centímetros de terreno alheio, é questionado se deve ser demolido, porque o dono do solo é proprietário do que se constrói, ou se será obrigado a pagar uma indenização; mas baseado em quê? Quando há invasão, com ou sem má-fé, já foi estabelecida a diferença de indenizações para a preservação daquilo que tem uma função social muito maior do que dez centímetros de terreno, que é justamente a obra construída.

Além disso, a propriedade fiduciária, o direito da superfície, o direito do promitente comprador, os penhores especiais vêm disciplinados no novo Código. Procurou-se dar nova modalidade de anticrese, tendo em vista a circunstância de que ela ainda pode servir para relações jurídicas, dada a particularidade, já salientada, de que instituto jurídico só deve ser deixado de lado quando é absolutamente obsoleto e não há perspectiva de ser utilizado, sem contar as diferenças, que são as mais conhecidas, com relação ao Direito de Família, várias delas vindas já do anteprojeto, que, evidentemente, não podia, naquele momento, tratar de divórcio, de união estável e de uma série de princípios, normas e institutos posteriormente admitidos pela nossa Constituição, a qual, em matéria de família, fez uma monumental revolução, a respeito da qual há problemas ainda não enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, até sob o aspecto de constitucionalidade, como, por exemplo, saber se a união estável pode ser equiparada a casamento, se não é um casamento, vamos dizer, de segunda classe, porque a lei deve envidar esforços para que tal união se transforme em casamento. Existem os problemas relativos ao filho adotivo quanto à possibilidade de haver adoção simples ou plena e, se só for possível a adoção plena, saber se esta pode alcançar situações passadas, considerando que, antes da entrada em vigor do Código Civil, havia a possibilidade de adoção simples ou plena com relação aos maiores e de uma adoção apenas plena com relação aos menores.

Ainda podemos citar o poder familiar; o regime legal de bens, que foi o regime da comunhão parcial e que, depois, veio a ser adotado pelo nosso Direito por modificação do Código Civil – o que já estava previsto, inclusive, no anteprojeto –; o regime de participação final nos aquestos, como o regime novo; a não-alusão dentro do Código do regime total de bens, a qual decorreu da circunstância de que os pactos antenupciais podem não apenas adotar um dos regimes previstos na lei que não o regime legal, mas é possível que as partes, por se tratar de um contrato de negócio

jurídico e por sua vontade negocial, sejam capazes de criar um regime diverso daqueles previstos em lei. Existe, ainda a possibilidade de quem se interessar casar adotando o regime total de bens, sem que o Código tenha que despender uma série de dispositivos a respeito desse regime, mesmo sendo complexo e tendo sido retirado. São raríssimos esses tipos de casos – confesso que essa afirmação pode basear-se na minha pouca prática, pelo menos nos últimos anos, na área do Direito Civil.

Tive notícia de um caso de regime total no meu escritório, quando era colega do Prof. Sylvio Marcondes. Recebemos uma petição de desquite fundamentada no regime total; o pai da esposa utilizou uma parcela do dote que havia dado à filha na festa de casamento. Isso fez genro e sogro trocarem desaforos jamais vistos por mim em um processo judicial. Fora esse caso, nunca vi regime total ser adotado.

Na sucessão, há problemas de cônjuge concorrendo com os descendentes e ascendentes; cônjuge como herdeiro necessário; testamento particular com um menor número de exigências do que o atual; testamento hológrafo, sem a controvérsia de saber se pode ser digitado, apesar de a doutrina ainda chamar de testamento hológrafo aquele que é escrito pelas próprias mãos, segundo a nomenclatura; testamento aeronáutico; as cláusulas de inalienabilidade com relação à legítima – há necessidade de se demonstrar justa causa para se tornarem inalienáveis os bens que integram a legítima.

Finalmente, existe um livro complementar sobre uma série de regras de direito intertemporal, no qual foi possível, inclusive, extinguir-se parceladamente o instituto da enfiteuse no que diz respeito ao Direito Privado. Há uma súmula antiga do Supremo Tribunal Federal segundo a qual, depois de trinta anos, é possível extinguir-se a enfiteuse com o pagamento de um laudêmio de trinta foros, o que é muito pouco utilizado, segundo sei. Não acredito que o Superior Tribunal de Justiça revogará essa súmula, pois se trata de um tribunal muito afeito à modernidade.

Com base nisso, partiu-se do pressuposto de que seria possível extinguir-se a enfiteuse, desde que se proibisse, para não haver a velha controvérsia que sempre impediu, que se extinguissem as enfiteuses privadas da existência ou não de direito adquirido a um determinado instituto jurídico. Assim, estabeleceu-se não ser possível a constituição de novas enfiteuses depois da promulgação do novo Código e de subenfiteuses para permitir que, paulatinamente, as enfiteuses fossem extintas – no que diz respeito às enfiteuses de Direito Privado. No caso das públicas, o Estado não abre mão da renda delas proveniente, tendo em vista que o foro não é estático, pode ser modificado sem problemas de direito adquirido, e a taxa do laudêmio é diversa da do Direito Privado.

CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO

Jorge Mosset Iturraspe

Professor da Universidade de Buenos Aires – Argentina.

Em uma palestra pronunciada há cerca de dois anos, em Porto Alegre, antecipei a surpresa que me causava o fato de, estando a Argentina e o Brasil, em momento de transição para reformar seu código, ambos os países o fazerem à revelia do outro. Quero dizer, o Brasil renova seu código à revelia da doutrina argentina, dos múltiplos projetos existentes em 1980 e 1990, e, por sua vez, na Argentina, os projetos de 87, 92, 93 e 98 – quatro nos últimos tempos – não fazem a menor menção ao Direito brasileiro.

Isso dá a impressão de que o Mercosul nada mais é que um mercado comum de alguns países do cone sul da América Latina, e não aquilo que pretendemos: uma comunidade fraterna, um grupo de países irmanados, que quer aproximar seus ordenamentos jurídicos, superar as diferenças para conseguir, como o fez também a Comunidade Européia, um Direito sobre bases comuns, superando antinomias, contradições e soluções encontradas. Não há razão para que isso não ocorra, sobretudo na esfera do Direito Privado patrimonial, terreno a que vamos referir-nos principalmente.

Um novo código deve trazer uma enorme alegria aos homens de Direito, porque um novo código, reformado, que, além de ser civil, parece ser um Código de Direito Privado, demonstra uma enorme confiança nas instituições jurídicas.

Contudo, não creio que, com o código que vai entrar em vigor no próximo ano, os estudos de Direito no Brasil vão multiplicar-se qual uma catarata, como ocorreu na Argentina a partir da reforma de 1968.

Até esse ano, em que se produziu uma importantíssima reforma no Código Civil, os estudos estavam retidos, como se nós, civilistas, acreditássemos estar nosso Direito todo ele construído, terminado, sem nada para ser melhorado. Essa reforma, chamada reforma Borda pelo papel proeminente que nela teve o professor Capitalino, de Buenos Aires, provocou a multiplicação de jornadas, encontros, congressos, reuniões de juristas pela necessidade de transformar idéias e fazer avançar a doutrina e a jurisprudência de tal modo que, na Argentina na década de 70 e de 80, foi possível realizar centenas de congressos de Direito por todo o país. Tudo originado da reforma, que motivou os juristas a encontrarem temas novos, quentes, importantes, que têm a ver com a felicidade do homem em sua passagem pela Terra, obviamente.

Mas também, em face de uma reforma, cabe-nos perguntar: qual é a filosofia por trás dela? Porquanto não é possível que, em um país que mantém um código antigo, de 1916, como o Código brasileiro, instantaneamente, nasça a idéia e se leve adiante a iniciativa de um novo código, se não há por trás a força de uma idéia, uma concepção filosófica, uma concepção do homem, da sociedade civil, uma ideologia, como dizíamos nos idos de 1960.

Observei que, nesta jornada, não foi dito qual é a ideologia por trás desse

código. Isso possibilita algumas contradições. Li que o código parece mais tradicionalista, conservador, de direita, porque não incorpora certos avanços, sobretudo em questões científicas, técnicas. Outros pensam ser este um código progressista, mais de esquerda, renovador, que trata de humanizar o Direito, de se colocar ao lado dos mais desamparados para alcançar uma sociedade mais justa.

Costumo afirmar, quando algumas expressões minhas são consideradas de esquerda, que isso ocorre porque me observam do ponto de vista da direita. E também quando alguém me observa do ponto de vista da extrema-direita, pois situa todos na esquerda. E o mesmo acontece ao inverso: os que estão muito na esquerda olham para o outro lado e vêem todos na direita.

Então, conviria que víssemos a nós próprios, sobretudo alguém que não seja do Brasil, que possa fazê-lo de uma maneira objetiva. Qual é, na minha opinião, aquela concepção filosófica? Todos os códigos a têm; ainda hoje, há duzentos anos do Código de Napoleão, organizaram-se na Argentina estudos para analisar o pensamento religioso de Domat, a concepção moral de Potier, a filosofia que pulsa por trás de tal código.

O mesmo aconteceu com o código alemão de 1900, o BGB, e com o Código Civil Italiano. Não pode haver um código civil, a constituição das sociedades, sem haver uma idéia diretora. Mas, é claro, isso se relaciona com as ideologias, e estamos em 2002, tempo em que a maioria sustenta terem sido as ideologias superadas. As idéias parecem hoje proscritas, e as pessoas preferem ser levadas por critérios de ocasião, pragmatismos sem compromisso com idéias determinadas. Considero o único fundamentalismo forte, nesta época, o de mercado, a concepção de economia livre, com particularidades que assinalaremos mais adiante.

Assim, como estes tempos não se situam nos anos 60 nem 70, vamos analisar a concepção filosófica por trás do código. É interessante observar que a reforma argentina é de 1968. Cabe dizer, quase coincidente com o começo desta reforma, pois o seu processo de gestação data de 1969 e se prolonga por três décadas.

Na Argentina, a reforma se fez muito rapidamente porque havia uma comissão designada pela ditadura (General Longanía), a qual trabalhou, com o impulso do professor Borda, com grande rapidez e as mudanças foram aprovadas imediatamente. Logo depois, originou-se o debate de que falei. E, enquanto Borda sustentava que as reformas (que são, de certa maneira, as mesmas do novo Código Civil brasileiro; como veremos, abriam um caminho humanista de Direito) deixavam de lado o individualismo extremo da concepção tradicionalista que presidira a redação do Código Civil argentino, abandonavam a concepção liberal para, em vez, dar uma concepção de tutela, de fortalecimento dos desamparados e que isso era um humanismo que devia ser bem recebido pelo povo argentino, outros professores eminentes, como o professor Jambías, sustentaram ser uma intromissão indevida do Executivo nos negócios e representar o fim da liberdade, que nasce da autonomia da vontade; afirmavam, ainda, que a incorporação do dano moral significava materializar o Direito, colocando nele um preço da dor, *pretium doloris*, dizia Jambías, e que a dor, em lugar de ser paga com uma recompensa, um ressarcimento, quem a sofria deveria estar agradecido, porque a dor é a forma de o homem amadurecer, crescer, fortalecer-se.

Quando escuto algumas críticas que me parecem extremadas, penso nisto: todo o trabalho novo motiva adesões e críticas. Nunca um código civil novo conseguiu unanimidade entre os juristas. Existem muitas razões para que nós, juristas, oponhamos às reformas. Às vezes, por não quisermos que nos obriguem a aprender um outro código; já estávamos conformados com o que conhecíamos. Outras vezes, por não termos sido chamados para trabalhar na reforma. Outras, por nos parecer que estão indo demasiado longe. Ou, então, porque não se agrupou tudo o que poderia ser agrupado.

Importa lembrar que os códigos atuais não são como os de outrora, uma obra concebida para existir para sempre; como dizia Napoleão: “meu código é para a eternidade, para todo o mundo e para todos os tempos, até o fim dos tempos”. Os códigos de hoje, como as constituições, têm uma duração limitada e, se a Constituição do Brasil pode ser reformada a cada cinco anos, por que o novo código não poderá ser reformado a cada cinco anos? Atualizado com as emendas inteligentes propostas nesta reunião?

Na verdade, quando se faz uma crítica severa, está-se pensando em uma cristalização, em um código para sempre. Os códigos de hoje não são uma obra imutável, transcendente no tempo por décadas e décadas. Muito pelo contrário; no Peru, por exemplo, os próprios reformadores de 1984, no dia seguinte ao da reforma, puseram-se a trabalhar na reforma da reforma. E como podiam fazer para melhorar o código? Não fizeram como outros que creram já haver recebido suas honrarias, a imortalidade, por terem conseguido organizar um código, não. Conheciam a fragilidade da obra, suas falhas, suas limitações; e eles mesmos, Carlos Fernández Izarébola na liderança, puseram-se a trabalhar na reforma da reforma (no novo código do Peru, no qual já se está há muitos anos trabalhando).

Eu compreendo que, se o código demorou trinta anos, a reforma, que hoje em dia parece tão forte, esse ditado de cento e oitenta e tantas alterações terá de demorar outros trinta anos, acredita-se, e isso é uma eternidade. Não é assim, não deve ser assim, na medida em que essa reforma seja razoável; não o produto de uma oposição, mas sim da sensibilidade, do olfato, das contradições nos critérios.

No meu país, com o tempo – não haviam passado cinco ou seis anos –, as críticas duras de Jambías, jurista de primeiro nível, da cidade de Buenos Aires, foram-se apagando, e ninguém repete que o dano moral é o preço da dor, ou, então, que o abuso do Direito é o governo dos juízes. Porque o juiz do abuso, dizia Jambías, no dia seguinte será o juiz do uso e nos impedirá de fazer o que nos está permitindo. É um compromisso terrível admitir a teoria da proscricção do abuso.

Se, há pouco, chegou-se ao extremo de considerar que a responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, esta inspirada no que para aqueles anos a ditadura Argentina era o mais oprobioso, o pior que se podia dizer era o marxismo-leninismo.

Só o marxismo, declarava Jambías, manteve uma responsabilidade sem culpa, que prescinde de reprovação moral, que materializa a conduta humana, o Direito não é uma física das ações humanas, uma física é o materialismo.

Lembro-me de que, naqueles anos, comecei a responder ao mestre Jambias, não tanto pelo atrevimento que significava pela diferença de prestígio e de idade, dizendo-lhe que jamais um jurista marxista apoiou a responsabilidade objetiva. Para o marxismo, era claro que a responsabilidade objetiva era um remédio dentro da legislação capitalista. E dizia que era um paliativo para evitar a revolução proletária, o governo da classe trabalhadora. Nenhum jurista marxista apoiou a idéia de que houvesse responsabilidade sem culpabilidade. Para citar um exemplo, quando foi reformulado o código de Cuba, manteve-se a responsabilidade subjetiva e se avançou muito pouco na objetivação dos fatores de imputação.

Passaram-se décadas de ideologia forte, passaram-se os tempos em que se falava de humanizar o Direito, de proteger os desamparados, as décadas de 70, de 80 e chegou a década de 90. Nesta, em toda a América Latina e em boa parte do mundo, ocorreram fatos similares. Foi a década que pretendeu transformar a sociedade civil em um mercado. Foi a década que pretendeu colocar à parte o Direito do Estado.

Um célebre prêmio Nobel de Economia disse que o Direito do Estado é uma intromissão indevida na vida do mercado, um absurdo o Estado pretender intrometer-se no mercado, o qual, pouco a pouco, vai cobrindo a sociedade civil a ponto de se sobrepor a ela e fazê-la desaparecer. Na sociedade civil, não regem as leis de Estado, rege uma ordem espontânea, regem as leis invisíveis. Esses cordões movem a conduta dos personagens no mercado.

Os anos 90, no Brasil e na Argentina, mostraram o retrocesso do Estado, por meio do que se chamou privatização e desregulamentação: pôr em mãos de particulares todas as atividades que, antes, eram para ser cumpridas pelo Estado, quase todas, recordando em seu projeto o princípio de subsidiariedade. Por que o Estado se ocupará da Educação se é possível deixar a tarefa para os colégios privados? Por que a saúde será responsabilidade do Estado, se pode haver clínicas? Por que a segurança como responsabilidade do Estado, se podem existir seguranças privados? Quase uma visão anárquica do Estado, apregoando seu desaparecimento quase total.

Tais foram os anos 90 na Argentina, anos de um capitalismo muito duro, a que se denominou neocapitalismo. Discuto se os anos 90 conheceram na Argentina a única imagem que existe do capitalismo, o que se chama modelo único de capitalismo. Conhecemos uma imagem de capitalismo cruel, desenfreado, duro, aproveitador, que não é aquele que rege todos os países.

Quero dizer que, quando se critica esse capitalismo cruel, não se pretende a volta do marxismo, não se fala de um neomarxismo; pretende-se uma humanização também do capitalismo, distinguindo o capitalismo romano do capitalismo dos países nórdicos, do capitalismo japonês, de tantas outras imagens que ele vem mostrando no mundo.

Nós, na Argentina, e acredito que, de algum modo, no Brasil, herdamos o capitalismo de Margaret Thatcher, da Inglaterra, e de Ronald Reagan, dos Estados Unidos. Um capitalismo inimigo da ordem jurídica do Estado, o qual pretendeu substituir os juizes de Estado pelos mediadores ou pelos árbitros e pretendeu, conseqüentemente, que nós, advogados, fôssemos reduzindo nossas atividades.

Reagan dizia em suas campanhas: "o advogado é o que complica a sociedade norte-americana. Por que existe quebra de bancos e de companhias seguradoras? Por que os médicos vão para o campo? Porque os advogados tornam a vida deles impossível com sua atitude contestadora e com sua obsessão permanente pela justiça, equidade, que não condizem com a economia de mercado, com o 'deixar fazer, deixar passar', deixar que as coisas transcorram livremente".

É necessário um exame muito sério em nossos países, para chegar a uma conclusão acerca de alguns dos anos da década de 90 que foram períodos de um progresso científico incrível, que se traduziram em melhoria de vida para os habitantes: se o Brasil saiu dos anos 90 melhor do que nele entrou, se a Argentina conseguiu a felicidade ou não, se saímos melhores, iguais ou piores do que havíamos entrado nos anos 90.

Tal estudo foi feito com relação aos países do centro da África e de algumas regiões da Ásia. Também se está avançando no estudo da América Latina, e a conclusão é terrível. Apesar do progresso científico e tecnológico, apesar da riqueza de alguns países, a América Latina saiu dos anos 90 muito pior do que neles havia entrado. Com mais fome, mais miséria, mais ignorância, mais desocupação, mais favelas e bolsões de miséria.

Então, temos de repensar se a economia de mercado, se este mercado que é regido por regras invisíveis, por fios invisíveis ou regras espontâneas, se este "deixar fazer, deixar passar" ("laissez-faire, laissez-passer"), se a volta dos fisiocratas têm a ver com a felicidade dos homens, de carne e osso.

Qual é o objetivo do Direito? O que seria de nós se não fôssemos obcecados pela pessoa humana? Se não tivéssemos uma preocupação constante, todos os dias de nossa vida, pelo homem, por sua felicidade, pela sua dignidade, pela satisfação de suas necessidades, pela superação dos obstáculos de direito e de fato que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana? O que seria de nós, juristas? Haveríamos perdido nossa razão de ser, a razão de nossa existência! E isso para que serve? Isso é um resultado de que, nos anos 90, além do individualismo, do abandono do espírito de solidariedade, de comunidade, de sociedade, além de nos impor um "salve-se quem puder", um "se para mim está bem, pronto, já é suficiente; não me importam os demais; que cada um cuide de si, individualmente", além desse neo-individualismo, vivemos um neoliberalismo, um "deixar fazer, deixar passar" – o Estado não se deve intrometer em nada; de maneira alguma foi aceita a justiça social ou a ordem pública econômica, de proteção, de tutela, de planejamento, as idéias de ordem pública econômica, tão importantes, desenvolvidas na França e em outros países do primeiro mundo.

Na década de 90, condenou-se veementemente tudo o que significasse um limite à autonomia da vontade, tudo o que significasse lesão ou imprevisão, porque a lesão e a imprevisão procuram um preço justo, e a economia de mercado renega a existência do preço justo. Preço justo é o do mercado! É o preço que surge quando o consumidor, soberano do mercado como dizem os economistas dessa tendência, concorre em favor do mercado e aceita um produto ou um serviço. O preço pago, qualquer

que seja ele, é justo, pois é o preço livre, o que chegou com um provedor; enquanto nós dizemos que há preços justos e injustos, há preços lesivos, há abuso, aproveitamento, há usura. E o Estado não pode ser indiferente diante da usura.

Espero que os senhores se convençam de que a reforma do Código Civil do Brasil, longe de navegar pelas águas desses anos, opõe-se firmemente à sua tendência; é como uma forte reação à economia de mercado, ao retrocesso do Estado, à volta do "laissez-faire, laissez-passer".

Importa incorporar ao Código Civil estas instituições que alguns dizem serem velhas – a boa-fé, o abuso, a lesão e a imprevisão não são velhas, são permanentes, têm vigência na medida em que existe o Direito, são os remédios que nós, juristas, descobrimos ao longo de séculos de pesquisa!

Quando ouço dizer que falar de boa-fé, justiça contratual, lesão ou imprevisão significa demagogia, populismo, prática eleitoreira, parece-me irritante. É como afirmar que pretender haja menos pobres é demagogia, pretender que um pobre viva melhor e saia da favela é demagogia, pretender que comam os que tenham fome é demagogia, populismo! Como pode ser isso? Ser sensível, ser humanitário, estar aberto à dor alheia é populismo? Se é assim, todos nós devemos ser populistas, considerando que somos juristas!

Se o projeto incorpora esses institutos com clareza – observem quanto significa para um jurista clássico, tradicionalista, dizer que há pessoas necessitadas, que há pessoas sem formação, que requerem, por isso, uma atenção especial do Estado, uma tutela, uma proteção e, para elas, estabelecer-se um instituto, a lesão, é romper com uma idéia forte dentro da codificação. Como é que todos os homens são iguais, livres? É a bandeira da Revolução Francesa. Foi feito um código liberal porque se declarou a igualdade, a liberdade e a fraternidade como conquista da Revolução e, logo em seguida, percebeu-se que o mundo vivia diferenciando as pessoas, que a igualdade era utópica.

Não existem pessoas iguais, somos todos diferentes, e o Direito não pode tratar igualmente os desiguais. O Direito deve tratar de modo diferente os desiguais. E deve amparar os desamparados. Isso foi dito pelo eminente jurista brasileiro Albino Lima em sua famosa tese de doutorado, de 1938, sobre a culpa e o risco. Suas idéias estão na melhor literatura brasileira e argentina. Natalino Irti, que foi citado no discurso inaugural, respondeu a uma pergunta muito profunda formulada nos últimos anos da década de 90: "qual deve ser o Direito Civil de 2000? Que sentido tem o Direito Civil em 2000?" Natalino Irti respondeu: "o Direito Civil de 2000 e nos anos seguintes deve ser um Direito de proteção aos desamparados e, não se protegendo os desamparados, ele carece de razão de ser, carece de sentido". Isso me parece fantástico!

Como se pode dizer que é conservador, tradicionalista, reacionário, um código que incorpora a função social do contrato. Ninguém na Argentina, nenhum reformador, atreveu-se a dar semelhante passo! Incorporar a função social do contrato, digamos enfaticamente, é uma idéia ainda hoje revolucionária! Dirão que é declarativa, que, ao ser concretizada, pode haver fraquezas, dirão o que quiserem.

Mas falar do contrato, do negócio entre particulares, dos particulares, desse

negócio que, para muitos, é filho exclusivo da autonomia da livre vontade das partes, de poderosos enfrentando os desamparados, assim, tenham diferente poder de negociação, dizer, em contrapartida, que os contratos – que são instrumentos jurídicos para a satisfação das necessidades, que são o eixo da vida econômica – têm de mediar a função social, atendê-la, ouvi-la. É fantástico!

Quando li isso pela primeira vez, pensei que não passaria. Porque conheço a força dos interesses capitalistas no meu país e no Brasil. “Não passará!” Opõe-se a que isso não vá ser consagrado, porque significa dotar o Código Civil de uma forte filosofia comunitária, social. É como substituir, como queria Federico de Castro y Branule, na Espanha, o interesse individual pelo interesse social, o pessoal pelo comunitário: “o senhor pode fazer o que quiser, mas tem de acomodar-se à sociedade; o senhor não vive em uma ilha, não é Robinson Crusoe, o senhor é um homem da comunidade, pense na ressonância que sua atuação possa ter para os demais, trate de não fazer um contrato usurário, porque prejudica a todos. Existe uma função social”.

Fantástico que se tenha começado hoje, na Comissão, a exposição sobre o significado e o alcance dentro da tarefa interpretativa que se propôs nesta jornada – interpretação inteligente, criativa. É muito fácil tomar o Código e começar a descobrir vícios, defeitos, inexatidões, erros e a tachar isto ou aquilo, o que qualquer um pode fazer. O jurista inteligente é o que descobre como salvar as normas, como lhes dar sentido, como torná-las úteis e proveitosas e que aplica o que chamamos de princípio de conservação.

Por isso me pareceu adequado que esta jornada salientasse a exegese na interpretação, interpretação que eu reputo inteligente, enriquecedora, não crítica fácil. É fácil destruir, encontrar defeitos; o difícil é construir, encontrar o caminho do progresso, o progresso da consagração de uma norma.

Creio termos trabalhado nesta jornada, neste sentido. Como não ter uma filosofia, uma reforma que contenha tais idéias? Os senhores sabem com que força os empresários dos países do primeiro mundo trataram de se opor à consagração de uma responsabilidade de risco criado? Encontrei a origem disso, quando os industriais das manufaturas na Inglaterra viram como o pessoal campesino reclamava de suas máquinas de tecer e pretendiam indenizações. E como essas indenizações para pagar o pessoal ferido no trabalho colocavam em perigo a equação custo-benefício, tema central do mundo empresário!

Através dos precedentes da common law não se encontrou, na Inglaterra, a solução, então se cruzou o Canal da Mancha. Porque sabiam existir na França um jurista, professor Domat, que tinha uma idéia salvadora para aqueles anos, originada no incipiente “maquinismo”. Foram encontrar-se com Domat, o qual lhes disse: “minha prédica constante, minha prédica de toda vida é a favor de uma responsabilidade com base na culpa”. ‘Pas de responsabilité sans faute!’ Não pode haver responsabilidade se não há uma imputação moral, uma menção à consciência. Você não quis, foi sua negligência, o contrário é materialismo, não está bem”. E os industriais ingleses voltaram felizes para sua terra. Haviam encontrado no jurista Domat uma salvação para não pagar indenização aos seus trabalhadores feridos.

Conta um autor francês que escreveu um livro importante sobre as origens filosóficas do Código Civil francês, o mesmo que escreveu sobre o jurista diante da sociedade, que nós conhecemos este conselho de Domat, que não foi desconsiderada a visita dos industriais ingleses que foram visitar Domat em sua casa e sabiam que o conselho havia sido: “não lhes paguem, apresentem a necessidade de se provar a culpa”, e as pessoas se perguntavam: “mas esse Domat é o mesmo que vai à missa todos os domingos? Como pode ser que Domat, um católico, sensível ao sofrimento, aconselhe o não-pagamento ao trabalhador que sofreu um dano? Como pode ser?”

As coisas não são novas. A humanidade sempre teve a percepção de que, por trás das leis, dos códigos, há uma concepção do homem, da vida, do destino do homem, da felicidade terrena. Mas os interesses em questão são muito fortes. Nos anos 90, triunfaram os lobbies. Em meu país e em muitas nações da América Latina, todas as leis foram feitas obedecendo-se a lobbies empresariais. Porque o presidente da República governava com o grupo dos industriais, dos empresários mais poderosos, das multinacionais, do que eu chamo a sociedade rural argentina e outros. Dessa forma, temos de saber, este código, tal como está, não passaria sob a crítica inteligente dos advogados e empresários. Advogados e empresários de empresas insensíveis diante do sofrimento, da dor. Há outras.

Estou certo de que, no Brasil, há muitas empresas sensibilizadas. Da Argentina, eu costumo contar e ninguém acredita em mim, nós viemos duas ou três vezes por ano ao Brasil, para debater sobre temas do consumidor, em jornadas que são patrocinadas e pagas por empresas brasileiras. Lá, nunca se realizou uma jornada de proteção ao consumidor paga por um empresário. Para o empresário argentino, proteger o consumidor significa odiar o empresário. Gostar do consumidor é declarar guerra aos empresários. Não se entende que se possa ser partidário dos consumidores e das empresas e almejar um mercado saneado, liberado de vícios, de defeitos, de falhas, em um mundo harmônico em que o empresário produza e ofereça mercadorias, evitando os danos, a custo razoável. Acredito que isso, como tantas outras coisas que se fazem bem nesta República do Brasil, representa um ensinamento para o mundo todo.

Parece-me, então, que minha contribuição mais importante possa estar em assinalar que, mais além, no chamado fim das ideologias – de que não compartilho –, mais além da atitude de pragmatismo que muitos jovens praticam sobretudo hoje, temerosos do que signifique uma definição, uma posição, uma postura, mais além da idéia de que qualquer meio é idôneo, legítimo para se conseguir os fins perseguidos, é bom assinalar, repito, que a reforma brasileira é grandemente sensível, humanista e dá um importante passo à frente; não retrocede aos anos 60 e 70. É uma reforma que lida com o melhor do Direito.

O poeta espanhol Leon Felipe dizia: “não nos tirem os cálices por meio dos quais nós oficializamos nossas cerimônias”. Nossos cálices são esses institutos, aos quais o Código Civil novo do Brasil recorre. Isso é bom, é o melhor que se pode fazer no Direito, respondendo à idéia de Albino Lima e de Natalino Irti.

Vou acrescentar duas ou três idéias finais. Compreendo existem aqui alguns problemas que não ocorrem em outros países. O Brasil tem uma Constituição

moderna e progressista: a de 1988. Ela produziu o que hoje se chama a constitucionalização do Direito Civil. Incorporou à carta fundamental direitos da personalidade, direitos humanos, direitos do homem ou do cidadão, avançando no processo de dignificação da pessoa humana. E o Brasil tem, a partir de 1990, um Código do Consumidor, que é modelo em todo o mundo.

Quando alguém pensa em lei do consumidor, pensa em se aproximar do Código do Brasil. E, é claro, aparece um novo código e o julga, mede-o a partir do seu caráter progressista, pensando nessa Constituição e nesse Direito do consumidor, e parece que ali não há vantagem, que está um pouco atrás.

Como serão, no futuro, as relações entre o Código, a Constituição e os consumidores? Creio que haverá um diálogo muito enriquecedor. Alguém me falou de uma rua de duas mãos que comunica o Código Civil com o Direito do consumidor. Idéias que o Código Civil toma do Direito do consumidor e depois lhe devolve, enriquecidas. Idéias que o consumidor toma do Código Civil e devolve, enriquecidas, em uma permanente dialética de enriquecimento recíproco. E o mesmo com a Constituição, a partir de sua reforma. Será necessário atender o quesito de que tudo funcione harmonicamente, que não seja uma conquista do consumidor em detrimento do Código Civil.

Muitos juristas de primeira linha do Brasil estavam presos ao estudo do processo ou de outros ramos do Direito, do consumidor, do meio ambiente ou do Direito Público. Haviam descuidado um pouco do Código Civil, que é o pano de fundo, o Direito mãe. Por isso me parece importantíssimo o que vai ocorrer a partir de agora, e esta jornada é o início, este intercâmbio, estas reuniões permanentes, este querer avançar, melhorar, a partir de um código transformado, renovado. Trago como exemplo o que aconteceu com a Comissão número 6. Ali se comentou o texto que fala da responsabilidade do fabricante, do importador, do distribuidor pelos produtos postos em circulação. E alguém disse: “mas esta não é a terminologia do Código do Consumidor!” O Código do Consumidor expôs uma teoria relevante sobre o produto defeituoso. E aqui não se fala do produto defeituoso. Ocorreu-me que algo similar se deu na Argentina, quando se incorporou em 1968 a teoria do risco fechado – no Código Civil argentino, o artigo 1113 fala do risco criado pelas coisas, coisas arriscadas ou pelo vício das coisas. Produtos arriscados ou produtos viciados. E a maioria dos doutrinadores asseverou: “são os mesmos”; outros disseram: “não, o vício é uma coisa e o risco é outra”.

A meu ver, quando se diz coisa viciada ou defeituosa, está-se tratando da negligência ou descuido que possibilitou que, ao produzir-se um bem, houvesse um defeito, algo que não estivesse de acordo com o que foi planejado. Onde existe um vício no produto, supõe-se uma certa culpa. E se trata de uma culpa implícita, presumida, sem prova em contrário; se esse produto causa um dano, diz-se que foi causado pelo defeito. Mas, ao se falar do defeito, está-se adentrando a idéia da culpabilidade.

Em contrapartida, o novo Código Civil deixa de lado o tema do defeito. E afirma: todos aqueles personagens do processo econômico que intervieram na publicação, na circulação de um produto, todos os personagens do processo, desde o

fabricante até o importador, o titular da marca, o vendedor de atacado, o de varejo, o distribuidor, todos os que tornam possível um produto estar em uma loja, em uma prateleira, a serviço dos consumidores, todos devem responder pelo surgimento de um dano no produto, defeituoso ou não.

Como o dano é injusto, esses senhores devem ser responsáveis, porque, com a incorporação do produto ao mercado, tornaram possível o risco que depois se efetiva e se concretiza em um dano. Deixa-se de lado a idéia do defeito, para proteger, com maior amplitude, os consumidores.

Como se fosse pouco, quando se fala do produto incorporado ao mercado, compreende-se a responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento. Afinal, por unanimidade, a Comissão votou para que o Código Civil (diferentemente do Estatuto do Código do Consumidor) faça responsável aquele que incorpora produtos ao mercado, ainda que, no momento da incorporação, não soubesse que o produto tem um vício ou defeito. Se, depois, causa o produto um dano, ele é responsável.

A respeito dos produtos em fase de elaboração, de aperfeiçoamento, de prova, sabemos muito bem que, nos países latino-americanos, muitas empresas transnacionais põem em prática o uso de coelhos ou porcos-da-Índia para testar quais produtos não se pode vender ou comercializar nos países centrais.

Esta Comissão, em dez minutos, por unanimidade, resolveu um tema que talvez seja o mais debatido na Comunidade Européia. Esta votou para não se fazerem responsáveis as empresas pelos riscos do desenvolvimento. Primeiro, atuou para fazê-las responsáveis. Diante das críticas e dos lobbies empresariais, deu marcha à ré e recomendou o contrário.

De nossa parte, dizemos que o novo Código Civil tomou uma postura firme neste tema com a expressão clara "que se utiliza de produtos incorporados" e não dizem "incorporados com defeitos no momento de sua incorporação"; e termina com o debate de uma maneira definitiva e favorável aos consumidores, melhorando o Código do Consumidor.

Isto é um exemplo do que vai acontecer! Haverá normas no Código Civil, mais intuitivas que as específicas. E quando me disseram "mas sejamos cuidadosos!", está correto, está na ordem da responsabilidade. Mas em matéria de contrato não acontece o mesmo. Porque, em matéria de contratos, o Código do Consumidor é mais detalhista, é mais intuitivo, é mais prolixo, defende melhor.

Em contrapartida, o Código Civil navega pelas águas tradicionais; não se fixa nas questões que os consumidores já têm como resolvidas. Afirmo que aqui não há perigo, porque se trata da norma genérica do Código Civil diante da norma específica do Código do Consumidor. E, para nós, é claro que uma norma genérica posterior não modifica uma específica anterior.

O outro, sim, era específico. Era o fabricante ou o produtor nos dois casos; isto enfrenta a norma genérica, contratos em geral. À norma específica, contratos de consumo. O ideal seria que o contrato de consumo se estendesse a todos os contratos. Mas, até agora, estamos tranquilos porque não vemos a derrogação com a qual alguns nos ameaçam.

Ao encerrar, peço desculpas por haver sido tão enfático em algumas questões, por haver tratado de questões de política, de economia e de problemas sociais que, quiçá, Deus não queira sejam tão duros e tão cruéis no Brasil como têm sido na Argentina.

Mas acredito que parte do novo código tem a ver com as justificativas dos juristas. Quando um novo código aparece, é como se fôssemos ao confessionário: vamos justificar-nos em busca de perdão.

Aqui está o novo código. Aderimos a ele ou o repudiamos? Devemos dizer que é um dia de luto ou um dia de festa? Vamos ver quais são as razões. Não, não venhamos com enganos, nem falácias; afirmar ter lido coisas que não são verdadeiras é modo de querer argumentar contra o código. O importante é o que é central. Há um passo à frente ou não há? Para a felicidade do Brasil.

5.1 PARTE GERAL

1 – Art. 2º: a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura.

2 – Art. 2º: sem prejuízo dos direitos da personalidade nele assegurados, o art. 2º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprodutiva humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio.

3 – Art. 5º: a redução do limite etário para a definição da capacidade civil aos 18 anos não altera o disposto no art. 16, I, da Lei n. 8.213/91, que regula específica situação de dependência econômica para fins previdenciários e outras situações similares de proteção, previstas em legislação especial.

4 – Art.11: o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.

5 – Arts. 12 e 20: 1) as disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se, inclusive, às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas; 2) as disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de reger a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12.

6 – Art. 13: a expressão “exigência médica” contida no art. 13 refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente.

7 – Art. 50: só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido.

8 – Art. 62, parágrafo único: a constituição de fundação para fins científicos, educacionais ou de promoção do meio ambiente está compreendida no CC, art. 62, parágrafo único.

9 – Art. 62, parágrafo único: o art. 62, parágrafo único, deve ser interpretado de modo a excluir apenas as fundações com fins lucrativos.

10 – Art. 66, § 1º: em face do princípio da especialidade, o art. 66, § 1º, deve ser interpretado em sintonia com os arts. 70 e 178 da LC n. 75/93.

11– Art. 79: não persiste no novo sistema legislativo a categoria dos bens imóveis por

acessão intelectual, não obstante a expressão “tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”, constante da parte final do art. 79 do CC.

12 – Art. 138: na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança.

13 – Art. 170: o aspecto objetivo da convenção requer a existência do suporte fático no negócio a converter-se.

14 – Art. 189: 1) o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer.

5.1.1 COMISSÃO – PARTE GERAL

Em 12/9/2002:

Presidente: Humberto Theodoro Jr.

Relator: Nelson Nery Jr.

Em 13/9/2002:

Presidente: João Baptista Villela

Relator: Renan Lotufo

Membros:

Carlos Alberto Ghersi
Carlos Augusto Pires Brandão
Celso Jerônimo de Souza
Érika Schmitz
Humberto Theodoro Jr.
Ivori da Silva Scheffer
João Baptista Villela
João Batista Lazzari
Jorge Américo Pereira de Lira
Kennedy Josué Greca de Mattos
Luiz César Medeiros
Luiz Paulo Vieira de Carvalho
Mairan Maia
Maria Paula Gouvêa Galhardo
Márcia Maria Nunes de Barros
Maria Alice Paim Lyard
Nelson Nery Júnior
Nilza Maria Costa dos Reis
Otávio de Souza Gomes
Paulo Eduardo Razuk
Paulo Roberto Moglia Thompson Flores
Raymundo Amorim Cantuária
Regina Helena Afonso de Oliveira Portes
Regis Fichtner Pereira
Renan Lotufo
Roberto Schaan Ferreira
Rogério de Meneses Fialho Moreira

5.2 DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

15 – Art. 240: as disposições do art. 236 do novo Código Civil também são aplicáveis à hipótese do art. 240, *in fine*.

16 – Art. 299: o art. 299 do Código Civil não exclui a possibilidade da assunção cumulativa da dívida quando dois ou mais devedores se tornam responsáveis pelo débito com a concordância do credor.

17 – Art. 317: a interpretação da expressão “motivos imprevisíveis” constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar tanto causas de desproporção não-previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis.

18 – Art. 319: a “quitação regular” referida no art. 319 do novo Código Civil engloba a quitação dada por meios eletrônicos ou por quaisquer formas de “comunicação a distância”, assim entendida aquela que permite ajustar negócios jurídicos e praticar atos jurídicos sem a presença corpórea simultânea das partes ou de seus representantes.

19 – Art. 374: a matéria da compensação no que concerne às dívidas fiscais e parafiscais de Estados, do Distrito Federal e de Municípios não é regida pelo art. 374 do Código Civil.

20 – Art. 406: a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, um por cento ao mês.

A utilização da taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a doze por cento ao ano.

21 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

22 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

23 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse

princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

24 – Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

25 – Art. 422: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

26 – Art. 422: a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

27 – Art. 422: na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.

28 – Art. 445 (§§ 1º e 2º): o disposto no art. 445, §§ 1º e 2º, do Código Civil reflete a consagração da doutrina e da jurisprudência quanto à natureza decadencial das ações edilícias.

29 – Art. 456: a interpretação do art. 456 do novo Código Civil permite ao evicto a denúncia direta de qualquer dos responsáveis pelo vício.

30 – Art. 463: a disposição do parágrafo único do art. 463 do novo Código Civil deve ser interpretada como fator de eficácia perante terceiros.

31 – Art. 475: as perdas e danos mencionados no art. 475 do novo Código Civil dependem da imputabilidade da causa da possível resolução.

32 – Art. 534: no contrato estimatório (art. 534), o consignante transfere ao consignatário, temporariamente, o poder de alienação da coisa consignada com opção de pagamento do preço de estima ou sua restituição ao final do prazo ajustado.

33 – Art. 557: o novo Código Civil estabeleceu um novo sistema para a revogação da doação por ingratidão, pois o rol legal previsto no art. 557 deixou de ser taxativo, admitindo, excepcionalmente, outras hipóteses.

34 – Art. 591: no novo Código Civil, quaisquer contratos de mútuo destinados a fins econômicos presumem-se onerosos (art. 591), ficando a taxa de juros compensatórios limitada ao disposto no art. 406, com capitalização anual.

35 – Art. 884: a expressão “se enriquecer à custa de outrem” do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento.

36 – Art. 886: o art. 886 do novo Código Civil não exclui o direito à restituição do que foi objeto de enriquecimento sem causa nos casos em que os meios alternativos conferidos ao lesado encontram obstáculos de fato.

5.2.1 COMISSÃO – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Em 12/9/2002:

Presidente: Paulo Távora (manhã) / Antônio Junqueira Azevedo (tarde)

Relatores: Claudia Lima Marques / Antônio Junqueira Azevedo (Relator no auditório do STJ)

Em 13/9/2002:

Presidente: Paulo Távora

Relatores: Claudia Lima Marques / Wanderlei de Paula Barreto

Membros:

Ana Rita Vieira de Albuquerque
Antonio Junqueira de Azevedo
Artur César de Souza
Benedito Gonçalves
Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Claudia Lima Marques
Claudio Fortunato Michelin Júnior
Fabrício Fontoura Bezerra
Francisco José Moesch
Jorge Cesa Ferreira da Silva
José Francisco da Silva Neto
José Trindade dos Santos
Leda de Oliveira Pinho
Luís Renato Ferreira da Silva
Marcelo De Nardi
Marcos Mairton da Silva
Nelson Nery da Costa
Paulo Cezar Alves Sodré
Paulo Eduardo Razuk
Paulo Távora
Véra Maria Jacob de Fradera
Wanderlei de Paula Barreto

5.2.1 COMISSÃO - DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Em 12/9/2002:

Presidente: Paulo Távora (manhã) / Antônio Junqueira Azevedo (tarde)

Relatores: Claudia Lima Marques / Antônio Junqueira Azevedo (Relator no auditório do STJ)

Em 13/9/2002:

Presidente: Paulo Távora

Relatores: Claudia Lima Marques / Wanderlei de Paula Barreto

Membros:

Ana Rita Vieira de Albuquerque
Antonio Junqueira de Azevedo
Artur César de Souza
Benedito Gonçalves
Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Claudia Lima Marques
Claudio Fortunato Michelin Júnior
Fabrício Fontoura Bezerra
Francisco José Moesch
Jorge Cesa Ferreira da Silva
José Francisco da Silva Neto
José Trindade dos Santos
Leda de Oliveira Pinho
Luís Renato Ferreira da Silva
Marcelo De Nardi
Marcos Mairton da Silva
Nelson Nery da Costa
Paulo Cezar Alves Sodré
Paulo Eduardo Razuk
Paulo Távora
Véra Maria Jacob de Fradera
Wanderlei de Paula Barreto

5.3 RESPONSABILIDADE CIVIL

37 – Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

38 – Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

39 – Art. 928: a impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade.

40 – Art. 928: o incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas sócio-educativas ali previstas.

41 – Art. 928: a única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inc. I, do novo Código Civil.

42 – Art. 931: o art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos.

43 – Art. 931: a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento.

44 – Art. 934: na hipótese do art. 934, o empregador e o comitente somente poderão agir regressivamente contra o empregado ou preposto se estes tiverem causado dano com dolo ou culpa.

45 – Art. 935: no caso do art. 935, não mais se poderá questionar a existência do fato ou quem seja o seu autor se essas questões se acharem categoricamente decididas no juízo criminal.

46 – Art. 944: a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.

47 – Art. 945: o art. 945 do Código Civil, que não encontra correspondente no Código Civil de 1916, não exclui a aplicação da teoria da causalidade adequada.

48 – Art. 950, parágrafo único: o parágrafo único do art. 950 do novo Código Civil institui direito potestativo do lesado para exigir pagamento da indenização de uma só vez, mediante arbitramento do valor pelo juiz, atendidos os arts. 944 e 945 e a possibilidade econômica do ofensor.

49 – Art. 1.228, § 2º: a regra do art. 1.228, § 2º, do novo Código Civil interpreta-se restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187.

50 – Art. 2.028: a partir da vigência do novo Código Civil, o prazo prescricional das ações de reparação de danos que não houver atingido a metade do tempo previsto no Código Civil de 1916 fluirá por inteiro, nos termos da nova lei (art. 206).

MOÇÃO:

No que tange à responsabilidade civil, o novo Código representa, em geral, notável avanço, com progressos indiscutíveis, entendendo a Comissão que não há necessidade de prorrogação da *vacatio legis*.

5.3.1 COMISSÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL

Em 12/9/2002:

Presidente: Roberto Rosas/Irineu Antonio Pedrotti

Relator: Adalberto Pasqualotto

Em 13/9/2002:

Presidente: Iran Velasco Nascimento

Relator: Adalberto Pasqualotto

Membros:

Adalberto Pasqualotto
Antônio Ernesto Amoras Collares
Antonio José Silveira Paulilo
Antonio Marson
Claudio Antonio Soares Levada
Eugênio Facchini Neto
Fernando Boani Paulucci Júnior
Iran Velasco Nascimento
Irineu Antonio Pedrotti
João Maria Lós
Jorge Mosset Iturraspe
Juliana dos Santos Pinheiro
Lindoal Marques de Brito
Lyssandro Norton Siqueira
Maria Lúcia Lencastre Ursaia
Mário Sérgio de Albuquerque Schirmer
Paulo de Tarso Vieira Sanseverino
Ricardo César Mandarinó
Roberto Rosas
Zilan da Costa e Silva

5.4 DIREITO DA EMPRESA

51 – Art. 50: a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema.

52 – Art. 903: por força da regra do art. 903 do Código Civil, as disposições relativas aos títulos de crédito não se aplicam aos já existentes.

53 – Art. 966: deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa.

54 – Art. 966: é caracterizador do elemento empresa a declaração da atividade-fim, assim como a prática de atos empresariais.

55 – Arts. 968, 969 e 1.150: o domicílio da pessoa jurídica empresarial regular é o estatutário ou o contratual em que indicada a sede da empresa, na forma dos arts. 968, IV, e 969, combinado com o art. 1.150, todos do Código Civil.

56 – Art. 970: o Código Civil não definiu o conceito de pequeno empresário; a lei que o definir deverá exigir a adoção do livro-diário.

57 – Art. 983: a opção pelo tipo empresarial não afasta a natureza simples da sociedade.

58 – Art. 986 e seguintes: a sociedade em comum compreende as figuras doutrinárias da sociedade de fato e da irregular.

59 – Arts. 990, 1.009, 1.016, 1.017 e 1.091: os sócios-gestores e os administradores das empresas são responsáveis subsidiária e ilimitadamente pelos atos ilícitos praticados, de má gestão ou contrários ao previsto no contrato social ou estatuto, consoante estabelecem os arts. 990, 1.009, 1.016, 1.017 e 1.091, todos do Código Civil.

60 – Art. 1.011, § 1º: as expressões “de peita” ou “suborno” do § 1º do art. 1.011 do novo Código Civil devem ser entendidas como corrupção, ativa ou passiva.

61– Art. 1.023: o termo “subsidiariamente” constante do inc. VIII do art. 997 do Código Civil deverá ser substituído por “solidariamente” a fim de compatibilizar esse dispositivo com o art. 1.023 do mesmo Código.

62 – Art. 1.031: com a exclusão do sócio remisso, a forma de reembolso das suas quotas, em regra, deve-se dar com base em balanço especial, realizado na data da exclusão.

63 – Art. 1.043: suprimir o art. 1.043 ou interpretá-lo no sentido de que só será aplicado às sociedades ajustadas por prazo determinado.

64 – Art. 1.148: a alienação do estabelecimento empresarial importa, como regra, na manutenção do contrato de locação em que o alienante figura como locatário.

65 – Art. 1.052: a expressão “sociedade limitada” tratada no art. 1.052 e seguintes do novo Código Civil deve ser interpretada *stricto sensu*, como “sociedade por quotas de responsabilidade limitada”.

66 – Art. 1.062: a teor do § 2º do art. 1.062 do Código Civil, o administrador só pode ser pessoa natural.

67 – Arts. 1.085, 1.030 e 1.033, III: A quebra do *affectio societatis* não é causa para a exclusão do sócio minoritário, mas apenas para dissolução (parcial) da sociedade.

68 – Arts. 1.088 e 1.089: suprimir os arts. 1.088 e 1.089 do novo Código Civil em razão de estar a matéria regulamentada em lei especial.

69 – Art. 1.093: as sociedades cooperativas são sociedades simples sujeitas à inscrição nas juntas comerciais.

70 – Art. 1.116: as disposições sobre incorporação, fusão e cisão previstas no Código Civil não se aplicam às sociedades anônimas. As disposições da Lei n. 6.404/76 sobre essa matéria aplicam-se, por analogia, às demais sociedades naquilo em que o Código Civil for omissivo.

71 – Arts. 1.158 e 1.160: suprimir o artigo 1.160 do Código Civil por estar a matéria regulada mais adequadamente no art. 3º da Lei n. 6.404/76 (disciplinadora das S.A.) e dar nova redação ao § 2º do art. 1.158, de modo a retirar a exigência da designação do objeto da sociedade.

72 – Art. 1.164: suprimir o art. 1.164 do novo Código Civil.

73 – Art. 2.031: não havendo a revogação do art 1.160 do Código Civil nem a modificação do § 2º do art. 1.158 do mesmo diploma, é de interpretar-se este dispositivo no sentido de não aplicá-lo à denominação das sociedades anônimas e sociedades Ltda., já existentes, em razão de se tratar de direito inerente à sua personalidade.

74 – Art. 2.045: apesar da falta de menção expressa, como exigido pelas LCs 95/98 e 107/2001, estão revogadas as disposições de leis especiais que contiverem matéria regulada inteiramente no novo Código Civil, como, v.g., as disposições da Lei n. 6.404/76, referente à sociedade comandita por ações, e do Decreto n. 3.708/1919, sobre sociedade de responsabilidade limitada.

75 – Art. 2.045: a disciplina de matéria mercantil no novo Código Civil não afeta a autonomia do Direito Comercial.

5.4.1 COMISSÃO - DIREITO DA EMPRESA

Em 12/9/2002:

Presidente: Alfredo de Assis Gonçalves Neto

Relator: Newton De Lucca

Em 13/9/2002:

Presidente: Alfredo de Assis Gonçalves Neto

Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto

Membros:

Alfredo de Assis Gonçalves Neto

Ana Beatriz do Amaral Cid Ornelas

André José Kozlowski

André Ricardo Cruz Fontes

André Vicente Pires Rosa

Carison Venicius Manfio

César Pontes Clark

Douglas Alencar Rodrigues

Francisco Willo Borges Cabral

Jorge Luiz Lopes do Canto

Luiz Henrique Marques da Rocha

Marcelo Andrade Féres

Márcio Souza Guimarães

Newton De Lucca

Paulo Henrique Blair de Oliveira

Paulo Roberto Stöberl

Rodolfo Pinheiro de Moraes

Rubens Curado Silveira

5.4.1 COMISSÃO - DIREITO DA EMPRESA

Em 12/9/2002:

Presidente: Alfredo de Assis Gonçalves Neto

Relator: Newton De Lucca

Em 13/9/2002:

Presidente: Alfredo de Assis Gonçalves Neto

Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto

Membros:

Alfredo de Assis Gonçalves Neto
Ana Beatriz do Amaral Cid Ornelas
André José Kozłowski
André Ricardo Cruz Fontes
André Vicente Pires Rosa
Carison Venicius Manfio
César Pontes Clark
Douglas Alencar Rodrigues
Francisco Willo Borges Cabral
Jorge Luiz Lopes do Canto
Luiz Henrique Marques da Rocha
Marcelo Andrade Féres
Márcio Souza Guimarães
Newton De Lucca
Paulo Henrique Blair de Oliveira
Paulo Roberto Stöberl
Rodolfo Pinheiro de Moraes
Rubens Curado Silveira

5.5 DIREITO DAS COISAS

76 – Art. 1.197: O possuidor direto tem direito de defender a sua posse contra o indireto, e este, contra aquele (art. 1.197, *in fine*, do novo Código Civil).

77 – Art. 1.205: A posse das coisas móveis e imóveis também pode ser transmitida pelo *constituto* possessório.

78 – Art. 1.210: Tendo em vista a não-recepção pelo novo Código Civil da *exceptio proprietatis* (art. 1.210, § 2º) em caso de ausência de prova suficiente para embasar decisão liminar ou sentença final ancorada exclusivamente no *ius possessionis*, deverá o pedido ser indeferido e julgado improcedente, não obstante eventual alegação e demonstração de direito real sobre o bem litigioso.

79 – Art. 1.210: A *exceptio proprietatis*, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, que estabeleceu a absoluta separação entre os juízos possessório e petitorio.

80 – Art. 1.212: É inadmissível o direcionamento de demanda possessória ou ressarcitória contra terceiro possuidor de boa-fé, por ser parte passiva ilegítima diante do disposto no art. 1.212 do novo Código Civil. Contra o terceiro de boa-fé, cabe tão-somente a propositura de demanda de natureza real.

81 – Art. 1.219: O direito de retenção previsto no art. 1.219 do CC, decorrente da realização de benfeitorias necessárias e úteis, também se aplica às acessões (construções e plantações) nas mesmas circunstâncias.

82 – Art. 1.228: É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil.

83 – Art. 1.228: Nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil.

84 – Art. 1.228: A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização.

85 – Art. 1.240: Para efeitos do art. 1.240, *caput*, do novo Código Civil, entende-se por “área urbana” o imóvel edificado ou não, inclusive unidades autônomas vinculadas a condomínios edilícios.

86 – Art. 1.242: A expressão “justo título” contida nos arts. 1.242 e 1.260 do CC abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente de registro.

87 – Art. 1.245: Considera-se também título translativo, para fins do art. 1.245 do novo Código Civil, a promessa de compra e venda devidamente quitada (arts. 1.417 e 1.418 do CC e § 6º do art. 26 da Lei n. 6.766/79).

88 – Art. 1.285: O direito de passagem forçada, previsto no art. 1.285 do CC, também é garantido nos casos em que o acesso à via pública for insuficiente ou inadequado, consideradas, inclusive, as necessidades de exploração econômica.

89 – Art. 1.331: O disposto nos arts. 1.331 a 1.358 do novo Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo.

90 – Art. 1.331: Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse.

91 – Art. 1.331 – A convenção de condomínio ou a assembléia geral podem vedar a locação de área de garagem ou abrigo para veículos a estranhos ao condomínio.

92 – Art. 1.337: As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo.

93 – Art. 1.369: As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano.

94 – Art. 1.371: As partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície.

95 – Art. 1.418: O direito à adjudicação compulsória (art. 1.418 do novo Código Civil), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório de registro imobiliário (Súmula n. 239 do STJ).

5.5.1 ENUNCIADOS PROPOSITIVOS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

96 – Alteração do § 1º do art. 1.336 do CC, relativo a multas por inadimplemento no pagamento da contribuição condominial, para o qual se sugere a seguinte redação:

Art. 1.336 –

§ 1º – O condômino que não pagar sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, de um por cento ao mês e multa de até 10% sobre o eventual risco de emendas sucessivas que venham a desnaturá-lo ou mesmo a inibir a sua entrada em vigor.

Não obstante, entendeu a Comissão da importância de aprimoramento do texto legislativo, que poderá, perfeitamente, ser efetuado durante a vigência do próprio Código, o que ocorreu, por exemplo, com o diploma de 1916, com a grande reforma verificada em 1919.

5.5.2 COMISSÃO - DIREITO DAS COISAS

Presidente: Munir Karam

Relator: Joel Dias Figueira Jr.

Membros:

Adroaldo Furtado Fabrício
Alvaro Manoel Rosindo Bourguignon
Denise Henriques Sant'Anna
Edilson Pereira Nobre Júnior
Eduardo Kraemer
Erik Gramstrup
Heriberto Roos Maciel
Joel Dias Figueira Júnior
José Osório de Azevedo Júnior
Luiz Fernando Tomasi Keppen
Marcelo Ferro
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Munir Karam
Paulo Cerqueira Campos
Ricardo César Pereira Lira
Sérgio José Porto
Sílvio de Salvo Venosa
Sônia Regina Maul Moreira Alves Mury

5.6 DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

97 – Art. 25: no que tange à tutela especial da família, as regras do Código Civil que se referem apenas ao cônjuge devem ser estendidas à situação jurídica que envolve o companheiro, como, por exemplo, na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente (art. 25 do Código Civil).

98 – Art. 1.521, IV, do novo Código Civil: o inc. IV do art. 1.521 do novo Código Civil deve ser interpretado à luz do Decreto-Lei n. 3.200/41 no que se refere à possibilidade de casamento entre colaterais de 3º grau.

99 – Art. 1.565, § 2º: o art. 1.565, § 2º, do Código Civil não é norma destinada apenas às pessoas casadas, mas também aos casais que vivem em companheirismo, nos termos do art. 226, *caput*, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal de 1988, e não revogou o disposto na Lei n. 9.263/96.

100 – Art. 1.572: na separação, recomenda-se apreciação objetiva de fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

101 – Art. 1.583: sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos”, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.

102 – Art. 1.584: a expressão “melhores condições” no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança.

103 – Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho.

104 – Art. 1.597: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

105 – Art. 1.597: as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e

“inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”.

106 – Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

107 – Art. 1.597, IV: finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

108 – Art. 1.603: no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consangüínea e também a sócio-afetiva.

109 – Art. 1.605: a restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigando.

110 – Art. 1.621, § 2º: é inaplicável o § 2º do art. 1.621 do novo Código Civil às adoções realizadas com base no Estatuto da Criança e do Adolescente.

111 – Art. 1.626: a adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

112 – Art. 1.630: em acordos celebrados antes do advento do novo Código, ainda que expressamente convenionado que os alimentos cessarão com a maioria, o juiz deve ouvir os interessados, apreciar as circunstâncias do caso concreto e obedecer ao princípio *rebus sic stantibus*.

113 – Art. 1.639: é admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade.

114 – Art. 1.647: o aval não pode ser anulado por falta de vênua conjugal, de modo que

o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu.

115 – Art. 1.725: há presunção de comunhão de aqüestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens.

116 – Art. 1.815: o Ministério Público, por força do art. 1.815 do novo Código Civil, desde que presente o interesse público, tem legitimidade para promover ação visando à declaração da indignidade de herdeiro ou legatário.

117 – Art. 1831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88.

118 – Art. 1.967, *caput* e § 1º: o testamento anterior à vigência do novo Código Civil se submeterá à redução prevista no § 1º do art. 1.967 naquilo que atingir a porção reservada ao cônjuge sobrevivente, elevado que foi à condição de herdeiro necessário.

119 – Art. 2.004: para evitar o enriquecimento sem causa, a colação será efetuada com base no valor da época da doação, nos termos do *caput* do art. 2.004, exclusivamente na hipótese em que o bem doado não mais pertença ao patrimônio do donatário. Se, ao contrário, o bem ainda integrar seu patrimônio, a colação se fará com base no valor do bem na época da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.014 do CPC, de modo a preservar a quantia que efetivamente integrará a legítima quando esta se constituiu, ou seja, na data do óbito (resultado da interpretação sistemática do art. 2.004 e seus parágrafos, juntamente com os arts. 1.832 e 884 do Código Civil).

5.6.1 PROPOSTAS DE MODIFICAÇÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL

120 – Proposição sobre o art. 1.526:

Proposta: deverá ser suprimida a expressão “será homologada pelo juiz” no art. 1.526, o qual passará a dispor: “Art. 1.526. A habilitação de casamento será feita perante o oficial do Registro Civil e ouvido o Ministério Público.”

Justificativa: Desde há muito que as habilitações de casamento são fiscalizadas e homologadas pelos órgãos de execução do Ministério Público, sem que se tenha quaisquer notícias de problemas como, por exemplo, fraudes em relação à matéria.

A judicialização da habilitação de casamento não trará ao cidadão nenhuma vantagem ou garantia adicional, não havendo razão para mudar o procedimento que extrajudicialmente funciona de forma segura e ágil.

121 – Proposição sobre o art. 1.571, § 2º:

Proposta: dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, no que diz respeito ao sobrenome dos cônjuges, aplica-se o disposto no art. 1.578.

122 – Proposição sobre o art. 1.572, *caput*:

Proposta: dar ao art. 1.572, *caput*, a seguinte redação: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial com fundamento na impossibilidade da vida em comum.”

123 – Proposição sobre o art. 1.573:

Proposta: revogar o art. 1.573.

124 – Proposição sobre o art. 1.578:

Proposta: Alterar o dispositivo para: “Dissolvida a sociedade conjugal, o cônjuge perde o direito à utilização do sobrenome do outro, salvo se a alteração acarretar:

I – evidente prejuízo para a sua identificação;

II – manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;

III – dano grave reconhecido na decisão judicial.”

E, por via de consequência, estariam revogados os §§ 1º e 2º do mesmo artigo.

125 – Proposição sobre o art. 1.641, inc. II:

Redação atual: “da pessoa maior de sessenta anos”.

Proposta: **revogar o dispositivo**.

Justificativa: “A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses”.

126 – Proposição sobre o art. 1.597, incs. III, IV e V:

Proposta: alterar as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 para “técnica de reprodução assistida”.

Justificativa: As técnicas de reprodução assistida são basicamente de duas ordens: aquelas pelas quais a fecundação ocorre *in vivo*, ou seja, no próprio organismo feminino e aquelas pelas quais a fecundação ocorre *in vitro*, ou seja, fora do organismo feminino, mais precisamente em laboratório, após o recolhimento dos gametas masculino e feminino.

As expressões “fecundação artificial” e “concepção artificial” utilizadas nos incs. III e IV são impróprias, até porque a fecundação ou a concepção obtida por meio das técnicas de reprodução assistida é natural, com o auxílio técnico, é verdade, mas jamais artificial. Além disso, houve ainda imprecisão terminológica no inc. V quando trata da inseminação artificial heteróloga, uma vez que a inseminação artificial é apenas uma das técnicas de reprodução *in vivo*; para os fins do inciso em comento, melhor seria a utilização da expressão “técnica de reprodução assistida”, incluídas aí todas as variantes das técnicas de reprodução *in vivo* e *in vitro*.

127 – Proposição sobre o art. 1.597, inc. III:

Proposta: alterar o inc. III para constar “havidos por fecundação artificial homóloga”.

Justificativa: Para observar os princípios da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana, porque não é aceitável o nascimento de uma criança já sem pai.

128 – Proposição sobre o art. 1.597, inc. IV:

Proposta: **Revogar o dispositivo.**

Justificativa: O fim de uma sociedade conjugal, em especial quando ocorre pela anulação ou nulidade do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio, é, em regra, processo de tal ordem traumático para os envolvidos que a autorização de utilização de embriões excedentários será fonte de desnecessários litígios.

Além do mais, a questão necessita de análise sob o enfoque constitucional.

Da forma posta e não havendo qualquer dispositivo no novo Código Civil que autorize o reconhecimento da maternidade em tais casos, somente a mulher poderá se valer dos embriões excedentários, ferindo de morte o princípio da igualdade esculpido no *caput* e no inciso I do artigo 5º da Constituição da República.

A título de exemplo, se a mulher ficar viúva, poderá, “a qualquer tempo”, gestar o embrião excedentário, assegurado o reconhecimento da paternidade, com as consequências legais pertinentes; porém o marido não poderá valer-se dos mesmos embriões, para cuja formação contribuiu com o seu material genético e gestá-lo em útero subrogado.

Como o dispositivo é vago e diz respeito apenas ao estabelecimento da paternidade, sendo o novo Código Civil omissivo quanto à maternidade, poder-se-ia indagar: se esse embrião vier a germinar um ser humano após a morte da mãe, ele terá a paternidade estabelecida e não a maternidade? Caso se pretenda afirmar que a maternidade será

estabelecida pelo nascimento, como ocorre atualmente, a mãe será aquela que dará à luz, porém, neste caso, tampouco a paternidade poderá ser estabelecida, uma vez que a reprodução não seria homóloga.

Caso a justificativa para a manutenção do inciso seja evitar a destruição dos embriões crioconservados, destaca-se que legislação posterior poderá autorizar que venham a ser adotados por casais inférteis.

Assim, prudente seria que o inciso em análise fosse suprimido.

Porém, se a supressão não for possível, solução alternativa seria determinar que os embriões excedentários somente poderão ser utilizados se houver prévia autorização escrita de ambos os cônjuges, evitando-se com isso mais uma lide nas varas de família.

129 – Proposição para inclusão de um artigo no final do Cap. II, Subtítulo II, Cap. XI, Título I, do Livro IV, com a seguinte redação:

Art. 1.597, A . “A maternidade será presumida pela gestação.

Parágrafo único: Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga.”

Justificativa: No momento em que o artigo 1.597 autoriza que o homem infértil ou estéril se valha das técnicas de reprodução assistida para suplantar sua deficiência reprodutiva, não poderá o Código Civil deixar de prever idêntico tratamento às mulheres.

O dispositivo dará guarida às mulheres que podem gestar, abrangendo quase todas as situações imagináveis, como as técnicas de reprodução assistida homólogas e heterólogas, nas quais a gestação será levada a efeito pela mulher que será a mãe sócio-evolutiva da criança que vier a nascer.

Pretende-se, também, assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe sub-rogada.

Contempla-se, igualmente, a mulher estéril que não pode levar a termo uma gestação. Essa mulher terá declarada sua maternidade em relação à criança nascida de gestação sub-rogada na qual o material genético feminino não provém de seu corpo.

Importante destacar que, em hipótese alguma, poderá ser permitido o fim lucrativo por parte da mãe sub-rogada.

130 – Proposição sobre o art. 1.601:

Redação atual: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação”.

Redação proposta: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

§ 1º. Não se desconstituirá a paternidade caso fique caracterizada a posse do estado de filho.

§ 2º. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.”

131 – Proposição sobre o art. 1639, § 2º:

Proposta a seguinte redação ao § 2º do mencionado art. 1.639: “É inadmissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, salvo nas hipóteses específicas definidas no artigo 1.641, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade”.

132 – Proposição sobre o art. 1.647, inc. III, do novo Código Civil.

Proposta: OUTORGA CONJUGAL EM AVAL. Suprimir as expressões “ou aval” do inc. III do art. 1.647 do novo Código Civil.

Justificativa: Exigir anuência do cônjuge para a outorga de aval é afrontar a Lei Uniforme de Genebra e descaracterizar o instituto. Ademais, a celeridade indispensável para a circulação dos títulos de crédito é incompatível com essa exigência, pois não se pode esperar que, na celebração de um negócio corriqueiro, lastreado em cambial ou duplicata, seja necessário, para a obtenção de um aval, ir à busca do cônjuge e da certidão de seu casamento, determinadora do respectivo regime de bens.

133 – Proposição sobre o art. 1.702:

Proposta: Alterar o dispositivo para: “Na separação judicial, sendo um dos cônjuges desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro pensão alimentícia nos termos do que houverem acordado ou do que vier a ser fixado judicialmente, obedecidos os critérios do art. 1.694”.

134 – Proposição sobre o art. 1.704, *caput*:

Proposta: Alterar o dispositivo para: “Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos e não tiver parentes em condições de prestá-los nem aptidão para o trabalho, o ex-cônjuge será obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, em valor indispensável à sobrevivência”.

Revoga-se, por consequência, o parágrafo único do art. 1.704.

§2º. “Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.”

135 – Proposição sobre o art. 1.726:

Proposta: a união estável poderá converter-se em casamento mediante pedido dos companheiros perante o Oficial do Registro Civil, ouvido o Ministério Público.

136 – Proposição sobre o art. 1.736, inc. I:

Proposta: revogar o dispositivo.

Justificativa: não há qualquer justificativa de ordem legal a legitimar que mulheres casadas, apenas por essa condição, possam se escusar da tutela.

137 – Proposição sobre o art. 2.044:

Proposta: alteração do art. 2.044 para que o prazo da *vacatio legis* seja alterado de um para dois anos.

Justificativa: Impende apreender e aperfeiçoar o Código Civil brasileiro instituído por meio da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, tanto porque apresenta significativas alterações estruturais nas relações jurídicas interprivadas, quanto porque ainda revela necessidade de melhoria em numerosos dispositivos.

Propõe-se, por conseguinte, a ampliação do prazo contido no art. 2.044, a fim de que tais intentos sejam adequadamente levados a efeito. Far-se-á, com o lapso temporal bienal proposto, hermenêutica construtiva que, por certo, não apenas aprimorará o texto sancionado, como também propiciará à comunidade jurídica brasileira e aos destinatários da norma em geral o razoável conhecimento do novo Código, imprescindível para sua plena eficácia jurídica e social.

Atesta o imperativo de refinamento a existência do projeto de lei de autoria do Relator Geral do Código Civil na Câmara dos Deputados, reconhecendo a necessidade de alterar numerosos dispositivos.

Demais disso, é cabível remarcar que diplomas legais de relevo apresentam lapso temporal alargado de *vacatio legis*.

Sob o tempo útil proposto, restará ainda mais valorizado o papel decisivo da jurisprudência, evidenciando-se que, a rigor, um código não nasce pronto, a norma se faz código em processo de construção.

5.6.2 TEMAS OBJETO DE CONSIDERAÇÃO PELA COMISSÃO

A Comissão conheceu do tema suscitado quanto à indicada violação do princípio da bicameralidade, durante a tramitação do projeto do Código Civil em sua etapa final na Câmara dos Deputados, em face do art. 65 da Constituição Federal de 1988, tendo assentado que a matéria desborda, neste momento, do exame específico levado a efeito.

PRONUNCIAMENTO

A Comissão subscreve o entendimento segundo o qual impende apreender e aperfeiçoar o Código Civil brasileiro instituído por meio da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, tanto porque apresenta alterações estruturais nas relações jurídicas interprivadas, quanto porque ainda revela necessidade de melhoria em numerosos dispositivos.

Manifesta preocupação com o prazo contido no art. 2.044, a fim de que tais intentos sejam adequadamente levados a efeito. Deve-se proceder a uma hermenêutica construtiva que, por certo, não apenas aprimorará o texto sancionado, como também propiciará à comunidade jurídica brasileira e aos destinatários da norma em geral um razoável conhecimento do novo Código, imprescindível para sua plena eficácia jurídica e social.

Demais disso, é cabível remarcar que diplomas legais de relevo apresentam lapso temporal alargado de *vacatio legis*.

A preocupação com a exigüidade da *vacatio* valoriza o papel decisivo da jurisprudência, evidenciando-se, a rigor, que um código não nasce pronto, a norma se faz código em contínuo processo de construção.

5.6.3 COMISSÃO - DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

Em 12/9/2002:

Presidente: Gustavo Tepedino

Relator: Luiz Edson Fachin

Em 13/09/2002:

Presidente: Regina Helena Afonso Portes

Relator: Adriana da Silva Ribeiro

Membros:

Ana Luiza Nevares
Adriana da Silva Ribeiro
Acáccio Cambi
Alfredo Abinagem
Anderson Schreiber
Bruno Lewicki
Claudia Valéria Bastos Fernandes
Cláudio José Coelho Costa
Danilo Doneda
Erika Moura Freire
Flávio Roberto de Souza
Francisco Auricélio Pontes
Francisco Roberto Machado
Giovanna Teixeira de Souza
Guilherme Calmon Nogueira da Gama
Guilherme Couto de Castro
Gustavo Tepedino
Luiz Edson Fachin
Marcia Helena Abinagem
Maria Cristina Barongeno Cukierkorn
Marianne Júdice de Mattos Farina
Regina Helena Afonso Portes
Rosana Amara Girardi Fachin
Rose Vencelau
Teresa Negreiros
Tycho Brahe Fernandes
Vivaldo Otávio Pinheiro

Arts. 3º, 4º e 5º: Alterar os referidos artigos, para que deles constem como absolutamente incapazes os menores de dezoito anos, relativamente incapazes os menores de 21 anos, cessando a menoridade aos 21 anos de idade completos. Por conseguinte, as disposições inseridas nos referidos artigos devem ser adequadas às mutações propostas, que repetem o atual Código Civil.

Regina Afonso Portes: Desembargadora do Tribunal de Justiça do Paraná.

JUSTIFICATIVA

Relativamente ao tema maioridade civil, minha proposição é considerar que o limite de idade adotado pela Lei nº 10.406, de 10/1/2002, merece alteração, mantidas as disposições do atual digesto civil. Com tal assertiva, efetivamente se está a propor a alteração parcial dos arts. 3º, 4º e 5º da citada lei, pois refletem eles a mudança proposta a efeito de reduzir a idade da capacidade civil .

Em um primeiro momento, poder-se-á pensar que tal proposição gera conflito com o disposto na Lei Eleitoral, já que para ela os jovens adquirem capacidade eleitoral a partir dos dezesseis anos de idade. Poder-se-ia questionar a razão de tal tratamento diferenciado quer quanto à capacidade civil, quer quanto à eleitoral.

Destaco, no entanto, que considero diferente o exercício dos mencionados direitos e, por conseqüência, diversa a capacidade para exercê-los, não obstante também tenha restrições a tal tema. Melhor explicando, o jovem de dezesseis anos, não obstante em plena fase de adolescência, pode discernir de forma mais nítida os anseios políticos de sua nação e assim participar da escolha de seus dirigentes. No entanto, para os efetivos atos da vida civil, vale dizer, direção absoluta de seu patrimônio, assunção de dívidas, compromissos, administração de bens e todos os demais atos inerentes ao efetivo exercício da capacidade civil, considero preocupante a disposição legal a vigor.

Trago, em auxílio de tal raciocínio, algumas considerações de ordem técnica e ligadas especialmente à maturidade, comportamento e desenvolvimento do adolescente. Dizem os estudiosos do tema, como o Professor Arthur J. Jersild, que, *na verdade, conceder à criança (ou ao adolescente, que é de quem estamos tratando) uma liberdade ilimitada em nome da democracia é fomentar o caos* (Psicologia da adolescência – Ed. Companhia Editora Nacional, vol. 78, p.41, 6a ed. 1977).

Resta pacífico, conforme estudos técnicos especializados, ser a adolescência uma fase que se inicia aos 12 anos e finda aproximadamente após os 21 anos de idade. É notório o fato de que o adolescente tem uma vida imaginativa, rica e colorida, sendo ele um veterano no mundo da fantasia. Enfrenta, de forma mais afoita, escolhas diversas e muitas vezes decisões preocupantes das quais se arrepende em seguida. Enfim, as tensões e os conflitos na fase da adolescência são intensos e alteram sobremaneira o raciocínio lógico do jovem, de forma a permitir tenha ele uma plena capacidade de direção dos atos da vida civil.

Aliás, é pacífico na doutrina da psicologia que a adolescência reflete todas as crises e dificuldades enquistadas no processo de desenvolvimento. Rebeldia, angústia, flutuações de humor e estado de ânimo, desestruturação temporal, desconfiança, crise nas relações de parentesco e efetiva rejeição à ajuda e aos conselhos dos outros.

Ora, basta uma análise, mesmo superficial, de alguns dos pontos supra mencionados, para se concluir que um adolescente dificilmente terá condições de discernir sobre sua capacidade civil de forma a lhe permitir realizar negócios, formalizar contratos, constituir ou desconstituir sociedades civis ou comerciais, sem riscos para si ou para terceiros.

Creio, portanto, que a maioria civil na forma proposta pela Lei nº 10.406/2002 ocasionará intensos e sérios gravames à sociedade, visto que, na prática, vemos como de difícil equação tal alteração.

Ressalto, finalmente, que os atuais conflitos de ordem civil no mundo moderno buscam soluções, não regras programáticas e teóricas. Pela pessoa e atividade do magistrado, passa a construção do Direito, porquanto organizar a jurisprudência e adequar a lei aos fatos e à realidade é missão tão relevante quanto codificar. Pois, ao fazer justiça, igualmente se erguem as fundações do atual e futuro Direito, às quais a ciência e a experiência não se podem furtar.

Art. 5º: As repercussões da nova maioria civil.

Douglas Camarinha Gonzales: Juiz Federal Substituto do Paraná.

O Código Civil de 2002 inaugurou uma nova concepção dos jovens de nosso país, antecipando a capacidade civil para os dezoito anos de idade. Eis a principal inovação advinda do novo estatuto civil no que tange à capacidade das pessoas. Preceitua o art. 5º, *caput*: “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.”

Tal inovação representa um marco de antecipação às novas gerações. O legislador acompanhou a ideologia do constituinte, que, já em 1988, conferiu a prerrogativa do voto facultativo aos menores entre dezesseis e dezoito anos de idade (CF, art. 14, § 1º, II, “c”) – antecipando assim a consciência cívica do menor – e antecipou a capacidade plena para os dezoito anos. Essa situação, polêmica, desperta a atenção dos juristas, políticos, intelectuais e juizes. Ela é positiva de um lado, porque solidifica o tratamento homogêneo no âmbito civil e criminal, ao fixar os dezoito anos como divisor de águas do menor, visto que, a partir de então, responde de per si pelos seus atos e é senhor de sua própria vontade. Encontra-se na tônica desenvolvimentista concebida pela geração pós-industrial e nos contornos legais positivados pela novel legislação: Código de Trânsito, Estatuto da Criança e do Adolescente e a própria Constituição Federal. Pertinente, ainda, a tese de o período transitório da incapacidade relativa ser, pela sua própria natureza, curto.

Do outro lado, pesa a crítica de uma ruptura precoce na vida do menor, que, muitas vezes, aos dezoito anos, não tem maturidade nem personalidade consolidada para ser senhor supremo de sua vontade aos olhos do Direito. Deveras, creio que nesse aspecto a juventude brasileira não se apresenta tão preparada como então concebido pelo legislador. De qualquer sorte, a lei inspira responsabilidades e exigências àqueles que ingressam na vida adulta, marco a ser divulgado nas escolas e faculdades para a nossa juventude. Eis o que a sociedade, cunhado agora na lei, espera e proporciona aos novos capazes, já aos dezoito anos de idade.

Tal inovação trará diversas repercussões à sociedade, ao Direito e, sobretudo, aos jovens. As mais significativas ocorrerão no âmbito do Direito de Família e até mesmo no Direito Previdenciário.

Imaginemos a seguinte situação: um menor de quinze anos pleiteia alimentos em face do seu genitor (réu). O Judiciário acata a pretensão, determinando que o réu pague certo valor a título de alimentos até o menor atingir a maioria. Fica a pergunta: se o menor completar dezoito anos e, conseqüentemente, adquirir a maioria somente após a vigência do novo Código Civil, cessará a obrigação do alimentante nesse dia? Inicialmente a resposta é afirmativa. Contudo a conclusão não pode ser tão simplista.

Ora, a maioria pressupõe, como conteúdo ideológico e social, que o então maior responda e aja por si mesmo. A lei e o Direito lhe conferem autonomia de

vontade, e daí decorre o pressuposto (relativo) da capacidade de o recente maior prover a si mesmo – como sói ocorrer com muitos jovens brasileiros. A sua pretensão de alimentos, em tese, cessaria com a sua maioridade. Situação que clama pela máxima da hermenêutica já invocada pelos romanos: quem, numa determinada situação, colhe os frutos deve arcar com os ônus. Se o maior de dezoito anos de idade já tem condições, em tese, segundo a vontade geral do povo – positivada pela lei –, de firmar seu próprio destino, deve arcar com suas próprias despesas.

De outra banda, se o juiz da causa houver determinado, no dispositivo da sentença, que o réu estaria condenado a pagar alimentos ao autor até que este completasse 21 anos de idade, a situação me parece ser outra, porquanto se concretizou um direito adquirido do menor através da sentença judicial transitada em julgado, mesmo que complete dezoito anos após a vigência do novo Código Civil. Tal direito já fora incorporado ao patrimônio jurídico do menor, restando salvaguardado de eventuais modificações legais. Nesse caso, emerge direito adquirido do menor, o qual representa a concretização do princípio da segurança jurídica.

Em sede de alimentos, registro que normas pré-estabelecidas, abstratas e genéricas são insuficientes para o regramento dessa faceta tão tocante e sensível do Direito. Muito mais apropriado e justo é o prudente raciocínio casuístico realizado pelo julgador à luz da máxima “a necessidade do alimentando versus a possibilidade do alimentante”, eis o binômio que confere diretriz a essa rica e produtiva discussão: a obrigação alimentícia, a qual, como é sabido, não se curva necessariamente à menoridade do alimentando, representa sim um fator a ser considerado. De mais a mais, tal orientação segue o norte da aplicação da lei de acordo com os fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum (art. 5º da LICC – ainda preservada pelo novo Código Civil).

Encerro, firmando um juízo positivo dos nossos tribunais, que, certamente, julgarão questões polêmicas como as supramencionadas centrados nesse juízo crítico e humanista, permeado pela prudência da judicatura e acompanhado do brilho da doutrina, seguindo a tradição pretoriana de nossas Cortes.

Art. 5º: A questão da maioridade civil.

Paulo Eduardo Razuk: Juiz do 1º Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo/SP.

Pelo art. 5º, I, do Código Civil de 1.916, são absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos de idade. Pelo art. 6º, I, são relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de 21 anos de idade.

Conforme o art. 3º, I, do Código Civil de 2.002, continuam absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos. De acordo com o art. 4º, I, serão relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos de idade.

Consoante o art. 9º do Código Civil de 1.916, a menoridade cessa aos 21 anos completos. Segundo o art. 5º do Código Civil de 2.002, a menoridade cessará aos dezoito anos completos. A novidade reside na idade para a habilitação dos atos da vida civil, que muda de 21 para dezoito anos de idade.

Com isso, equiparou-se a maioridade civil à penal (CF, art. 228 e CP, art. 27), à trabalhista (CF, art. 7º, XXXIII, e CLT, art. 402) e à política (CF, art. 14, § 1º, I).

Com efeito, constituía uma assimetria do sistema jurídico brasileiro alcançar-se a maioridade penal, trabalhista e eleitoral aos dezoito anos, enquanto a maioridade civil só se conquistava aos 21. O indivíduo entre dezoito e 21 anos era penalmente imputável, podia votar e trabalhar, mas não podia obrigar-se no campo civil sem a assistência do pai ou responsável.

No entanto a assimetria vai persistir em relação à incapacidade absoluta, que continuará cessando aos dezesseis anos no campo civil. Contudo, para o art. 223, "a", do Código Penal, quem completou quatorze anos de idade tem capacidade de consentir, o que descaracteriza a violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual. O art. 2º do Estatuto da Criança e Adolescente distingue entre criança e adolescente; em caso de prática de infração, a criança fica sujeita às medidas do art. 101, enquanto o adolescente às do art. 112, o que pressupõe a relativa capacidade de discernimento do último. O art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal considera apto ao trabalho de aprendiz o menor a partir dos quatorze anos.

Com o desenvolvimento da puberdade e o fácil acesso à informação pelos meios de comunicação, o menor entre quatorze e dezoito anos tem relativa capacidade de discernimento, não havendo mais razão para a dicotomia entre o Código Civil e as demais leis.

A exemplo do que sucedeu com a cessação da incapacidade relativa aos dezoito anos, a absoluta deveria cessar aos quatorze em consonância com a realidade física, sócio-econômica e jurídica.

Art. 5º: A redução do limite etário para definição da capacidade civil aos dezoito anos não altera o disposto no art. 16, inciso I, da Lei nº 8.213/91, que regula específica situação de dependência econômica para fins previdenciários.

Cláudio José Coelho Costa: Juiz Federal Substituto da 1ª Vara de Minas Gerais.

JUSTIFICATIVA

Dispõe, com efeito, o art. 5º do novo Código Civil:

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

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

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

II – pelo casamento;

III – pelo exercício de emprego público efetivo;

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

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

A presunção de dependência econômica delineada no atual art. 16, inciso I, c/c o § 3º da Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre o plano de benefícios da Previdência Social, inspirou-se, à toda evidência, no que dispõe o art. 9º do atual Código Civil, *verbis*:

Aos 21 (vinte e um) anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.

Razões de ordem social e jurídica, todavia, impõem que o desiderato específico estabelecido no art. 16 do PBPS seja preservado, pois, ao estabelecer a presunção *juris tantum* de dependência econômica dos filhos de qualquer condição, não-emancipados, menores de 21 anos de idade ou inválidos (de qualquer idade), verifica-se norma de caráter especial que não pode ser derogada por lei geral.

Outrossim, o anseio da proteção social securitária baseia-se, entre outros princípios, no primado da universalidade do atendimento, que importa em proteção a todos os residentes no território nacional, inclusive estrangeiros que, implementados os requisitos legais, fazem jus à proteção securitária. A situação sob análise está direcionada a disciplinar o exercício de direito próprio pelo dependente do Regime Geral de Previdência Social, a quem a Lei nº 8.213/91 garante, com amparo nos arts. 194 e 201 da Constituição Federal, acesso a específica proteção social, pela via da Previdência Social, com a concessão de benefícios previdenciários de indelével alcance social, a pensão por morte do segurado e o auxílio-reclusão, além da possível concessão de

serviços específicos, como a habilitação e reabilitação profissional.

Sendo assim, o entendimento em sentido contrário seria incorreto, porquanto implicaria inquestionável retrocesso em matéria previdenciária, que não se pode presumir desejado pelo novel Código Civil. Além disso, o citado dispositivo previdenciário, em face de princípios norteadores da solução em caso de conflito aparente de normas, é especial e, somente por específica lei de semelhante natureza, poderia ser modificado.

Legítima, portanto, a conclusão de que o dispositivo previdenciário em comento permanecerá em pleno vigor e não estará sujeito a qualquer limitação dos agentes aplicadores do Direito quanto ao alcance subjetivo da proteção previdenciária, inclusive na via administrativa. Caso contrário, tal limitação seria injusta por afronta a dispositivos constitucionais expressos que demandam a universalização do atendimento e, não obstante, evidente a ofensa aos preceitos que dão solução ao conflito aparente de normas.

Art. 5º: novo Código Civil. Parte Geral. Livro I – das pessoas. Cessação da menoridade aos dezoito anos. Perda da qualidade de dependente para fins previdenciários. Reconhecimento da dependência econômica do estudante até 24 anos. Aplicação do Direito intertemporal. Direito adquirido ao recebimento do benefício já concedido.

João Batista Lazzari: Juiz Federal Titular da Vara Única de Jaraguá do Sul/SC.

JUSTIFICATIVA

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil de 1916 estabeleceu que, aos 21 anos completos, acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil (art. 9º).

Em conformidade com essa regra, a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social, considerou a idade de 21 anos com o limite à manutenção da qualidade de dependente do segurado para fins previdenciários (art. 16).

O novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, reduziu para dezoito anos completos a idade em que cessa a menoridade, ficando a pessoa habilitada à prática de todos os atos da vida civil (art. 5º, *caput*). Reduziu, também, para dezesseis anos a idade para a emancipação (art. 5º, parágrafo único, inc. I).

Este estudo tem por objetivo interpretar a aplicação das normas referidas e também propor sugestões para resguardar os interesses daqueles que enfrentarão as desvantagens da antecipação da maioridade civil, ou seja, os dependentes dos segurados da Previdência Social.

2 A MAIORIDADE CIVIL E A PERDA DA QUALIDADE DE DEPENDENTE

As novas regras do Código Civil, que entrarão em vigor em 11 de janeiro de 2003, trarão reflexos às normas que tratam da relação previdenciária, pois a prova da menoridade civil é requisito de ordem objetiva para o reconhecimento da dependência

1 “Dependentes são as pessoas que, embora não contribuindo para a Seguridade Social, a Lei de Benefícios elenca como possíveis beneficiários do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, fazendo jus às seguintes prestações: pensão por morte, auxílio-reclusão, ~~serviço social e reabilitação profissional~~” CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 3ª. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 172.

econômica no Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Maria Helena Diniz, ao comentar o novo Código Civil, faz importantes considerações sobre a cessação da incapacidade pela antecipação da maioridade:

A incapacidade termina, em regra, ao desaparecerem as causas que a determinaram. (...)

Em relação à menoridade, a incapacidade cessa quando: 1) o menor completar 18 anos, segundo nossa legislação civil (CC, art. 5º, caput), pois o dado jurídico de que aos 18 anos se adquire a maioridade ou aptidão para exercer os atos da vida civil encerra um conteúdo contingente; (...) O novo Código Civil antecipa a maioridade para 18 anos, com isso os jovens passarão a ter responsabilidades perante terceiros pelos danos que lhes causarem, além de poderem, por si sós, praticar validamente atos da vida civil sem qualquer assistência do representante legal. Tal se deu diante da presunção de que, pelas condições do mundo moderno e pelos avanços tecnológicos dos meios de comunicação e da informática, a pessoa já tem, ao completar aquela idade, experiência de vida em razão da aquisição de uma maior formação cultural, responsável pela celeridade, pela precocidade do seu desenvolvimento físico-mental, trazendo, com isso, o discernimento necessário para a efetivação de atos negociais, podendo até mesmo casar independentemente de autorização do representante legal. Além disso, fazia-se necessária uma uniformização, visto que, se com 18 anos se tem maioridade criminal, trabalhista e eleitoral, por que não adquirir a civil? (...) Sem embargo das vantagens advindas do rebaixamento da maioridade civil de 21 para 18 anos, algumas desvantagens poderão ser apontadas, como: (...); cessação do direito de continuar percebendo pensão alimentícia; assunção de responsabilidade como o dever de auto-sustento, de pagamento dos débitos por ele assumidos e de reparar os danos causados a terceiros (...)².

Muito embora aos dezoito anos o indivíduo esteja apto a exercer os atos da vida civil, para fins previdenciários a relação de dependência merece tratamento diferenciado em relação ao filho e à pessoa a ele equiparada ou ao irmão, universitário ou que estiver cursando escola técnica de 2º grau até 24 anos.

O jovem, no período dos dezoito aos 24 anos, deve dar prioridade à sua formação intelectual para poder melhor enfrentar o mercado de trabalho. Se, por infelicidade, nessa fase da vida, vier a perder a pessoa responsável pela sua manutenção, certamente terá de abandonar os estudos e buscar meios para o sustento próprio.

A regra sugerida tem precedente na legislação do imposto de renda, *in verbis*:
Art. 38. Podem ser considerados dependentes:

2 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 1: direito das coisas. 18 ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 176-177.

(...) III – a filha, o filho, a enteada ou o enteado, até 21 anos, ou de qualquer idade quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho;

(...) V – o irmão, o neto ou o bisneto, sem arrimo dos pais, até 21 anos, desde que o contribuinte detenha a guarda judicial, ou de qualquer idade quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho;

(...) §1º As pessoas elencadas nos incisos III e V podem ser consideradas dependentes quando maiores até 24 anos de idade, se estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau (Instrução Normativa SRF nº 15, de 6 de fevereiro de 2001).

Sendo assim, espera-se que o legislador, ao alterar a Lei nº 8.213/91 para adequá-la ao novo Código, leve em conta a situação do estudante e o mantenha na condição de dependente para fins previdenciários até os 24 anos, como forma de incentivo à educação.

3 A APLICAÇÃO DO DIREITO INTERTEMPORAL³

Com as modificações legislativas, surgem os problemas do Direito intertemporal; no caso em estudo, podemos relacionar pelo menos dois: a) o novo limite de idade será aplicado aos dependentes já inscritos no RGPS na data de entrada em vigor do novo Código Civil? b) os dependentes maiores de dezoito e menores de 21 anos que estejam recebendo benefício previdenciário perderão esse direito com a entrada em vigor do novo Código Civil?

Como embasamento doutrinário para análise do tema, o Professor Fernando Noronha apresenta os caminhos a serem seguidos:

O Direito intertemporal, constituído pelo conjunto de normas e princípios jurídicos que têm por finalidade resolver as questões suscitadas pela sucessão de duas leis no tempo, gira em torno de indagações como as seguintes: saber se a lei nova pode regular todos ou alguns dos efeitos a serem produzidos no futuro por fatos acontecidos anteriormente, ou por situações jurídicas que já existiam ao tempo em que ela passou a ter vigência; saber se pode ou não modificar determinados efeitos produzidos no passado, à sombra da lei antiga; saber se pode extinguir situações anteriormente constituídas, ou, inversamente, se pode permitir que se criem situações novas com base em fatos passados; saber se pode introduzir alterações em processos de constituição ou extinção de situações jurídicas que já estejam em curso.

Tais questões devem ser resolvidas tendo em conta duas preocupações fundamentais e, aliás, conflitantes entre si. De um lado está o progresso das institui-

3 Direito Intertemporal: “O direito intertemporal soluciona o conflito de leis no tempo, apontando critérios para aquelas questões, disciplinando fatos em transição temporal, passando da égide de uma lei à outra, ou que se desenvolvem entre normas temporalmente diversas”. in: DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p 176.

ções jurídicas, para que estas se adequem continuamente às sempre renovadas necessidades de uma sociedade em permanente transformação nos aspectos político, econômico e social e, de outro lado, está a necessidade de assegurar aos particulares a estabilidade ou segurança imprescindível ao desenvolvimento de suas atividades.

Do ponto de vista do progresso das instituições, há que se presumir que a lei nova seja melhor que a antiga. Se não fosse, por que razão teria sido editada? Por isso, há conveniência que seja aplicada o mais rapidamente possível e ao maior número de casos – até para preservar, tanto quanto seja exequível, a unidade do sistema jurídico, evitando que situações similares passem a ficar regidas por leis diversas.

Do ponto de vista da segurança dos particulares, é preciso não só definir as regras segundo as quais os particulares devem agir, como também garantir a estes a confiança na continuidade do sistema, para que as pessoas possam fazer planos para o futuro e agir em conformidade com expectativas que sejam racionais e legítimas.

No Brasil, o Direito intertemporal é maximamente regido por comando tradicional, segundo o qual 'a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada'. É preceito que está inserido em diplomas de hierarquia superior à da generalidade das leis vigentes: um é a própria Constituição vigente (art. 5º, inc. XXXVI), o outro é a Lei de Introdução ao Código Civil (art. 6º), que é verdadeira lei geral de aplicação de outras leis e que, por isso, ainda está acima das demais lei.⁴

Quanto ao primeiro questionamento, deverá prevalecer a regra de que o novo limite de idade será aplicado a todos os dependentes, independentemente de estarem inscritos nessa condição até a data de entrada em vigor do novo Código Civil. Embora a inscrição seja um ato jurídico perfeito⁵, a aquisição da maioria civil faz cessar a condição de dependência.

Diferente é a situação do dependente maior de dezoito e menor de 21 anos que esteja recebendo benefício previdenciário. Ele não deverá perder esse direito com a entrada em vigor do novo Código Civil, pois, quando da alteração legislativa, já havia implementado todas as condições para a concessão da prestação previdenciária com base no ordenamento em vigor⁶ e com expectativa de ser mantida até completar os 21 anos, salvo nas hipóteses de emancipação previstas em lei. Nesse caso, deve haver o respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido⁷ ao benefício até que se comple-

4 NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis. in Revista dos Tribunais, ano 6, nº. 23, abr/jun-1995. p. 89-110.

5 Ato jurídico perfeito: "Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou" (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º, § 1º).

6 A Lei nº 8.213/91, na sua redação atual, estabelece que a parte individual da pensão por morte extingue-se para o filho, pessoa a ele equiparada ou irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 anos de idade, salvo se for inválido (art. 77, § 2º, inc. II).

7 Direito adquirido: "O direito adquirido (erworbenes Recht) é o que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e à personalidade de seu titular, de modo que nem lei nem fato posterior possa alterar tal situação jurídica, pois há direito concreto, ou seja, direito subjetivo e não direito potencial ou abstrato". in DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 184-185.

te o limite etário previsto na legislação anterior.

Dessa forma, a cessação do benefício pelo novo limite etário de dezoito anos aplicar-se-á apenas às prestações concedidas após a entrada em vigor da alteração legislativa, como forma de se assegurar aos dependentes a estabilidade e a segurança imprescindível ao desenvolvimento de suas atividades.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito não pode ser visto como um conjunto de ramos estanques, como um todo fragmentado em partes. O Direito Previdenciário necessita da interação com o Direito Civil, especialmente em relação às normas que tratam da personalidade e da capacidade das pessoas naturais, presentes na Parte Geral, Livro I, do novo Código Civil.

Finalizando este estudo, seguem as conclusões da exposição apresentada:

a) a antecipação da maioridade civil significará a perda da qualidade de dependente para fins previdenciários, aos dezoito anos de idade, ou pela emancipação a partir dos dezesseis anos;

b) o legislador, ao alterar a Lei nº 8.213/91 para adequá-la ao novo Código Civil, deverá levar em conta a situação do estudante universitário e de escola técnica de 2º grau, para mantê-lo na condição de dependente para fins previdenciários até os 24 anos, como forma de incentivo à educação, tal como previsto na legislação do imposto de renda;

c) o novo limite de idade será aplicado aos dependentes já inscritos no RGPS na data de entrada em vigor do novo Código Civil;

d) o dependente maior de dezoito e menor de 21 anos que esteja recebendo benefício previdenciário não deverá perdê-lo com a entrada em vigor do novo Código Civil, em respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.

Art. 11: O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.

João Baptista Villela: Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

JUSTIFICATIVA

O art. 11 não pode ter querido excluir, em caráter absoluto, a abdicação voluntária dos direitos da personalidade, pois isso equivaleria a fazer deles antes uma prisão para o seu titular do que uma proteção de sua liberdade. É natural que o titular possa, por exemplo, consentir na divulgação da própria imagem, inclusive para fins comerciais ou beneficentes, na revelação de fatos íntimos, na sujeição a riscos de saúde etc., como, de resto, o próprio Código está expressamente a indicar: cf. arts. 18 e 20.

A fixação desse entendimento em enunciado é útil, tendo em vista o texto literal do art. 11, a fim de que não se pense adstrita às previsões expressas a possibilidade de limitação voluntária. O que, sim, contraria o ser dos direitos da personalidade é a renúncia duradoura quanto ao tempo e indeterminada quanto ao objeto. O enunciado pretende, pois, situar a abdicação nos seus justos limites.

Art. 13: A expressão “exigência médica” contida no art. 13 refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao psíquico do disponente.

JUSTIFICATIVA

A não se entender como está no enunciado, corre-se o risco de ver excluída a intervenção cirúrgica empreendida com o fim de promover a conciliação somática com a definição sexual de natureza psicológica, em casos de transexualidade. Com as cautelas que assegurem o rigoroso controle da indicação, a acomodação cirúrgica de transexuais tem sido reconhecida em diferentes ordens jurídicas. Precisamente como expressão dos direitos da personalidade, a identidade entre o sexo somático e o psíquico não deve ficar afastada enquanto a matéria não seja objeto de lei especial, como parece ser o mais indicado. Especialmente não há motivos para considerar contrária aos “bons costumes” a intervenção de mudança do sexo somático, quando se sabe que “do ponto-de-vista médico chegou-se ao reconhecimento de que o sexo de uma pessoa não pode ser determinado unilateralmente à base dos achados corpóreos, senão que outros atributos, designadamente psíquicos, hão de ser também observados”¹.

1 SCHMITT, Jochem. § 1. In: SÄCKER, Franz Jürgen (Red.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 1, 4. Aufl., München: Beck, 2001, S. 118. Cf. também PATTI, Salvatore & WILL, Michael. *Mutamento di sesso e tutela della persona: Saggi di diritto civile comparato*. Padova: CEDAM, 1986.

Art. 15: Para os fins do art. 15 do Código Civil, considera-se em risco de vida o paciente que argúi objeção de consciência.

JUSTIFICATIVA

Recusar tratamento por qualquer motivo ou sem motivo algum é uma das mais elevadas manifestações da liberdade pessoal e deveria ser garantido *tout court*, sem qualquer condicionamento. O Código Civil, entretanto, não acolheu essa orientação e, no art. 15, afirma implicitamente o dever de submeter-se a tratamento, excepcionada apenas a hipótese em que o paciente incorra em risco de vida.

Ora, há direitos que estão acima da própria vida, e algumas das mais dignas páginas da história foram escritas por homens ou mulheres que sacrificaram sua existência em nome de valores que tiveram, na situação em que se encontravam, por mais importantes. Quem ousaria censurá-los?

O caso hoje paradigmático é o das testemunhas de Jeová, que se recusam a sofrer transfusão de sangue por motivações religiosas.² Poder-se-ia pensar também, por exemplo, na recusa em se tratar com medicação, sem equivalentes de outra procedência, que tenha sido obtida a partir de embriões “pré-implantatários”.

2 Cf. VILLELA, João Baptista. Entre a Vida e a Morte: Um Estudo Bibliográfico. *Cidadania e Justiça*. Ituiutaba, n. 5, jun. 2000, p. 11-13; VILLELA, João Baptista & SZTAJN, Rachel. Landesbericht Brasilien. In: TAUPITZ, Jochen (Hrsg.). *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens: Eine internationale Dokumentation/Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life: An International Documentation*. Berlin ...: Springer, 2000:165.

ARTS. 12 E 15: TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

Art. 12 (redação proposta): "Pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direito da personalidade e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei."

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou ausente, são partes legítimas para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Eugênio Facchini Neto: Juiz Corregedor do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

JUSTIFICATIVA

Art. 12 (redação atual): Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Proponho reduzir a legitimação dos parentes legitimados para requerer a tutela prevista no caput. Na forma atual, inclusive os primos poderão reclamar perdas e danos por ofensa a direitos da personalidade do parente morto, o que certamente permitirá inúmeros abusos. Até mesmo para uma maior sistematicidade da tutela, convém repetir a solução adotada no parágrafo único do art. 20, que restringe a legitimação ao cônjuge, ascendentes e descendentes.

Sugiro, assim, seja proposta nova redação ao parágrafo único do art. 12.

Art. 15. (redação proposta): "Ninguém poderá ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica."

Parágrafo único. Para a realização de qualquer tratamento médico ou intervenção cirúrgica, deverá o paciente ou seu representante legal dar seu prévio consentimento, após ser devidamente esclarecido quanto aos riscos e alternativas existentes.

JUSTIFICATIVA

Art. 15 (redação atual): Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

É necessário suprimir a expressão "*com risco de vida*". Isso porque a redação atual poderia permitir o entendimento de que, salvo quando houvesse risco de vida, alguém poderia ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, o que obviamente é insustentável.

Por outro lado, sugiro a introdução de um parágrafo único para fazer referência à necessidade de *consenso informado* por parte do paciente ou de seu representante legal, uma vez ser tal concordância esclarecida requisito imprescindível para a realização do ato médico, como, em uníssono, referem os especialistas no tema.

Sugiro, assim, nova redação ao art. 15.

Arts. 11, 12, 17, 18 e 20: Direitos da personalidade. Análise crítica da disciplina insculpida na Lei nº 10.406/2002 (novo Código Civil) na tentativa de estabelecer um modelo normativo adequado.

Nilza Reis: Juíza Federal Titular da 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia.

JUSTIFICATIVA

Oriunda de anteprojeto encaminhado ao Congresso Nacional em 10 de junho de 1975, portanto há mais de 25 anos, a disciplina relativa aos direitos da personalidade surge, no novo Código Civil, de forma tímida, como um aproveitamento parcial do anteprojeto elaborado, em 1963, pelo civilista baiano Orlando Gomes.

Dessa época até os nossos dias, o mundo mudou substancialmente. O progresso tecnológico e científico inundou as nossas vidas e, sem perceber, quase perdemos a nossa individualidade, sufocados pelo surgimento de novos instrumentos capazes de perscrutar o nosso dia-a-dia, não raras vezes à margem do nosso prévio conhecimento.

Nesse contexto, a família burguesa esfacelou-se, e o que dela restou foi transformado em clichês comerciais de variados produtos destinados ao consumo de massa, ou tornou-se o bode expiatório para queixas e mágoas inspiradas na convicção da ausência de respeito mútuo à liberdade de cada um.

Entendemos que, como ser social, a pessoa humana há de desenvolver a sua personalidade por intermédio da troca imperiosa de experiências travadas com os seus semelhantes, mas não pode ser eliminada à margem das contingências da sua própria subjetividade, que só pode ser resguardada mediante uma efetiva garantia dos direitos voltados à disciplina dos seus atributos físicos, psíquicos e morais, essenciais à sua preservação, como ser único, ímpar, não passível de repetição, conectado às tramas das relações sociais.

No mundo atual, inúmeras são as situações de risco à pessoa humana, sendo indúvidoso que o discurso jurídico não pode ter a pretensão de deter o monopólio interpretativo da sua "personalidade", esquecendo as lições oferecidas pela psicanálise, em cujo âmbito o sujeito tem natureza plural.

Multiplicam-se as divergências doutrinárias sobre a matéria, embora haja unanimidade sobre os caracteres dos direitos da personalidade, alguns dos quais são referidos pelo art. 11 do novo Código Civil. Este diploma, todavia, não lhes outorgou uma disciplina normativa consentânea com os conflitos atualmente instaurados nas teias dos vínculos sociais.

Com efeito, na análise dos dispositivos legais direcionados à proteção dos direitos da personalidade, constatamos a existência de tratamento diferenciado entre as suas espécies, valendo referir, a título exemplificativo, as normas encaminhadas à proteção geral (art. 12), do nome (arts. 17 e 18) e da própria imagem.

Assim, depois de enfatizar que, *"com exceção dos casos previstos em lei,*

os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (art. 11), logo em seguida, ao fixar a proteção desses direitos, genericamente considerados, o novo Código Civil, no seu art. 12, estabelece, *in verbis*:

Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Ordenando o direito ao nome, os arts. 17 e 18 são mais incisivos quando dispõem:

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

O direito à própria imagem, por sua vez, surge no bojo do art. 20, através de uma norma construída às avessas, como adiante se vê:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

À vista desses dispositivos, importa assinalar a necessidade de vincular as normas de proteção às características dos direitos da personalidade, que exigem um amparo efetivo. Para tanto, reclama-se, prioritariamente, uma regra de natureza proibitiva, à semelhança do que ocorre, parcialmente, no novo texto civil, com o direito ao nome.

A par disso, importa averiguar as razões que conduziram o legislador a amparar os direitos da personalidade (art. 12), inclusive o direito à própria imagem (art. 20), através de regras que supõem a configuração anterior da violação, oferecendo aos seus titulares o direito de fazer cessar ou proibir a ameaça ou a lesão, além de lhes outorgar o consolo de obter uma indenização, contrariando a doutrina que reconhece, unanimemente, a sua natureza inestimável, absoluta, exclusiva, intransmissível, irrenunciável e imprescritível.

Em nossa compreensão, não se justifica a proibição do uso do nome alheio tão-somente quando o procedimento exponha o titular ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória, ou quando for utilizado em propaganda comercial (arts. 17 e 18). Entendimento similar há de ser adotado quanto à descabida vinculação da lesão dos direitos à palavra, escrita ou falada, e à própria imagem à simultânea violação da honra, da boa fama ou da respeitabilidade do titular. São direitos autônomos e, como tais, devem ser amparados.

Para além disso, o parágrafo único do art. 20 restringe o rol das pessoas legitimadas à defesa dos direitos referidos no caput, quando o seu titular for morto ou estiver ausente, afastando do seu âmbito os parentes colaterais sem qualquer justificativa, já que os envolveu na proteção geral da personalidade (art. 12), quando deveria admitir, inclusive, a designação testamentária de pessoa responsável por tal mister.

Ante a sua significativa relevância atual, demonstrada pelos casos usualmente enfrentados pelos tribunais pátrios, pode-se referir, ainda, o aspecto patrimonial da imagem, sequer indicado pelo novo Código Civil, em cujo âmbito a pretensão de ganhos fáceis respaldam o enriquecimento ilícito do sujeito responsável pela violação em detrimento do titular do direito.

Também em relação à vida privada – cujos contornos doutrinários não são extremos de dúvidas –, exsurge uma regra que, reconhecendo a sua natureza inviolável, foi construída através da lesão (art. 21).

Diante dessas perplexidades, forçoso é concluir que o novo Código Civil merece ser revisto, no particular, de modo a compatibilizar o reconhecimento expresso dos direitos da personalidade com um modelo normativo capaz de absorver as suas características, bem como assegurar ao seu titular, detentor de um domínio exclusivo de autonomia privada, uma proteção consentânea com os fundamentos de sua existência.

Ao assinalar essas premissas, pretendemos submeter à discussão as normas adotadas em sistemas jurídicos estrangeiros, tais como o alemão, o português e o espanhol, na tentativa de oferecer sugestões para as alterações que entendemos pertinentes, a critério final da comissão de trabalho à qual estou vinculada (Parte Geral).

Caráter geral do art. 12 do novo Código Civil em relação aos demais dispositivos do Capítulo II – Dos direitos da personalidade – e reflexos de sua aplicação em face do estatuído nos arts. 20 e 21 do mesmo diploma.

Luiz César Medeiros: Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único: Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único: Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Os direitos de personalidade regradados nos arts. 11 a 21 do novo Código Civil estão diretamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, erigido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um dos fundamentos basilares do Estado democrático de direito (art. 1º, inc. III).

Da definição de Goffredo Telles Jr.¹ pode-se inferir que os direitos da personalidade se traduzem na prerrogativa, amparada em lei, de a pessoa defender bens inerentes à sua própria existência, como a vida, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, os sentimentos, as criações intelectuais etc. Ou, como destaca Limongi França², os direitos de personalidade são faculdades subjetivas que têm como finalidade a tutela dos direitos das pessoas em relação a si ou sobre a sua personalidade.

Enfatiza, com propriedade, Maria Helena Diniz³ que os bens personalíssimos

1 TELLES JR., Goffredo. Direito subjetivo. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 28, p. 315-316.

2 FRANÇA, Limongi Rubens. Instituto de proteção à personalidade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 57, nº 391, maio/1968, p. 21.

3 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileira*. teoria geral do direito civil. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118.

são anteriores ao direito que a ordem jurídica deve respeitar. Não se trata de concessão jurídico-estatal e muito menos de direitos que a pessoa tem sobre si mesma. Por isso, obtempera que os “direitos da personalidade são *direitos subjetivos ‘excludendi alios’*, ou seja, direitos de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo um bem inato, valendo-se de ação judicial”.

O Capítulo II – artigos 11 a 21 – tem como título “Dos direitos da personalidade”. Logo, mesmo assumindo propositadamente o risco de enaltecer a obvedade manifesta, mostra-se indesejável a conclusão de que todos os seus dispositivos estão relacionados à proteção jurídica de bens personalíssimos. Desse modo, parece razoável a afirmação de que a regra do art. 12 tem conotação geral em relação aos dispositivos subseqüentes. Em outras palavras, a pessoa que esteja sob ameaça, ou tenha sofrido lesão a direito da personalidade pode exigir a tutela jurisdicional para a proteção do bem violado, inclusive para reclamar as perdas e danos decorrentes do ilícito.

Assim, valendo-se da estrutura da especificação e classificação dos direitos da personalidade formuladas por Limongi França⁴, a autorização emanada do citado art. 12 abrangeria a defesa da *integridade física* (vida; o próprio corpo vivo ou morto; o corpo alheio, vivo ou morto; as partes separadas do corpo vivo ou morto – CC, arts. 13, 14 e 15); a *integridade intelectual* (a liberdade de pensamento; a autoria científica, artística e literária); e a integridade moral (a liberdade civil, política e religiosa; a honra; a honorificência; o recato; o segredo pessoal, doméstico e profissional – CC, art. 21; a imagem – CC, art. 20; e a identidade pessoal – CC, arts. 16, 17, 18 e 19, familiar e social).

Não obstante a previsão da permissão de cunho geral do art. 12, o Código, ao cuidar do direito de personalidade afeto à imagem da pessoa, repete a possibilidade da proibição, a requerimento do interessado, da divulgação de escritos, transmissão da palavra, ou publicação, exposição ou utilização da imagem de uma pessoa, ressalvando ainda o direito à indenização quando isso lhe atingir a honra, a boa fama, a respeitabilidade, ou se destinar a fins comerciais.

Importante destacar que, nas situações genéricas aludidas no art. 12, no caso de morto, os lesados indiretos legitimados para requerer a medida proibitiva compreendem, além do cônjuge sobrevivente, qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau. Há uma presunção *juris tantum* de dano moral em relação a esses legitimados. No caso do art. 20, porém, em se tratando de morto ou ausente, são partes legítimas para requerer a proteção legal somente o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Como já dito, a proteção da privacidade – também direito da personalidade – pode ser invocada com fundamento no art. 12 do novo Código. Mesmo assim, o art. 21 repetiu a norma, dispondo que “a requerimento do interessado, o juiz adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário” ao direito à vida

4 FRANÇA, Limongi Rubens. *Manual de direito civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 403.

privada da pessoa natural.

Leciona Maria Helena Diniz⁵ que as sanções decorrentes da aplicação do art. 12 e parágrafo único do novo Código devem ser obtidas por meio de medidas cautelares que suspendam os atos que ameacem ou desrespeitem a integridade física, intelectual e moral, movendo-se, em seguida, uma ação que irá declarar ou negar a existência de lesão, a qual poderá ser cumulada com ação ordinária de perdas e danos a fim de ressarcir danos morais e patrimoniais.

O professor Couto e Silva, citado pelo professor e ministro Moreira Alves⁶, responsável pela redação da parte geral do projeto do Código Civil, afirma que o então art. 14 do anteprojeto (art. 20 da Lei nº 10.406/02) prevê uma dupla possibilidade para resolver a lesão a direito de personalidade: “a ação cominatória, seja preventiva ou mesmo após a violação para que não se repita, e perdas e danos, sem prejuízo de outras ações”.

Depreende-se do texto legal que, seja por intermédio de ação cautelar ou de ação cominatória, ou ainda, modernamente, pela aplicação das providências que o art. 461 do Código de Processo Civil coloca à disposição do jurisdicionado, parece perfeitamente aceitável estenderem-se tais medidas a todos os dispositivos do Capítulo II do Título I do Livro I do Estatuto Civil. A restrição residiria apenas quanto aos legitimados.

Pelo exposto, é possível concluir:

1) as disposições do art. 12 do novo Código Civil têm caráter geral e aplicam-se, inclusive, às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas;

2) as disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de reger a proteção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Excepcionados os casos expressos de legitimação que se conformam com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras estatuídas no art. 12.

5 DINIZ, *op. cit.* p. 131.

6 MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 35.

Art. 21: Ao contrário do que diz a nova lei, a privacidade, como todo direito, pode ser limitada quando em confronto com outro direito fundamental ou quando o exigir o interesse público.

Ivori da Silva Scheffer: Juiz Federal de Santa Catarina.

JUSTIFICATIVA

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Direito anterior: inexistente

Matriz: Art. 5º, inciso X, da CF/88.

1 AS ESFERAS PÚBLICA E PRIVADA

Foi a modernidade que inaugurou, em novas bases, a distinção entre os espaços público e privado da Antigüidade (e sua conseqüente projeção jurídica), distinção eliminada durante quase toda a Idade Média. Com efeito, mesmo ao final da era medieval, o espaço de ação e interação é sempre o espaço público, não existindo a noção de privacidade pelo fato de não haver a noção de indivíduo. Mesmo a ação que refugia ao âmbito público, a ação privada, é “vida de família, não individual, mas de convívio, e fundada na confiança mútua”.¹

As causas materiais são conhecidas, e bem as expressaram o Mercantilismo e o Liberalismo. A burguesia ascendente procurava ampliar seu espaço de atuação ao tempo em que era necessário restringir grande parte do aparato de poder que impedia o livre fluxo da atividade econômica. O resultado social desse processo de luta foi o recuo dos organismos estatais, notadamente dos Estados absolutistas, o que gerou um vazio a ser preenchido pelos demais agentes sociais.

No plano jurídico, a crescente distinção entre a área de influência estatal e a área própria de atuação dos indivíduos liberados fez reviver o antigo dualismo romano entre direito público e privado. Com efeito, para o Digesto, “Direito público é o que se volta ao estado da *res romana*, privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enquanto tais. Pois alguns são úteis publicamente, outros particularmente. O direito público se constitui nos *sacra*, sacerdotes e magistrados. O direito privado é tripartido: foi, pois, selecionado ou de preceitos naturais, ou civis, ou das gentes”.²

A formação social monolítica da Idade Média foi, progressivamente, supera-

1 DUBY, Georges. *História da vida privada: da Europa feudal à Renascença*, p. 23.

2 Digesto de Justiniano. Livro 1. Tradução de Hécio Maciel França Madeira., p. 15-16.

da pela introdução de novas relações sociais mais complexas e pelo surgimento de novos atores sociais. Das cinzas do Feudalismo uma formação social bifurcada foi surgindo. Ao mesmo tempo em que se consolidava o Estado moderno, também nascia a sociedade civil. Simultaneamente ao nascimento do cidadão frente ao Estado, desenvolvia-se o indivíduo no seio da sociedade civil.

Para Bobbio, a diferenciação de ambos pode ser apreciada sob os critérios da forma ou da matéria. Quanto a esta, "distinguem-se os interesses *individuais*, que se referem a uma única pessoa, dos interesses *coletivos*, que se referem à totalidade de pessoas, à coletividade", de modo que o direito que tutelar os primeiros é direito privado e aquele que expressar tutela aos segundos é direito público. No que toca à forma, as relações jurídicas podem ser de coordenação ou de subordinação. As "relações de direito privado seriam caracterizadas pela igualdade dos sujeitos, e seriam portanto relações de coordenação; as relações de direito público seriam caracterizadas pela desigualdade dos sujeitos, e seriam portanto relações de subordinação".³

2 O DIREITO À PRIVACIDADE

Quando se pensa juridicamente sobre a vida privada, é necessário estabelecer, tanto quanto possível, os contornos exatos desse conceito para separá-lo dos demais conceitos afins (intimidade, resguardo, direito de estar só e segredo), visto que para cada um deles poderá ser conferido tratamento jurídico diferenciado. A noção que logo se apresenta quando se aborda esse tema é o de espaço e de conteúdo, isto é, os conceitos referentes à vida privada, além de conteúdos jurídicos próprios, expressam, assim como a esfera pública, espaços delimitados a uma ação sob o total controle do indivíduo.

Dessarte, pode-se pensar a vida privada como o espaço reservado do indivíduo ou como o conteúdo dos atos praticados pelo indivíduo, neste caso, independentemente da esfera em que é praticado.

A privacidade exige resguardo, recato. É o próprio titular do direito quem delimitará o âmbito da sua privacidade, não podendo invocar o direito à privacidade quem não a preservou. Não obstante, mesmo no espaço público, pode haver ensejo para o respeito à vida privada de modo que, por exemplo, a ninguém é dado ler a correspondência ou o diário alheio, mesmo que estejam sob a mesa de reunião ou mesmo que tenham sido perdidos no corredor. Portanto a privacidade é uma dimensão da personalidade humana que se impõe em qualquer espaço, seja ele público, social, seja de manifestação própria, da reserva privada.

A noção de privacidade deve ser conectada, pois, com a noção de conhecimento alheio. Existem aspectos da vida que a pessoa tem o direito de resguardar do conhecimento dos demais ou de revelar apenas a quem bem entenda. Esse, aliás, é o núcleo comum das definições doutrinárias. Portanto, quanto ao conteúdo, o limite en-

3 BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, p. 82.

tre o público e o privado é conferido pelo campo do compartilhado e do não-compartilhado.

A manifestação do ser, da personalidade humana, comporta uma gradação que vai desde a inviolabilidade, ou seja, o impedimento de vulneração mesmo pela vontade do titular do direito (*status* de liberdade, integridade psíquica, liberdade de pensamento) até o completo dever de expor-se (administrador público que deve revelar o motivo de seus atos administrativos). Essa gradação da vida privada pode ser descrita em esferas ou círculos de conteúdo. Para Penteadado, os conceitos de vida privada, intimidade e sigilo são concêntricos, ocupando aquela o espaço mais externo, além do qual está a vida pública, e este o mais interno.⁴ Idêntico é o pensamento de Costa Jr.⁵ e de Caldas. Segundo este último autor:

“A teoria dos círculos concêntricos fecharia o sistema ao estabelecer a existência de três círculos, sendo que o exterior, de maior diâmetro, abarcaria o direito à privacidade, a que os alemães chamam de *privatsphäre* (sem sentido restrito) ou ainda *intimsphäre*, correspondente à *privatezza* dos italianos e à *sphere of privacy* dos americanos. O segundo círculo corresponderia à esfera da confiança, crédito ou fidúcia, a que os juristas alemães denominam de *vertrauenssphäre*, e, finalmente, o terceiro e último, o círculo do segredo (*geheimsphäre* ou *vertraulichkeitssphäre*), correspondente à *riservatezza* dos italianos e à *sphere of privacy* dos americanos, círculo onde ficaria agasalhada a reserva, o sigilo ou a vida íntima no seu sentido restrito.”⁶

Privacidade não se confunde com solidão, portanto a expressão inglesa *right to be alone* não pode ser transposta gramaticalmente para o Direito brasileiro. O direito de estar só, numa tradução literal, é apenas uma faceta do largo espectro do direito à vida privada. O direito de estar só é o direito de retirar-se, o direito ao isolamento, de afastar-se dos demais e de afastar, portanto, todas as mídias (fotografias, TV, fone, internet, rádio etc.). Nem se pode reduzir a intimidade ao sossego, porquanto este é aspecto daquela. O cidadão sentado sozinho em um canto do parque vive um momento de sossego, mas não ocupa um espaço privado.

A intimidade é, pois, uma faceta, uma conseqüência do direito à liberdade. O indivíduo somente pode resguardar-se dos demais, exigir o respeito ao seu corpo, mente e imagem, justamente porque não é coisa de ninguém. A conclusão a que chegou Dotti é a de que “a intimidade é, ao lado da *solidão*, da *reserva* e do *anonimato*, um dos quatro *estados* da cidadela da privacidade”.⁷ O círculo mais concêntrico de proteção da intimidade é o da psiquê, da integridade corporal da pessoa, do segredo. O Direito protege esses bens impedindo a tortura psicológica e física, a “lavagem mental”, a confissão forçada. Nesse círculo não se pode penetrar mesmo que consinta o titular do direito. É o campo próprio da inviolabilidade.

4 PENTEADO, Jaques de Camargo. *O sigilo bancário e as provas ilícitas*: breves notas, p. 73.

5 CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*, p. 200.

6 CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*, p. 54.

7 DOTTI, René Ariel. *A Liberdade e o Direito à Intimidade*, p. 133.

3 A INVIOABILIDADE CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE

A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas...”.⁸ De imediato se percebe que a Constituição procedeu a uma diferenciação entre intimidade, vida privada, honra e imagem.

A questão aqui se refere ao conteúdo da privacidade no dispositivo citado, visto que, em inúmeros outros dispositivos do art. 5º, a CF/88 tratou separadamente aspectos que, filosófica e sociologicamente, estariam situados no âmbito da privacidade. São exemplos dessa técnica: a proibição de penas cruéis ou invasivas do corpo e da dignidade (incisos III e XLIII); a proteção da imagem (inc. V); a liberdade de pensamento, de consciência e de crença (inc. IV e VI); a inviolabilidade da casa (inc. XI); o sigilo das correspondências e das comunicações (inc. XII); o direito de autor (inc. XXVII); “o respeito à integridade física e moral” do preso (inc. XLIX); a restrição de publicidade de atos processuais que expõem a intimidade (inc. LX); o direito de conhecer e retificar informações pessoais (inc. XXXIII e LXXII); a escusa de consciência (inc. VIII).

Segundo Popp, a inviolabilidade da privacidade prevista no inciso X, obviamente excluídos os aspectos que têm tratamento específico no texto constitucional, “constitui norma limitativa ao direito de informação, bem como à liberdade de expressão e do pensamento”.⁹ É a posição partilhada por Silva, para quem a tutela constitucional da privacidade abriga duas ordens de proteção: o segredo e a liberdade. No que toca ao âmbito do segredo, a Constituição impede tanto “a *divulgação*, ou seja, o fato de levar ao conhecimento público, ou a pelo menos de um número indeterminado de pessoas, os eventos relevantes da vida pessoal e familiar” quanto, prossegue Silva, “a *investigação*, isto é, a pesquisa de acontecimentos referente à vida pessoal e familiar”.¹⁰

Lafer caminha na mesma trilha: concebe a privacidade como “o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada”.¹¹

É semelhante a compreensão que tem Costa Júnior, para quem a proteção constitucional da privacidade resguarda duas ordens de abrangência: “o interesse de

8 Neste ponto, o intérprete deve cuidar de não ler a Constituição, no que toca ao objeto deste estudo, simplesmente a partir do Direito Privado, não obstante a doutrina civilista ter sido precursora no trato do tema em relação à doutrina constitucional. Com efeito, a lei precedeu a Constituição na regulação da matéria, mas, vindo a lume a norma constitucional, é ela o raio de luz mais forte e é a partir dela mesma que se deve reler o ordenamento todo como determina o princípio da supremacia da constituição.

9 POPP, Carlyle. AIDS e a tutela constitucional da intimidade. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 29, n. 115, jul-set. 1992, p. 143.

10 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 191.

11 LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 239.

que a intimidade não venha a ser agredida e o de que não venha a ser divulgada. A diferença se situa na modalidade de agressão. São dois momentos do mesmo direito subjetivo: um antecedente, de reação à interferência indevida na intimidade; outro, **subseqüente, de repulsa à divulgação ilícita de intimidade legitimamente alcançada**.¹² Já para Bastos, o direito à privacidade consiste “na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano”.¹³

Para fins da proteção constitucional, contudo, devem-se excluir do âmbito de incidência do inciso X os demais aspectos da privacidade expressamente regulados no texto supremo, anteriormente referidos, aplicando-se, assim, a regra da especialidade. Portanto, ao estabelecer, em dispositivos pulverizados no art. 5º, tratamento específico para aspectos também específicos da privacidade, a Constituição deixou o inciso X como um repositório geral e subsidiário, vale dizer, os aspectos da privacidade que não estão expressamente regulados alhures submetem-se à inviolabilidade prevista no inciso. Dessarte, os aspectos da privacidade referentes ao domicílio, ao sigilo das comunicações, à integridade física e moral do ser humano, entre outros, por terem recebido tratamento específico na Carta Magna, estão excluídos da previsão do inciso X.

4 LIMITAÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Deve-se diferenciar violação de restrição. Aquela é a afronta ao direito, a sua negação. Esta configura limitação ao direito a fim de possibilitar a realização de outros direitos fundamentais ou de personalidade.

O ordenamento jurídico não concebe a existência de qualquer direito absoluto. Nem mesmo a vida ou a liberdade, os bens maiores, possuem natureza absoluta. Em todos os ordenamentos, mesmo naqueles pertencentes aos mais avançados Estados democráticos e de direito, tanto o direito à liberdade como o direito à própria vida são relativos, bastando lembrar as penas restritivas do exercício do direito de liberdade e a previsão da legítima defesa. Portanto também os direitos fundamentais não são absolutos; encontram seus limites: a) em outros direitos fundamentais; b) na ordem ou paz social (art. 136, § 1º, I); c) no próprio Estado (art. 137 e art. 139); d) na comunidade.

A dignidade da pessoa humana, núcleo comum dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que é o fundamento primeiro desses direitos, é também um dever fundamental do indivíduo frente aos demais membros da comunidade, materializando-se como uma pauta de conduta esperada de todos os integrantes da comunidade e vinculada a “três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamen-

12 CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. Direito Penal na Constituição, p. 199.

13 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 63.

te), *alterum nom laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido)".¹⁴

Se, por um lado, os direitos fundamentais são um passo da afirmação do indivíduo frente ao Estado e à própria sociedade, não menos verdadeiro é que não representam a negação de ambos, antes os pressupõem. Com efeito, não haveria razão lógica para falar-se em direitos fundamentais onde faltasse o Estado, ou não houvesse sociedade, sendo certo que a contrapartida dos direitos fundamentais são os deveres do indivíduo para com a sua sociedade. Destarte, lê-se, no art. 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

"1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, somente na qual é possível o livre desenvolvimento de sua personalidade.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei e exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática."¹⁵

Dessa forma, o direito fundamental cede frente à exigência de efetivação de outros direitos fundamentais. Como adverte Silva, não há regulação legal ao exercício dos direitos fundamentais uma vez que as normas constitucionais a respeito possuem "eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata".¹⁶ Nessa matéria, o legislador somente pode atuar quando autorizado pela própria Constituição no que diz respeito às normas de eficácia contida. Segundo esse constitucionalista, certos dispositivos constitucionais asseguradores de direitos fundamentais "mencionam uma lei limitadora (art. 5º, VI, VII, XIII, XV, XVIII). Outras limitações podem provir da incidência de normas constitucionais (p. ex., art. 5º, XVI: reunir-se *pacificamente, sem armas*; XVII: *fins lícitos* e vedação de *caráter paramilitar*, para associações, são conceitos limitadores; restrições decorrentes de estado de defesa e estado de sítio: arts. 136, § 1º, e 139)".¹⁷

No entanto a lei que restringe o alcance de atuação de um direito fundamental, ou que permite ao Estado uma atuação que restrinja algum direito fundamental, bem como essa própria atuação, há de passar pelo crivo da proporcionalidade. É mesmo óbvio que não há liberdade do legislador a produzir qualquer ordem de restrição a direitos fundamentais porquanto, se assim fosse, a própria hierarquia normativa da constituição estaria fulminada. Ademais, tais direitos fundamentais constituem um dos núcleos intangíveis da CF/88 (art. 60, § 4º, IV), nem mesmo uma emenda constitucional pode aboli-los. Portanto a limitação do direito fundamental há de ser meio impres-

14 MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais. p. 61.

15 NAÇÕES UNIDAS, Departamento de Informação Pública; Conferencia Mundial de Derechos Humanos – Declaración y Programa de Acción de Viena, Junio 1993; edição em espanhol, ONU, Nova Iorque, 1995; 80 páginas; Apud ALMEIDA, Fernando Barcellos de. Teoria Geral dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 159.

16 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 242.

17 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 243.

cindível para a preservação de outro direito fundamental ou outros valores constitucionais e deverá ser a mínima necessária.

Aqui está o limite da própria restrição. Ela não pode aniquilar um direito fundamental em benefício de outro. Se ambos os valores encontram tutela no ordenamento constitucional, deve vigor um princípio da relatividade ou convivência harmônica das liberdades públicas. No caso de conflito entre direitos fundamentais, o intérprete deve valer-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de modo a, identificando qual o valor primordial no caso concreto, procurar não esvaziar o direito fundamental que o contrarie. Dessarte, a restrição, além de ser necessária, isto é, de não haver outra forma de fazer valer o valor contraposto, deve ser veiculada pelo meio menos gravoso ao direito limitado e deve limitá-lo o menos possível. Moraes indica os limites da restrição a direito fundamental de modo que “as restrições sejam proporcionais, isto é, que sejam ‘adequadas’ e justificadas pelo interesse público e atendam ‘ao critério da razoabilidade’”.¹⁸ Silva sintetiza o limite da limitação desta forma: “só tem cabimento na extensão requerida pelo bem-estar social. Fora daí é arbítrio.”¹⁹

A inviolabilidade é uma só. É uma proibição de acesso, uma imunidade. Significa, portanto, que a privacidade não pode ser atingida nem restringida, nem mesmo por lei. A privacidade é inviolável, mas, obviamente, com isso, nem o constituinte nem o legislador civil pretenderam criar um espaço de imunidade ao ilícito. O foco foi outro, qual seja, proteger o indivíduo das investidas ilícitas ou arbitrárias dos demais agentes sociais e do próprio Estado. O direito à privacidade protege as manifestações lícitas da personalidade, protege o indivíduo de ingerências estranhas à sua vontade.

Pode ocorrer, contudo, a indevida e ilegal utilização do espaço da privacidade para a prática de ilícitos. Dessarte, retiram-se duas conclusões interdependentes: a ação praticada, ao atingir terceiros, foge ao princípio da exclusividade e, conseqüentemente, o espaço tido como de privacidade o é apenas na aparência, visto que seu conteúdo possui repercussão coletiva. Nesse caso, cai a cláusula de inviolabilidade.

Com efeito, a privacidade é o direito de o cidadão poder viver a sua vida sem quaisquer ingerências alheias. Não existe, pois, privacidade onde esse espaço não é utilizado para benefício próprio, mas para agressão a direitos alheios. O conteúdo da privacidade esgota-se com a repercussão do ato individual sobre os demais cidadãos. Se a repercussão atingir interesses públicos, então o ato, embora praticado em espaço aparentemente privado e sob uma roupagem de ato privado, será, na verdade, um ato público.

O critério do princípio da exclusividade perde sua razão de ser na medida mesma em que interesses e direitos de terceiros passam a ser atingidos. Nesse momento, o espaço supostamente ocupado pela privacidade deixa também de receber a proteção da cláusula de inviolabilidade da privacidade.

18 MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais, p. 48.

19 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo,

Art. 50: É necessário dar nova redação ao referido artigo:

Em caso de insolvência da pessoa jurídica, pode o juiz ou tribunal decretar, de ofício, a requerimento de qualquer interessado ou do ministério público, o fim da separação de seu patrimônio com o de seus sócios ou administradores, sempre que houver suspeita de prática de fraude, desvio de finalidade ou bens, bem como confusão patrimonial.

Parágrafo único: Na hipótese prevista neste artigo, o ônus processual e econômico da prova sobre a licitude do fato, ato ou negócio jurídico praticado antes do estado de insolvência é sempre da pessoa jurídica.

Kennedy Josué Greca de Mattos: Juiz de Direito do Paraná.

JUSTIFICATIVA

O Código Civil de 1916 sempre garantiu a total independência jurídica e econômica da pessoa jurídica e de seus integrantes. Tanto é verdade que o art. 20 da lei em vigor reza: *As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros*. A norma permitiu que, ao longo dos anos, se formasse uma cultura de irresponsabilidade dos sócios frente às conseqüências nefastas da insolvência, sendo que, na maioria das vezes, terceiros de boa-fé eram prejudicados com a impossibilidade de ser reparada a lesão ao direito praticado em virtude daquela separação.

Nem mesmo a jurisprudência teve forças para desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, já que a prova da fraude ou do abuso de finalidade sempre foi de difícil ou impossível obtenção.

A redação do art. 50 da Lei nº 10.406/02 mostra-se tímida e imprecisa. Tímida, porque não adota integralmente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, deixando várias brechas para que as fraudes ou desvios de bens continuem sendo praticados, bastando, para tanto, que a produção da prova da prática de ato ilícito seja complexa ou onerosa. Imprecisa, quando estabelece, em sua segunda parte, que o juiz poderá estender aos bens dos sócios ou administradores os efeitos de certas e determinadas obrigações, o que certamente ocasionará um longo debate sobre quais seriam as verdadeiras hipóteses de incidência da lei.

É bom lembrar ainda ter sido a nova lei inspirada nos princípios da equidade e boa-fé, conceitos que superam em muito a simples observância da gênese dos negócios jurídicos. A norma futura exige que esses princípios estejam presentes durante o desenvolvimento de toda a relação obrigacional, não apenas quando da captação da vontade dos envolvidos.

Por outro lado, a transparência que o novo ordenamento quer dar às relações jurídicas exige que haja a facilitação da investigação judicial sobre a licitude do funcionamento da empresa.

Trata-se de norma de ordem pública que deve impor esse ônus àqueles que querem ter deferimento estatal para criação de nova personalidade jurídica. Além disso, também por se tratar de lei que não pode ser afastada pelas partes, deve o magistrado poder agir imediatamente, muitas vezes para evitar iminente lesão de direito.

O enunciado propõe, ainda, legitimar qualquer interessado a provocar a incidência da lei, porque nem sempre a vítima da lesão de direito é parte na relação obrigacional.

Outro aspecto a ser salientado é que o parágrafo único agora sugerido tem a função de dar vida ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Além de prever a inversão do ônus probatório, obrigação processual que passa a ser atribuída a quem detém as efetivas condições de demonstrar a verdade, já que, por exemplo, é possuidor dos livros contábeis, dos balanços, das cópias dos contratos, do levantamento do passivo e ativo etc., também impõe o adiantamento dos custos econômicos da produção da prova em juízo, tudo a fim de evitar que aqueles que sofram os reflexos da insolvência não possam utilizar o novo ordenamento jurídico devido a sua hipossuficiência.

Art. 50: Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e limitadamente aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido.

João Baptista Villela: Professor Titular na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

JUSTIFICATIVA

A desconsideração da personalidade jurídica não é um recurso subsidiário predisposto ao atendimento de créditos, senão uma técnica para reprimir atos abusivos de gestão e reparar prejuízos que possam ter ocorrido. Equivocada leitura do instituto tem querido fazer dele, entre nós, um expediente de que se pode lançar mão sempre ~~que a pessoa jurídica não esteja em condições de satisfazer seus débitos. Esse desvio – já agora não mais da personalidade~~, mas de uma construção técnica para trazê-la aos seus justos limites – importa gravíssimos resultados. Desde logo, pode acarretar lesão à confiança do sócio ou administrador que tinham o direito de acreditar na limitação da sua responsabilidade que advém dos respectivos estatutos. Depois, a médio e longo prazo, produzirá fuga de investimentos em operações produtivas, alimentando, ao contrário, os puramente especulativos pela erosão contínua que causará ao princípio da separação (*trennungsprinzip*).

O reconhecimento de um patrimônio próprio às sociedades e, conseqüentemente, distinto do patrimônio dos sócios constitui fundamental marco evolutivo na teoria geral da personalidade. A criação de modelos societários de pequeno e médio porte que se lhes seguiu, em que os sócios têm a garantia de não se verem surpreendidos pela irregularidade da administração ou pelo insucesso econômico do empreendimento, assinala nova e extraordinária baliza. Ganha-se um patamar sucessivo no processo de domesticação da economia e de seu aparelhamento à formação de riquezas e à promoção do bem-estar social.

A *private company* do Direito inglês, de surgimento a princípio espontâneo, formalizada depois por disposições de 1900/1907 e regulamentada no *Companies Act* de 1948, é aqui um bom exemplo. Expressão emblemática desse refinamento teórico nos países de corte romano-germânico foi a lei alemã de sociedades por cotas, de 1892, logo acompanhada por similares em Portugal e Áustria, para, em seguida, ganhar numerosas outras ordens jurídicas, inclusive a do Brasil, através do Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919.

Essas construções jurídicas são particularmente apropriadas para a captação de pequenas economias e sua destinação a atividades empresariais, sem envolver a intervenção pessoal dos sócios na gestão e forrando de reverses maiores as respectivas aplicações. Pôr em causa o princípio da separação no afã de não deixar desatendido o crédito, por mais relevância que se lhe reconheça, como se dá em relação ao crédito trabalhista e ao fiscal, é praticar um raciocínio míope e simplório. É alimentar a ilusão de que o *Direito tudo pode*, porventura o mais curto caminho para debilitar a articulação interna do sistema jurídico e, no limite, romper a sua unidade.

Art. 51: É necessário dar nova redação ao referido artigo:

Aplica-se o disposto no artigo antecedente caso haja dissolução total da pessoa jurídica, ou seja cassada a autorização para seu funcionamento.

Kennedy Josué Greca de Mattos: Juiz de Direito do Paraná.

JUSTIFICATIVA

Na mesma linha de raciocínio do art. 50, é necessário constatar que as pessoas jurídicas são hoje dotadas de grande responsabilidade social, não só como geradoras de empregos, mas também, e principalmente, como fornecedoras de produtos e serviços nas relações de consumo.

Mesmo que os negócios não sejam direcionados para o grande mercado consumidor, as suas relações se refletem na comunidade empresarial de tal sorte que a paralisação de suas atividades acaba sempre por causar prejuízos a terceiros.

Dessa forma, sendo caracterizado estado de insolvência durante o procedimento de dissolução total da empresa, ou paralisando suas atividades por ordem de império do Estado, é necessário proteger o terceiro interessado, que poderá valer-se do artigo antecedente para sanar eventual lesão de direito causada pelo fato.

A redação do art. 51 da lei nova não separa fatos jurídicos diferentes, dando-lhes as mesmas conseqüências, sem fornecer a necessária segurança.

Como se sabe, pode haver dissolução total ou parcial da sociedade. Na última hipótese, a empresa continua a funcionar apesar da retirada de algum ou de alguns dos sócios.

Embora passe necessariamente por um período de reorganização estrutural e econômica e o período revele uma vulnerabilidade ainda maior, especialmente quando a dissolução se opera em juízo, o fato é que o art. 50, como foi sugerido, continua a fornecer a proteção necessária a terceiros.

Quando, porém, a pessoa jurídica encerra suas atividades em virtude do dissenso dos seus sócios, ou quando suas atividades se tornam proibidas pelo Estado, o risco social ultrapassa a barreira do tolerável, merecendo tratamento diferenciado pelo legislador.

Nesse caso, o art. 51 sugerido se encarregaria de reunir todos os integrantes da pessoa jurídica, tornando-os ilimitadamente solidários em relação ao passivo que, porventura, aquela sociedade tenha adquirido.

O parágrafo único do sugerido artigo antecedente daria vida ao dispositivo desconsiderador da personalidade jurídica da pessoa que encerra suas atividades muitas vezes deixando ao desamparo uma infinidade de outros entes de Direito que mantiveram relações civis e comerciais com a extinta.

Em outras palavras, para encerrar suas atividades em decorrência do comando judiciário ou administrativo, é necessário se submeter ao ônus de provar que a insolvência verificada que atinge terceiros de boa-fé não foi causada pela prática de atos ou negócios ilícitos.

Novo Código Civil

Gustavo Tepedino: Procurador Regional da República da 2ª Região.

Bruno Lewicki: Professor de Direito da Tecnologia da Fundação Getúlio Vargas e de Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Danilo Doneda: Professor de Direito da Informática da Faculdade de Direito da UERJ.

Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

A diversidade de valores informadores da tutela da pessoa humana e da pessoa jurídica impede a aplicação apriorística e automática dos direitos da personalidade no âmbito empresarial. A ofensa à imagem ou à chamada honra objetiva da pessoa jurídica, em regra, tem repercussão exclusivamente patrimonial, atingindo seus resultados econômicos. Não se trata de direitos da personalidade propriamente ditos, nem sua ofensa acarreta danos morais. Sendo os danos morais próprios da pessoa humana, o art. 52 poderá ser utilizado para a fixação de *danos institucionais* que atingem a credibilidade das pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa.

A pessoa jurídica, estranha que é a todo o processo histórico formador dos direitos da personalidade, partilha com a pessoa humana a subjetividade – ambas, na doutrina tradicional, são sujeitos de direito e podem reunir em torno de si situações jurídicas. Seus fundamentos, porém, são amplamente diversos. A ênfase em uma identidade entre duas subjetividades que têm fundamentos diversos tornou logicamente possível estender, por analogia, os direitos da personalidade às pessoas jurídicas.

Percebe-se de logo o equívoco de se imaginarem os direitos da personalidade e o ressarcimento por danos morais como categorias neutras, tomadas de empréstimo pela pessoa jurídica para a sua tutela (tida como maximização de seu desempenho econômico e de sua lucratividade). Ao contrário, o intérprete deve estar atento para a diversidade de princípios e de valores que inspiram a pessoa física e a pessoa jurídica.

É certo que a pessoa jurídica, criada pelo homem e dotada de uma personalidade jurídica que com a dele possui semelhança, é merecedora de tutela do ordenamento, assumindo, em alguns casos, uma falsa semelhança com a tutela da personalidade humana. Isso ocorre, por exemplo, na proteção do sigilo industrial ou comercial, que pode assemelhar-se, mas não coincide com o direito à privacidade; assim é com o direito ao nome comercial, cuja natureza não coincide com a do direito ao nome.

A fundamentação constitucional dos direitos da personalidade no âmbito dos direitos humanos e a elevação da pessoa humana ao valor máximo do ordenamento não deixam dúvidas sobre a preponderância do interesse que a ela se refere, interesse este presente na pessoa jurídica apenas de forma indireta.

O texto do art. 52 reconhece que os direitos da personalidade constituem uma categoria voltada para a defesa e para a promoção da pessoa humana. Tanto assim que não assegura às pessoas jurídicas os direitos subjetivos da personalidade, admitin-

do, tão-somente, a extensão da técnica dos direitos da personalidade para a proteção da pessoa jurídica. A rigor, a lógica básica dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana, e esta é a interpretação que se coaduna com a axiologia constitucional. Ainda assim, provavelmente por conveniência de ordem prática, o codificador pretende estendê-los às pessoas jurídicas, o que não poderá significar que a concepção dos direitos da personalidade seja uma categoria conceitual neutra, aplicável indistintamente às empresas e às pessoas humanas.

Os arts. 13, 14 e 15 tratam da saúde e da disposição de partes do corpo humano, sendo por óbvio descartada sua aplicação fora do âmbito das pessoas naturais. O mesmo ocorre com o art. 16, evidentemente voltado para o nome da pessoa humana, e com o art. 19, não se podendo cogitar do uso de pseudônimos propriamente ditos na esfera das pessoas jurídicas.

O art. 21 também é inaplicável às pessoas jurídicas, e não apenas porque prescreve que “a vida privada da pessoa natural é inviolável”. Mais que isso, a privacidade em si mesma – que engloba a proteção dos aspectos relacionados à intimidade e à chamada “vida privada” – é típica da pessoa natural. As pessoas jurídicas têm, forçosamente, uma série de fatos concernentes ao seu funcionamento e constituição submetida ao princípio da publicidade. Outros tantos aspectos devem ser mantidos em segredo, mas o que junte aqueles em torno dela congregados (como seus empregados) e aqueles com quem ela negocia (contratantes e parceiros) são deveres contratuais de sigilo, decorrentes, em regra, das obrigações trabalhistas e da incidência do princípio da boa-fé objetiva.

Não é propriamente a honra da pessoa jurídica que merece proteção, nem em vertente subjetiva tampouco em caráter objetivo. A tutela da imagem da pessoa jurídica – atributo mencionado, assim como a honra, pelo art. 20 – tem sentido diferente da tutela da imagem da pessoa humana. Nesta, a imagem é atributo de fundamental importância, de inspiração constitucional, inclusive para a manutenção de sua integridade psicofísica. Já para a pessoa jurídica com fins lucrativos, a preocupação resume-se aos aspectos pecuniários derivados de um eventual ataque à sua atuação no mercado. O ataque que, na pessoa humana, atinge à sua dignidade, ferindo-a psicológica e moralmente, no caso da pessoa jurídica, repercute em sua capacidade de produzir riqueza no âmbito da iniciativa econômica por ela legitimamente desenvolvida.

Há que se resguardar, todavia, a necessária diferenciação entre as pessoas jurídicas que aspiram ao lucro e aquelas que se orientam por outras finalidades. Particularmente no último caso, deve ser ressaltada a possibilidade de uma terceira espécie de danos, designados como institucionais, que atingem a pessoa jurídica em sua credibilidade – a qual pode ser equiparada à “boa fama” e à “respeitabilidade”, termos suscitados pelo art. 20. Essa é a interpretação que melhor se coaduna à recente admissibilidade, no STJ, dos danos morais à pessoa jurídica.

Art. 62, parágrafo único: O referido parágrafo único deve ser suprimido, em outras palavras, deve ser derogado.

Art. 66, § 1º: Tal parágrafo deve ser modificado, sugerindo-se que, na sua parte final, em vez de “Ministério Público Federal”, passe a constar Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ou, então, Ministério Público da União.

Celso Jerônimo de Souza: Promotor de Justiça em Rio Branco/AC.

JUSTIFICATIVA

1 INTRODUÇÃO

A lei que institui o novel Código Civil entrará em vigor no dia 10/1/2003, ~~com~~ *vacatio* de um ano, conforme estabelece o seu art. 2.044. No entanto, antes mesmo da sua vigência, já causa muita polêmica. O lapso temporal estabelecido pelo legislador sinaliza a possibilidade não apenas de se conhecer o diploma legal, mas tem servido, sobretudo, para estimular discussões sobre pontos que vêm encontrando resistência não só na comunidade jurídica como em outros segmentos da sociedade. Neste ensaio, iremos destacar para reflexões o Capítulo III, Título I do Livro que versa sobre fundações.

2 FUNDAMENTAÇÃO

Proclama o legislador civilista, no art. 62, o seguinte:

Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

A redação é a mesma do art. 24 do diploma em vigor, mudando apenas a técnica redacional.

Fica fácil deduzir da leitura do texto legal que a fundação tem personalidade jurídica privada, porquanto a sua criação se dá por ato *inter vivos* através de escritura pública ou *mortis causa* por meio de testamento. Essas manifestações de vontade, como atos jurídicos que são, apontam a natureza jurídica de direito privado que o legislador imprimiu à entidade. Anote-se terem sido previstas apenas duas formas de criação de fundação: escritura pública e disposição de última vontade.

É possível afirmar, ainda, que inexistente a idéia de fundação divorciada de patrimônio, o qual estará sempre afetado a uma finalidade determinada, razão por que o legislador ordinário estabelece deverem ser livres os bens que o compõem.

A finalidade, embora a regra legal não esclareça, é eminentemente social, vale dizer, para acudir demandas sociais, substituindo a atuação do poder público, que, por *fás ou por nefas*, não consegue atender.

Ao instituidor foi facultado estabelecer, no instrumento de criação, a forma de administrar a entidade, contudo, no seu estatuto social, é imperioso constar como ela será administrada, aliás, a omissão pode resultar na reprovação do estatuto pelo Ministério Público.

A inovação, contudo, consta no parágrafo único do art. 62 da lei sob comento, que giza:

A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

O aplicador do direito, ao fazer a leitura desse parágrafo, não tem como deixar de inferir duas coisas: 1) a fundação não terá fins econômicos, ou, como querem alguns, será sem fins lucrativos; 2) **só poderá** ser criada para fins *religiosos, morais, culturais ou assistenciais*.

Nesse dispositivo reside um dos pontos de maior divergência. De fato, se alguma pessoa dotada de considerável patrimônio resolver instituir uma fundação por escritura pública ou testamento, não poderá fazê-lo para fins educacionais, de pesquisa ou de proteção do meio ambiente, isso para ficar só em três exemplos.

Cabe salientar que a sociedade, ao longo de quase noventa anos do Código Civil vigente, experimentou uma significativa evolução, porém, de forma incompreensível, o legislador resolveu andar na contramão da história, pois o novo preceito legal significou um retrocesso ao período colonial do Brasil quando estabeleceu restrição que se afigura absurda e prescindível, sendo recomendável, a meu sentir, a sua supressão. Se isso não for feito, haveremos de conviver com a criação sistemática de associações civis para a defesa do meio ambiente, direitos humanos e pesquisas científicas. Essas entidades, ao contrário das fundações, não têm fins permanentes, já que podem ser modificadas, a qualquer tempo, por simples assembléia de sócios, o que não acontece nestas últimas, que, além disso, estão sujeitas ao controle externo do Ministério Público.

Por sua vez, a lei nova, sendo redundante, inovou com o § 1º do art. 66, cujo *caput* tem a mesma redação do art. 24 da lei vigente, sendo que o § 1º passou a ser o § 2º da lei nova.

Cogita, pois, o art. 66, §§ 1º e 2º, do novo Código o seguinte:

Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.

§ 1º Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal.

§ 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.

Cingir-nos-emos ao § 1º da moldura legal em realce, uma vez que ele se revela como a novidade ao estabelecer que as fundações instituídas no Distrito Federal ou Territórios serão veladas pelo Ministério Público Federal.

Quiçá o legislador ordinário teria sido menos infeliz se tivesse previsto que a fiscalização ficaria a cargo do Ministério Público da União, porque, dessa forma, o processo hermenêutico levaria o intérprete a concluir que a missão caberia ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, porque este integra aquele (CF, art. 128, I, "d").

A verdade é que não existe qualquer explicação lógica ou jurídica para se cometer ao Ministério Público Federal a incumbência de fiscalizar as fundações criadas no âmbito do Distrito Federal ou de Territórios, pelo contrário, o *caput* do artigo e seu § 2º reforçam a legitimidade do *Parquet* estadual para exercer o controle das fundações instituídas nos estados. Ora, considerando que o Distrito Federal tem natureza híbrida de estado e município, não há qualquer razão para retirar o velamento do seu Ministério Público e deslocá-lo para o *Parquet* federal, previsão, aliás, que chega a ser reprovável pelo fato de ignorar a existência daquele.

A partir do raciocínio esposado, é preciso refletir até mesmo sobre a constitucionalidade do dispositivo, já que, de maneira anômala, cria a possibilidade de procuradores da República postularem a extinção de uma fundação privada perante juízes distritais, e não no foro da Justiça Federal, diante do qual lhes é dado officiar. De fato, a causa não poderá ser proposta nesta última, visto que o litígio não versará sobre matéria de interesse da União alinhada no art. 109 da Carta Política.

Desse modo, *data maxima venia*, fica evidente a inobservância por parte do legislador do contido no art. 109 combinado com o 128, I, *d*, da Constituição Federal, pois a leitura desses comandos o teria levado a dar um enfoque diverso ao citado § 1º do art. 66.

Se quisesse ser explícito, diria simplesmente que a fiscalização das entidades fundacionais estabelecidas no Distrito Federal ou Territórios ficam a cargo do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Nesse contexto, o atino nos leva a inferir que a regra legal em tela deve ser modificada com a adoção, porventura, da sugestão alternativa contida na exposição acima, vale dizer, onde está *se funcionarem no Distrito Federal, ou Território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal*, **deverá** ficar com a seguinte redação: *Se funcionarem no Distrito Federal ou em Território, caberá o encargo ao **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios** ou alternativamente ... caberá o encargo ao Ministério Público da União.*

Art. 79: Não persiste, no novo sistema legislativo, a categoria dos bens imóveis por acessão intelectual, não obstante a expressão “tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente” constante da Parte Final do art. 79 do Código Civil de 2002.

Rogério de Meneses Fialho Moreira: Juiz Federal e Professor de Direito na UFPB.

JUSTIFICATIVA

Um dos temas que certamente renderá debates ante a vigência do novo Código Civil é a classificação dos bens imóveis e, mais particularmente, a dúvida sobre se persiste ou não a categoria dos bens imóveis por acessão intelectual ou por destinação do proprietário.

De acordo com o Código Civil de 1916, os bens imóveis estão assim classificados:

a) Imóveis por sua natureza: previstos no inciso I do art. 43: “o solo com sua superfície, os seus acessórios naturais e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo.”

Ensinava Teixeira de Freitas¹ que o único imóvel por natureza é o **solo**: sua superfície, profundidade e altura perpendiculares. Tanto que a lei nova preferiu somente a ele se referir, suprimindo a referência ao espaço aéreo e ao subsolo, que já eram objeto de várias restrições.

b) Imóveis por acessão física natural: “Tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada ao solo, os edifícios e construções, de modo que não se possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano” (art. 43, II).

c) Imóveis por definição legal (ficção legal): Direitos a que a lei, para oferecer maior segurança nos negócios, atribui natureza de imóveis. Estavam previstos nos três incisos do art. 44 (os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram, o direito à sucessão aberta e os títulos da dívida pública onerados com cláusula de inalienabilidade) e permanecem no art. 80 do novo diploma, com exceção destes últimos (títulos com cláusula).

d) Imóveis por acessão intelectual (ou destinação do proprietário): Segundo a dicção expressa do inciso III do art. 43, eram considerados bens imóveis “tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade”. Era essencial o elemento intelectual (a intenção do proprietário). Exemplos clássicos são as máquinas numa fábrica, os quadros que adornam as paredes, o trampolim das piscinas, os santos colocados em nichos próprios etc.

1 Conf. Silvio Rodrigues, Direito Civil, vol. I (parte), 32ª edição, de acordo com o Novo Código Civil p. 122.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, em recente obra², acrescentam àqueles exemplos: os aparelhos de ar condicionado, os agrícolas e escadas de emergência. Afirmam que são chamadas “pertencesas”. Embora mais adiante nos ocupemos da distinção, adianto que nem todas as pertencesas (previstas no novo Código) constituem bens imóveis por acessão intelectual.³

O art. 45 do Código de 1916 permitia a “mobilização”, vale dizer, os bens poderiam, também por vontade do proprietário, voltar à natureza de móveis, *verbis*: “Os bens de que trata o art. 43, III, podem ser, em qualquer tempo, mobilizados”. O dispositivo foi suprimido pelo Código de 2002.

A categoria dos imóveis por acessão intelectual, embora aparentemente de importância apenas didática, ganhava foros de relevância, sobretudo quando subjacente à questão tributária.

Em sua obra *Direito Civil*, vol. I, Silvio Rodrigues menciona dois casos em que o Tribunal de Justiça de São Paulo, com base naquela classificação, decidiu matéria alusiva à incidência de impostos (se devido o imposto sobre a transmissão de imóveis, mais oneroso, ou o imposto sobre a circulação de mercadorias, menos gravoso, em hipótese de venda de fábrica em que o negócio foi entabulado separando-se o imóvel do maquinário), embora com conclusões distintas.⁴

Ainda entre nós, Caio Mário da Silva Pereira traça os contornos da relevância da classificação, sobretudo quanto à extensão dos objetos compreendidos nas alienações (*Instituições de Direito Civil*, vol. I, 5ª ed., Forense, p. 361).

A importância prática dos bens imóveis por acessão intelectual (*les immeubles par destination attachés à perpétuelle demeure*) também é destacada pela doutrina francesa, conforme lição de Mazeaud e Chabas, ressaltando principalmente as conse-

2 Novo Curso de Direito Civil, vol. I (parte geral), Saraiva, 2002. p. 267.

3 A distinção é traçada por Roberto de Ruggiero in *Instituições de Direito Civil*, vol. 2, 1ª ed., 1999, traduzida por Paolo Capitanio e anotada por Paulo Banese, ed. Bookseller, pág 420.

4 “A ficção da lei, todavia, opera como se fosse verdade – *tantum operatur fictio in casu quantum veritas in casu vero*– e gera conseqüências jurídicas, como se aqueles objetos, móveis por sua natureza, fossem imóveis. Exemplo característico dessa afirmativa encontra-se no seguinte aresto do Tribunal de São Paulo (RT, 175/340). O dono de um curtume, querendo aliená-lo e no intuito de pagar menor tributo por ocasião da venda, dispôs separadamente dos maquinismos e do imóvel. Sobre a venda dos primeiros pagou apenas o imposto de vendas e consignações (mais reduzido), pagando a sisa tão-só o preço do prédio. Reclamou a Fazenda Pública o pagamento de sisa também sobre o menor preço dos maquinismos, alegando que, nos termos do art. 43, III, estes eram imóveis por destinação do proprietário, sujeita, portanto, sua alienação ao pagamento do imposto de transmissão inter vivos. Tal razão foi acolhida pela Corte.

Outro julgado aplica a regra do art. 45 do Código anterior, embora se trate de hipótese parecida com a primeira (RT, 116/183). Um industrial, desejando desfazer-se de sua indústria, desmontou suas máquinas e as vendeu. Ainda aqui a Fazenda Pública reclamou o imposto de sisa, alegando tratar-se de imóvel por acessão intelectual.

O Tribunal repeliu sua demanda, entendendo que, desmontadas, as máquinas passam à qualidade de móveis, não estando, portanto, sujeitas àquele tributo” (op. cit. 32ª ed., vol I, p. 124/125).

quências de natureza fiscal.⁵ Transcreve, ainda, vários arestos da jurisprudência francesa acerca da aplicação concreta dos artigos 524 e 525 do *Code Napoléon*.

Ruggiero⁶ sustenta ser importantíssima aquela categoria, prevista no art. 817 do Código Civil italiano. No entanto, o dispositivo que erigia os bens à categoria de imóveis por mera ficção da lei era muito criticado, por ampliar desmesuradamente a noção de bem de raiz.

Orlando Gomes⁷ afirma que “a categoria é a exageração do processo artificial de imobilização injustificável por duas razões: primeiro, porque interfere na noção de propriedade, que é estranha à conceituação de bem; segundo, porque introduz um elemento subjetivo – a intenção do dono – que torna extremamente maleável o conceito de imobilização, favorecendo conversões fraudulentas. Tais são os animais empregados no cultivo da terra, máquinas agrícolas, instalações, ornamentos”.

Com o advento do novo Código surge a dúvida: os bens por acessão intelectual persistem no ordenamento jurídico? A Lei nº 10.406, de 10.1.2002, não reproduz a classificação dos imóveis. Limita-se a preceituar: “Art. 79 São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.” Os imóveis por definição legal continuam previstos, agora no art. 80. Também não há dúvida de que persistem os imóveis por acessão física em face da expressão “incorporar natural” (vg., árvores) ou “artificialmente” (vg., edificações).

Assim, embora a nova redação não trace a classificação exaustiva do regime anterior, há quem sustente que todas as categorias, inclusive a relacionada à acessão intelectual, permanecem contidas na segunda parte do novel art. 79.

Os autores que já lançaram obras doutrinárias no mercado, até mesmo em face do tempo exíguo que tiveram para as adaptações, no mais das vezes, passam ao largo do tema, quando não apresentam o problema sem aprofundar a análise na busca de uma conclusão mais efetiva.

Arnold Wald, em seu *Direito Civil* (introdução e parte geral, “com remissões ao novo Código Civil”), sequer comenta que houve a supressão legislativa do dispositivo que embasava aquela categoria de bens. Trata da acessão intelectual como se nada tivesse mudado (pág. 166/167).

Galiano e Pamplona, na obra a que fiz alusão, de excelente conteúdo doutrinário, não ressaltam que o novo texto não se refere aos imóveis por destinação do

5 “Cependant, cette question a souvent une grande importance sur le plan pratique. Lorsque l'immeuble est vendu sans aucune précision, les meubles attachés au fonds étant immobilisés sont considérés comme vendus avec l'immeuble. Ainsi, l'acquéreur du château de Pontchartrain revendiquait de très belles tapisseries, qu'il prétendait attachées au fonds (2^a espèce rapportée). De même, les meubles devenus immeubles par destination se trouvent hypothéqués avec l'immeuble et seront saisis en même temps que lui. D'autre part, les droits fiscaux dus à l'occasion des ventes immobilières sont beaucoup plus élevés que ceux qui grèvent les ventes mobilières: aussi l'Administration de l'Enregistrement tent-t-elle souvent de faire attribuer aux meubles qui sont vendus en même temps qu'un immeuble le caractère immobilier”, in *Leçons de Droit Civil, introduction à l'étude du droit*, 10^a édition, p. 301.

6 Op. cit. pág 420.

7 Introdução ao Direito Civil, 7^a ed., Forense, p. 190.

proprietário. Como já assinalei, afirmam que se trata de pertenças.

Sílvio Rodrigues, volume já mencionado (p. 121), limita-se a afirmar que o novo Código tratou a matéria “de maneira ligeiramente diversa, não repetindo a regra do art. 43, III”. Diz que “o tema merece ser analisado” e passa a discorrer com a mesma redação das edições anteriores, sem concluir pela permanência ou não da categoria. Afirma, ainda, que “essa noção também deve estar compreendida na fórmula geral do novo art. 79 e dependerá do exame do caso concreto” (pág. 310). E acrescenta: “serão o caso concreto e a definição da coisa que farão concluir pela imobilidade” (pág. 311). Contudo, na mesma obra, por outro lado, diz que se suprime “a referência aos imóveis por acessão intelectual, categoria que não mostrava utilidade” (p. 313).

Maria Helena Diniz, às fls. 285 da nova edição do seu *Curso de Direito Civil Brasileiro*, menciona que o dispositivo do Código de 1916 era muito criticado por ampliar o rol dos bens imóveis, por isso andou bem o novo Código ao restringir, no art. 79, a conceituação de imóvel apenas ao solo e a tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente. Mas antes havia afirmado que a classificação dos bens imóveis persiste no novo Código Civil, 79, “2ª parte” (p. 281), sem dela excluir aqueles assim considerados por destinação do proprietário.

Penso, contudo, que a intenção do legislador foi efetivamente suprimir os bens imóveis por acessão intelectual, inclusive em atenção aos reclamos da própria doutrina. Não é razoável defender que uma ficção, amplamente criticada pela doutrina nacional, persista, ainda que não mais prevista no direito positivo. Acrescente-se que, coerentemente, também foi suprimido o antigo art. 45, que tratava da possibilidade de voltar o bem à condição de móvel.

A solução para os casos concretos, inclusive aqueles relacionados à tributação ou à extensão do objeto dos negócios jurídicos (por exemplo, se na venda de uma fazenda estão incluídos os implementos agrícolas, ou se na venda de um apartamento estão incluídos os aparelhos de ar condicionado), podem perfeitamente ser obtidas com a aplicação dos princípios atinentes às pertenças, instituto antes preconizado pela doutrina e agora expressamente reconhecido pelo novo Código Civil, que traz inclusive a sua definição.

Determinam os arts. 93 e 94 do Código de 2002:

“Art. 93. São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro.”

“Art. 94. Os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso.”

As pertenças não se confundem com as acessões. Como ensina Ruggiero, as últimas seguem necessariamente a sorte do principal, já que não suscetíveis de domínio separado. Já as pertenças são suscetíveis de domínio autônomo, não estando necessariamente ligadas ao destino jurídico da coisa principal.⁸

8 Op. cit., p.420.

No regime anterior, os imóveis por destinação do proprietário necessariamente seguiam a sorte do bem ao qual estavam justapostos. Agora a solução não pode mais ser a mesma. Não há previsão acerca dos imóveis por acessão intelectual.

Como aquela categoria não subsiste, é imperativa a aplicação do art. 94. Aqueles bens móveis que “se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento” de um imóvel, não adquirem também a natureza de imóvel. São mera pertença e, como tal, via de regra, ao contrário do que corria na sistemática anterior, não estão compreendidos nos negócios jurídicos relacionados ao principal.

Em resumo, não é necessário valer-se de uma ficção (que não mais se pode sequer chamar de legal), para considerar imóvel o que não tem aquela natureza. Basta, no caso concreto, decidir se se trata ou não de pertença e se há lei ou manifestação de vontade, ou ainda pelas circunstâncias do caso, para que se encontre a solução jurídica a reger a questão enfrentada.

DIREITOS REAIS: AS PERTENÇAS.

Véra Maria Jacob de Fradera: Professora de Direito Civil.

Art. 93. São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro.

Art. 94. Os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso.

Segundo as relações existentes entre os bens, eles se classificam em principais e acessórios. Em regra, é a condição jurídica do bem principal que determina a da **acessória**.¹ Se nos detivermos na observação dos diversos graus de vinculação entre as coisas, concluiremos que nelas, coisas, existem partes integrantes essenciais e não-essenciais. A vinculação mais estreita dá lugar ao conceito de parte integrante essencial. Quando a vinculação é menos estreita, estamos frente a uma parte integrante não-essencial.

Dessa maneira, parte integrante essencial é aquela que não pode ser separada da coisa sem deteriorá-la ou destruí-la. Quando a separação ocorre sem destruição, sem prejuízo para a existência da coisa, estamos frente a uma parte integrante não-essencial. As relações que existem entre pertenças e bens principais, acessórios, móveis e imóveis, partes integrantes essenciais e não-essenciais são as de que, se a coisa unida à principal pode separar-se sem que se ressinta esta, será uma pertença. O destino econômico, a estabilidade no serviço, a afetação pelo titular distinguem as pertenças do resto das coisas acessórias.² As pertenças são coisas móveis e fisicamente independentes. A doutrina explicita quais os requisitos para que uma coisa seja considerada como tal:

A) Elemento objetivo: a coisa deve ser física e economicamente distinta da principal, entendendo-se por fim econômico a normal utilização da coisa, e esta deve gozar da necessária individualização e independência. O fim econômico pode ser determinado em lei, sendo em todo o caso necessário que se trate de um destino permanente, estável e duradouro.

B) Elemento subjetivo: é o denominado *ato de afetação* e consiste em um vínculo jurídico estabelecido pelo titular da coisa principal em virtude do qual coloca a outra coisa em relação de subordinação com a primeira, tendo esse vínculo a finalidade de servir ao fim econômico da coisa principal.

Há de ser para um fim permanente e duradouro, não podendo, conseqüentemente, ser realizado por aqueles que se utilizam da coisa apenas em carácter temporá-

1 Vide, por exemplo, os arts. 58 e 59 do CC brasileiro de 1916.

2 Cf. OERTMANN, Paul. Introdução ao Direito Civil, pp. 158 e segs.

rio, por exemplo, o arrendatário ou o precarista.

Há de tratar-se de um fim concreto, isto é, não somente ideado ou querido, e sim realizado de modo que a pertença se ache efetivamente a serviço da coisa.

Uma observação merece ser feita: a pertença pode ser objeto de atos e relações jurídicas próprias.³

O tratamento legislativo da matéria

A) No Brasil

a) Até o advento do Código Civil de 2002, não havia norma expressa para disciplinar a categoria de parte integrante não-essencial, denominada pertença. O princípio geral disciplinador das relações entre coisa principal e acessória eram os arts. 58⁴ e 864⁵ do Código Civil.

b) O Código Civil de 2002 afastou-se dos modelos da maioria dos códigos civis europeus, inspirando-se no Código Civil português, neste aspecto em posição divergente dos demais diplomas.

Com efeito, os Códigos da Alemanha (§ 314), França (art. 1615), Áustria (arts. 1.047 e 1.061), Espanha (1.097), Hungria (§§ 338 e 1.354) e Itália (art. 818) determinam que, na dúvida, o vendedor deve entregar ao comprador a coisa principal com as pertenças.⁶ Este, aliás, é o entendimento do legislador brasileiro de 1916 no que se refere à entrega do acessório juntamente com o principal, conforme disposto no já mencionado art. 864 do Código Civil.

Como então interpretar o art. 94 do Código Civil de 2002 no que se refere à alienação de bens imóveis, por exemplo? Em que pese ao disposto no texto deste artigo, as pertenças deverão ser alienadas conjuntamente com o imóvel, pois o conceito de pertença não é subjetivo, é dado, em primeiro lugar, pelo conceito geral, pelos *usos de tráfico*, ou pela lei. Dessa forma, os negócios jurídicos que digam respeito ao bem principal abrangem as pertenças, salvo se houver manifestação expressa em contrário, pois os usos de tráfico, quase universalmente, referendam o entendimento.

3 Conforme orientação do Código Civil italiano, art. 818: « Os atos e as relações jurídicas que têm por objeto a coisa principal abrangem também as pertenças, se não houver disposição contrária. As pertenças podem ser objeto de atos e relações jurídicas próprias. »

4 “Salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal.”

5 “A obrigação de dar coisa certa abrange-lhe os acessórios, posto não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso.”

6 Interessante analisar as ponderações do professor Couto e Silva, in A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro, de José Carlos Moreira Alves, Ed. Saraiva, 1986, p.40.

Art. 102: Os bens públicos dominicais, que não sejam imóveis, podem ser adquiridos por usucapião.

João Baptista Vilela: Professor Titular na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

JUSTIFICATIVA

A vedação constitucional de serem os bens públicos insusceptíveis de aquisição por usucapião só concerne aos imóveis: cf. Constituição da República, art. 191, parágrafo único. É claro que, com isso, não se exclui possa o legislador ordinário estender a proibição. É o que, aparentemente, faz o art. 102 do Código Civil, ao não distinguir entre as espécies de bens públicos. Ao se concluir, porém, que os bens móveis estão ali compreendidos, cria-se uma fonte permanente de insegurança no tráfego jurídico.

Certamente que da estabilização plena que se alcançaria pela usucapião continuará excluída a posse sobre os imóveis públicos dominicais. Mas a exceção tem a justificá-la a maior dificuldade de o poder público exercer vigilância sobre os bens móveis de seu domínio. Ademais, a identificação de qual seja o titular do domínio dos imóveis é, em princípio, sempre possível, o que, ao contrário, frequentemente não ocorre em relação aos bens móveis.

Daí decorre inevitável risco de lesão à boa-fé de adquirentes de bens que pertençam ao Estado, sem que esse atributo seja visível por qualquer forma. sequer parece despropositado supor que o constituinte, ao limitar a proibição aos imóveis, estivesse convocando o legislador a ponderar a conveniência de uma solução diferenciada para os bens móveis, ao que se chegaria, então, por via deste enunciado.

Art. 108: A escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), corrigidos por índice oficial.

José Osório de Azevedo Júnior: Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

JUSTIFICATIVA

1 – O art. 108 do novo Código Civil estabelece:

Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Trata-se de preceito correspondente ao art. 134, II, do Código Civil anterior, que nunca encontrou aplicação concreta, seja porque havia crônico processo inflacionário, seja porque o limite, quando atualizado, o era por valores inexpressivos. Tal preceito sempre foi letra morta em nosso Direito Civil.

Na verdade, o intuito do legislador de 1916 foi sendo paulatinamente desvirtuado. Naquela ocasião, o anterior limite passou de duzentos mil réis para um conto de réis.

2 – O valor constante no novo Código também é inexpressivo, equivalendo hoje a seis mil reais.

Parece intuitivo que o limite visa a alcançar o valor de um imóvel popular, desonerando as pessoas de baixa renda com as despesas cartorárias. O valor ora proposto (quinze mil reais) talvez ainda seja baixo.

3 – O argumento relacionado com a segurança jurídica da aquisição não procede. As negociações imobiliárias, de qualquer valor, podem hoje se fazer por instrumento particular de compromisso de compra e venda, com possibilidade de adjudicação compulsória, sistema esse mantido pelo Código novo.

Considere-se ainda que deu bons resultados a dispensa de escritura pública nos contratos ligados ao Sistema Financeiro da Habitação – art. 61, § 5º, Lei n. 4.380, de 21.8.1964, referentes a imóveis de qualquer valor.

4 – Por fim, é importante lembrar que o indigitado art. 108 do novo Código vincula ao salário mínimo o valor do limite legal para a exigência de escritura pública.

Com isso, houve infração do art. 7º, inciso IV, Constituição Federal, que reza:

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem

à melhoria de sua condição social:

(...)

IV – salário mínimo, fixado em lei, etc..., sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

5 – A utilização do salário mínimo como fator de correção monetária – prática tão freqüente nos tribunais – vem sofrendo justa condenação por parte de renomados economistas, seja por não refletir a inflação, seja por gerar conseqüências perversas para a economia como um todo.

O Supremo Tribunal Federal, pela voz do eminente Ministro Moreira Alves, já deu pela inconstitucionalidade da vinculação, embora em outra hipótese:

INDENIZAÇÃO. Dano moral. Vinculação do salário mínimo como fator de atualização da reparação. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 7º, IV, da CF.

Em face do disposto no art. 7º, IV, da CF, é vedada a vinculação do salário mínimo como fator de atualização de indenização concedida a título de dano moral.

RE 225.488-1-PR, j. 11.04.2000, r. Min. Moreira Alves. – RT 782/192.

(Cita os precedentes: Adin 1.425, j. 1º.10.1997; RE 217.700, j. 9.11.1999; RE 237.965, j. 10.2.2000).

Art. 111: Quanto à interpretação do art. 111 do CC/2002, nas relações de consumo, as "circunstâncias" de vulnerabilidade e o déficit informacional de um dos parceiros, o consumidor, e "os usos" do mercado de consumo, regulados hoje, de forma obrigatória, pela ordem pública consolidada no Código de Defesa do Consumidor e ordenada pelo art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da Constituição Federal, não autorizam que o silêncio importe anuência, exigindo-se a declaração de vontade expressa e informada do consumidor.

Claudia Lima Marques: Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS.

JUSTIFICATIVA

Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

Nas relações de consumo, as "circunstâncias" de vulnerabilidade e o déficit informacional de um dos parceiros, o consumidor, e "os usos" do mercado de consumo não autorizam que o silêncio do consumidor passe a importar em aceitação ou anuência a contratos de consumo. As regras atuais do Código de Defesa do Consumidor, sua ordem pública constitucional de proteção do mais fraco e o princípio da boa-fé devem encontrar aplicação nas relações de consumo para proteger, de forma especial, o consumidor, normalmente passivo frente ao profissional/empresário.

O princípio da boa-fé é o paradigma de interpretação do novo CC/2002 (art. 113)¹ e protege o vulnerável, assim como combate os abusos originados pelas diferenças objetivas entre o leigo e o profissional, que redige o contrato (e atua) de forma a "utilizar-se" da normal passividade ou "silêncio" do mais fraco, leigo e vulnerável (*ex vi* art. 4º, I, do CDC). Assim, por exemplo, *ex vi lege*, se o consumidor recebe um produto que não pediu e mantém o seu "silêncio", o direito positivo brasileiro atual (art. 39 do CDC) não pressupõe que sua passividade importe em aceitação, ao contrário, prevê expressamente a sanção ao fornecedor através da afirmação de que o "produto" (por exemplo, livros) ou o serviço (por exemplo, um cartão de crédito enviado sem requisição específica) deverão ser considerados como "amostra grátis", logo gratuitos para o consumidor passivo.

Da mesma maneira, a jurisprudência brasileira é bastante enérgica em afirmar serem abusivas e nulas (art. 51, IV e § 1º, do CDC) as cláusulas contratuais que considerarem o silêncio do consumidor como "aceitação" ou anuência, por exemplo, das modificações impostas pelo fornecedor (empresa) no conteúdo do plano de saúde contratado, no contrato bancário, no contrato de *leasing* em dólar, no contrato de

¹ O próprio Código Civil novo assim impõe: "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração." "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

serviços educacionais. O silêncio do vulnerável frente à atuação do profissional não pode ser considerado como sua anuência ou aceitação de qualquer proposta ou modificação realizada pelo profissional, sendo esta uma vantagem contrária aos ditames da boa-fé, que impõe deveres de conduta ao profissional, de informar, cooperar e cuidar de seu parceiro contratual mais fraco, o consumidor, como está hoje positivado no CDC, que regula as relações de consumo.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, pp. 552-559, 594-645 e 924 e seg.

Art. 113: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (sem correspondente na lei anterior).

Maria Alice Paim Lyard: Juíza Titular da 38ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

JUSTIFICATIVA

Trata-se de norma interpretativa de negócio jurídico. A boa-fé pode ser analisada do ponto de vista subjetivo ou objetivo. A boa-fé subjetiva examina “a *opinio* do agente”, o conteúdo interno do ato, a crença do sujeito, enquanto a boa-fé objetiva vai averiguar o fato objetivamente, os aspectos externos do ato, para dizer se ele traduz uma atividade correta.

A boa-fé objetiva não fora prestigiada pelo Código Civil anterior. Para alguns, ela teria sido referida, embora timidamente, no art. 1.443, que trata dos deveres do segurador e do segurado de atuarem dentro “da mais estrita boa-fé e veracidade”. Dessa forma, não constituem um marco no ordenamento anterior.

A doutrina e a jurisprudência já vêm entendendo, de há muito, que, em relação aos contratos, deve-se ater à boa-fé, às necessidades de crédito e à qualidade (RT 145:652 e 180:663).

No sentido subjetivo, indaga-se qual a intenção do sujeito com a conduta praticada. Assim, pergunta-se se o agente efetivamente foi movido por erro ou na crença de estar em conformidade com o ordenamento jurídico. No sentido objetivo, procura-se averiguar a conduta do agente indagando se ela se ajusta a regras normalmente admitidas, conforme os princípios da honestidade e da retidão de agir.

A boa-fé objetiva tem sua origem, segundo alguns, na noção de *fides* romana. A primeira menção do termo *treu und glauben* – hoje reconhecido no direito alemão como relativo à boa-fé objetiva – teria surgido em um manuscrito de 1346. Entretanto a referência ao termo não significa o desenvolvimento do conceito. De qualquer forma, o tribunal de Lübeck julgou algumas causas nas quais revelou uma considerável compreensão da idéia de boa-fé objetiva. Em 1850, por exemplo, deu-se o caso de um comprador de uma mercadoria perecível que deixou de avisar ao vendedor o seu desinteresse pelo bem. A mercadoria acabou apodrecendo. Entendeu-se, na ocasião, que faltou boa-fé ao comprador, pois deveria ter informado rapidamente ao vendedor a sua decisão. No direito alemão, com a teoria da confiança nas declarações, pelas quais se fazia necessário presumir a boa-fé dos contratantes, fixou-se naquele país, pela primeira vez, um conceito objetivo de boa-fé.

O princípio da boa-fé objetiva, justamente por ser princípio, tem normatividade. Provém da interpretação do parágrafo 242 do Código Civil alemão, difundido em quase todos os ordenamentos jurídicos, notadamente naqueles de *common law*. Refere-se à expressão alemã *treu und glauben*, significando lealdade e crença. Não requer nenhum elemento psicológico ou interno. Invoca um dever, uma obrigação

socialmente recomendada. Em síntese, é o dever de conduta de não frustrar a confiança alheia. É conceito que tem origem na ética cristã, que se confunde com a equidade das relações negociais.

A boa-fé objetiva é a análise de uma certa conduta na qual se aprecia, de forma material, se o autor do ato agiu de forma adequada. Trata-se do exame do procedimento correto, não se questionando os motivos ou a intenção do realizador, mas apenas o ato praticado. Como não poderia deixar de ser, o conceito traz consigo um critério valorativo que não é por si forjado pelo direito, mas que o direito assume e recebe da consciência social, da consciência ética da sociedade, para o qual ele foi destinado a valer. A averiguação da conduta adequada dependerá, assim, dos valores da sociedade. Os padrões de conduta são determinados pelo comportamento exigível do bom cidadão, do bom pai de família; configura uma atuação em desconformidade com esses padrões uma violação à boa-fé objetiva.

O princípio vem inserido na maioria das legislações civis atuais, de que são exemplos o artigo 7º, I, do CC espanhol de 1974; o artigo 1.337 do CC italiano e o artigo 227 do CC português.

A boa-fé em matéria de interpretação de negócios jurídicos quer dizer que o homem acredita e confia em que uma declaração de vontade terá como efeitos os usuais, ou seja, os mesmos efeitos que normalmente haja produzido em casos iguais.

O princípio da boa-fé objetiva pode ser visto como um valor resguardado na Constituição. Fala-se, hodiernamente, na constitucionalização do direito civil, para tratar do fenômeno de imigração de regras que antes pertenciam exclusivamente ao campo do direito privado para a norma principal do sistema. É certo que o espírito da Constituição aponta no sentido de que a autonomia privada deve ceder diante da justiça social a fim de garantir o equilíbrio entre a liberdade e a justiça.

Para alguns, a boa-fé objetiva estaria inserida nos fundamentos da República, mais especificamente no respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal). Para outros, o princípio estaria resguardado nos objetivos fundamentais da República, art. 3º, I, que fala da constituição de uma sociedade justa, livre e solidária.

O raciocínio utilizado é simples: a boa-fé consiste na conduta adequada. Através dessa conduta correta se garantirá a dignidade da pessoa humana, pois estar-se-á evitando que alguém sofra uma deslealdade. No entanto há de se considerar que nem todas as relações jurídicas envolvem a pessoa humana. No caso, por exemplo, da humilde mercearia que toma empréstimo de um poderoso agiota, pode haver violação ao princípio da boa-fé objetiva, mas o lesado será a pessoa jurídica. Entretanto, caso se entenda que o embasamento da aplicação do princípio está no amparo à dignidade da pessoa humana, não se poderia invocar essa proteção no caso citado, porque a parte lesada seria uma pessoa jurídica.

Há os que entendem que o princípio da boa-fé objetiva estaria previsto entre os objetivos fundamentais da República, uma vez que a Constituição pretende garantir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da Constituição Federal). É claro que, para se atingir uma sociedade livre, justa e solidária, o direito deve prestigiar as condu-

tas corretas. Essa acepção não possui qualquer restrição. Conclui-se, então, que a primeira possibilidade é válida, mas nem sempre será aplicável; o segundo enfoque é sempre aplicável; e as duas acepções podem coexistir, sendo que a segunda estará sempre presente.

Passo fundamental no estudo da boa-fé objetiva consiste em delimitar a amplitude de sua aplicação na criação de deveres e como orientadora da conduta das partes. Há um dever de agir de forma correta nas relações contratuais. São secundários, complementares ao dever principal de adimplemento obrigacional. Uma possível classificação desses deveres secundários os qualifica em função do momento em que eles aparecem. Podem surgir na fase de formação, de celebração, de cumprimento e, até mesmo, após o contrato, o que demonstra que a obrigação de agir lealmente acompanha todo o *iter negotii*

Vejam os deveres de boa-fé objetiva referentes à etapa da formação da relação. Os exemplos mais evidentes são os deveres de informação acerca da qualidade do objeto da prestação e a forma pela qual a obrigação será cumprida. Outro dever comum à etapa de formação é o de segredo, segundo o qual as partes se comprometem a não comentar o possível acordo antes de sua celebração. Esses deveres pré-contratuais, referentes às tratativas, são hoje plenamente analisados também pela doutrina estrangeira no estudo das *pourparler* no direito francês, *verhandlungen* no alemão e da *trattative* do italiano.

Resumindo, a boa-fé objetiva consiste na averiguação da conduta adequada que se espera e deve ser exigida das partes na relação contratual, como forma de atingir uma sociedade mais justa e solidária. Funciona, portanto, como fonte de direitos e deveres. A boa-fé objetiva está inserida no nosso sistema, tanto como forma de aplicação no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, no art. 422 do Código Civil, como princípio geral do direito e como valor constitucional.

A avaliação da conduta adequada não se restringe ao procedimento da parte, mas também ao conteúdo do que se obrigou.

A análise da boa-fé objetiva nos contratos deve ser harmonizada com os princípios da liberdade contratual e da obrigatoriedade. A boa-fé pode servir como motivo de alargamento ou de restrição das cláusulas do contrato. A verificação da boa-fé pode justificar eventuais quebras da equivalência, bem como a sua ausência pode permitir a reavaliação do objeto do contrato.

O sistema não pode partir em defesa de qualquer das partes, mas deve proteger a boa-fé objetiva. Dentro dessa proteção se garantirá a justiça no caso concreto.

Ver art. 131, I, do Código Comercial; arts. 4º e 51, IV, do CDC; art. 422 do CC.; arts. 14, 17 e 630 do CPC.

Arts. 119, 121, 662 e 665: Nos casos de conflito de interesse, é ineficaz o negócio jurídico celebrado pelo representante em relação ao representado.

Mairan Gonçalves Maia Júnior: Desembargador do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

JUSTIFICATIVA

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 disciplina o instituto da representação em sua parte geral, nos arts. 115 a 120. Supre, assim, parcialmente, a omissão do Código Civil de 1916. Remete, porém, o tratamento da representação voluntária às regras do contrato de mandato.

Considera, no art. 119, anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, estipulando o prazo de seis meses, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, como prazo decadencial para propositura de ação anulatória do negócio jurídico.

Contudo o art. 662 prevê a ineficácia dos atos celebrados pelo falso procurador e pelo representante com excesso de poder, espécies do gênero 'conflito de interesses'. Trata, assim, de maneira distinta as situações de conflito de interesse, sem embargo de, no art. 665, considerar o representante que age com excesso ou abuso de poder mero gestor de negócios: "enquanto o mandante não lhe ratificar os atos."

2 DO CONFLITO DE INTERESSES ENTRE REPRESENTANTE E REPRESENTADO

A legitimidade da conduta do representante advém de sua conformidade com os poderes outorgados, devendo, ainda, ter em atenção o fim para o qual foi solicitada sua intervenção.

Os limites do poder representativo são fixados soberanamente pelo outorgante no caso de representação voluntária ou convencional. Na hipótese de representação legal, são estabelecidos e delimitados em lei. Não são poucas, porém, as questões surgidas em razão das relações estabelecidas entre representante e representado.

Há situações em que o representante atua com falta de poderes, hipótese de falso procurador, com excesso ou mesmo com abuso de poder, não atendendo à finalidade para a qual foi instituída a representação.¹

Não se pode, outrossim, afastar a possibilidade de, mesmo agindo dentro das limitações impostas, entrar o representante em conflito com os interesses do

1 CUNHA GONÇALVES anota com vigor: "O abuso de poder, ou o excesso de mandato, ou a gestão de negócios, são factos estranhos a essa vontade; e, por isso, nêles não há representação senão quando houver ratificação." Op. cit., p. 336, vol. IV, Tomo I.

próprio representado.

Nessa situação, inequivocamente, há nítida contraposição entre os interesses do *dominus negotii* e do *procurator*, configurando-se o conflito de interesses de ambos.

Segundo Emilio Betti², o conflito entre os interesses do representante e do representado pode advir:

a) da falta de poder de representação (consciente ou ignorada) por nunca ter existido ou por já ter cessado;

b) do abuso do poder conferido ao representante.

A situação de conflito de interesses na relação representativa pode, então, decorrer:

a) da atuação do representante sem poderes, caso de *falsus procurator*;

b) da conduta do representante com excesso de poderes;

c) do abuso do poder de representar por parte do representante;

d) de a atuação exauriente do representante no interesse do representado prejudicar a si próprio.

2.1 DO *FALSUS PROCURATOR*

Ocorre a representação sem poderes quando o pretense representante atua ilegitimamente, ou seja, sem que lhe tenham sido deferidos poderes para agir em nome do *dominus negotii*, pois, como já visto, a outorga do poder de representar é elemento indispensável à configuração da representação. Caracteriza a situação que a doutrina denomina de falso procurador, *falsus procurator*.

A representação sem poderes pode ocorrer por nunca terem sido conferidos poderes ao pretense representante, ou por terem cessado ou se exaurido os poderes anteriormente conferidos. Díez-Picazo³ define, de modo claro, a situação: "En términos generales, la definición del representante sin poder no resulta difícil de realizar. Existe en todos aquellos casos en que una persona lleva a cabo una actividad que es externamente representativa (lo que significa que es reconocible que actúa por y para un dominus negotii), pero sin tener para ello suficiente poder de representación. Puede ocurrir así porque el poder de representación no existe ni ha existido nunca. Puede ocurrir también porque se desarrolla la actividad representativa cuando se había ya extinguido la relación representativa."

Em ambas as situações, no momento da realização do ato ou do negócio jurídico, o falso procurador não detém poderes para agir em nome do *dominus negotii*.

A representação sem poderes diferencia-se do excesso de poder, porque neste há poder de representação, porém o *procurator* extrapola ou excede os limites dos poderes conferidos.

2 Betti, Emilio, "Teoria Geral do Negócio Jurídico". Coimbra: Coimbra Ed. 1970. p. 24.

3 Díez-Picazo, Luis. "La representación en el derecho privado." Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 214.

Surge então a questão de como deve ser tratado o ato ou negócio jurídico **realizado pelo falsus procurator**⁴, ou seja, se deve ser considerado existente, válido ou inválido, ou, ainda, se é eficaz com relação ao *dominus negotii*.

A questão, contudo, em razão do específico tema tratado, será abordada, exclusivamente, com relação à repercussão no negócio representativo celebrado com a ausência do poder legitimador da conduta do falso procurador.

Para Emílio Betti⁵, a falta de poder exige a nulidade relativa como tratamento mais adequado à enérgica tutela do interesse ameaçado pela indevida ingerência do pretense "representante", visto que desprovido de poderes.

Segundo o professor italiano, há invalidade em "estado de pendência" enquanto não sobrevier a ratificação do interessado; converte-se em definitiva com a recusa deste.

A validade ou invalidade de ato jurídico é qualidade que a este se atribui, considerando a análise de seus elementos integradores. O ato ou negócio jurídico realizado pelo falso procurador encontra-se perfeito e acabado e contém todos os elementos necessários à sua formação e validade. Não há necessidade de acrescentar ou modificar nenhum dos elementos essenciais do negócio jurídico.

Porém não é oponível ao *dominus negotii*, já que a outorga de poderes é necessária para a licitude do negócio jurídico representativo. Não produz efeitos com relação ao *dominus negotii* em razão da falta de legitimidade da conduta do representante, já que este agiu sem lhe terem sido confiados os poderes necessários para a sua atuação.

Contudo, uma vez ratificado o ato do representante pelo *dominus negotii*, a eficácia do negócio jurídico representativo produz-se direta, imediata e exclusivamente na esfera jurídica deste.

Essa imediata produção dos efeitos próprios do negócio jurídico representativo demonstra que o ato ou negócio jurídico celebrado sem poderes satisfazia os pressupostos de existência e validade, visto que nenhuma alteração ou modificação nos elementos do ato ou negócio jurídico em si foi necessária para que este existisse e fosse considerado válido.

Reforça tal entendimento a obrigação de o representante indenizar o terceiro contraente se não obtida a ratificação prometida, a teor do art. 673 do Código Civil. O ato ou negócio jurídico celebrado sem poderes pelo representante é ineficaz⁶, e não inválido ou inexistente.

4 Díez-Picazo, op. cit., pp. 218/219, apresenta de modo conciso as diversas teorias que dispõem sobre o tratamento dispensado ao ato do *falsus procurator*.

5 Op. cit., p. 254.

6 Este o posicionamento de Santoro Passarelli, (In "Doctrinas generales del derecho civil". Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964, pp. 360/361): " Por otra parte, el negocio que se ha concluido en nombre de otro sin poder de representación **no es**, como se ha dicho, ni **nulo** ni **anulable** (...).El negocio concluido en nombre ajeno sin poder de representación es un negocio **ineficaz** o, con más precisión, un negocio con eficacia suspendida porque en todo caso, se atribuye al interesado un **derecho de ratificación**" (grifos do autor).

2.2 DO EXCESSO E DO ABUSO DE PODER NA REPRESENTAÇÃO

Afirma o art. 665 do Código Civil: "O mandatário que exceder os poderes do mandato, ou proceder contra eles, será considerado mero gestor de negócios, enquanto o mandante lhe não ratificar os atos." Prevê o dispositivo duas situações distintas: exceder o representante os poderes conferidos, ou proceder contra eles.

Há excesso de poder quando o representante não atua em conformidade com os poderes outorgados, ultrapassando os limites da atividade representativa.⁷

Já o conflito de interesses caracterizado pelo abuso do poder conferido ao interessado configura-se, como anota Emilio Betti⁸, quando há o exercício da representação de modo formalmente respeitador dos limites do ato de conferir poderes, mas substancialmente contrário à destinação da representação, que é a tutela do interesse do representado, ou seja, o *alieno nomine* age diversamente da finalidade para a qual foi instituída a representação.

Afirma o mencionado autor:⁹ "O representante exerce o seu poder de autonomia em sentido contrastante com as razões pelas quais foi investido na representação, quando, invertendo-o para si ou para outros, pratica, em nome do representado, negócios que aproveitam diretamente a ele mesmo ou a um terceiro: o que, na valoração do direito, exclui e paralisa a legitimação para a representação que, na sua figura normal, tem caráter essencialmente derivado e subordinado."

Idêntica opinião é esposada por Santoro Passarelli:¹⁰ *Tiene lugar el abuso de poder cuando el que obra en nombre ajeno ejercita formalmente un poder de representación que le corresponde, pero lo ejercita no para realizar el interés del representado sino precisamente un interés, propio o ajeno, contrario al interés del representado* (grifos do original).

Ao determinar a aplicação das regras relativas à gestão de negócios, o Código Civil considera existente e válido o negócio jurídico representativo, porém ineficaz enquanto não houver ratificação por parte do representante.

7 Neste sentido SANTORO PASSARELLI, op. cit., p.359.

8 Op. cit., p. 256.

9 Op. cit., p. 256.

10 Op. cit., p. 357.

Art. 138: A escusabilidade em concreto do errante é característica fundamental à desconstituição do negócio jurídico eivado de erro vício, a par da expressa exigência legal relacionada à percepção, em abstrato, do declaratório acerca do engano cometido.

Luiz Paulo Vieira de Carvalho: Defensor Público do Rio de Janeiro – RJ.

JUSTIFICATIVA

O novo Código Civil traz no seu art. 138, 2ª parte, um novo requisito legal para que o negócio jurídico possa ser anulado em virtude de erro substancial, ou seja, que o engano ou a ignorância possam ser percebidos por pessoa de diligência normal em face das circunstâncias do negócio.

Há opinião doutrinária, como a do Professor Carlos Roberto Gonçalves, no sentido de que, com tal acréscimo, o novo Código teria apenas consagrado o pensamento preponderante na doutrina e na jurisprudência ao exigir como elemento essencial à anulabilidade do ato que o erro ou a ignorância (a ele equiparado) sejam desculpáveis; substituído, porém, o critério da análise do juiz das circunstâncias ou peculiaridades no caso concreto, tais como grau de cultura, profissão, desenvolvimento mental, por parte do errante, pelo critério da aferição da 'escusabilidade' em abstrato, com base no que teria ou não percebido, naquelas circunstâncias, o homem médio, portador de diligência normal, não tendo sido adotado o critério da 'cognoscibilidade' do erro pela outra parte (Direito Civil – Parte Geral, Ed. Saraiva, 2002, p. 129).

No entanto, a prevalecer esse entendimento, estar-se-ia admitindo a desconstituição de negócio jurídico eivado, na realidade, de erro indesculpável, de vez que poderia ter sido percebido pelo errante em abstrato e, mesmo assim, ser por este celebrado, interpretação ilógica e merecedora de rejeição.

Na realidade, quis o novo legislador transferir o critério da responsabilidade do declarante que se engana por si próprio sem necessidade da participação de quem quer que seja para o critério da confiança, consagrado supremamente no art. 422 do novo Código Civil, ou seja, passa a ser elemento integrante para a caracterização do erro vício que a parte declaratória tivesse ou devesse ter, como o teria o homem médio naquelas circunstâncias, conhecimento de que o errante se enganara substancialmente sem alertá-lo para tal fato, independentemente de perquirir-se a ocorrência ou não de dolo por omissão, na esteira dos códigos civis italiano e português ora em vigor.

O Professor Silvio Venosa, defensor do entendimento acima citado, no entanto, ao comentar o artigo em questão, afirma que, tendo o legislador retirado o dispositivo do anteprojeto de 1973, que incluía a 'escusabilidade' como requisito do erro vício, tal supressão seria correta, porquanto para a nova lei, a 'escusabilidade' se teria tornado secundária (Direito Civil – Parte Geral, 2ª edição-2002, Editora Atlas, p. 411), assim, não mais considerada fundamental para a caracterização do defeito em questão.

Em raciocínio assemelhado, parcela da jurisprudência portuguesa diz, in verbis: “Não é exigida a desculpabilidade do erro o que significa que o enganado pode pedir a anulação do negócio mesmo que o seu erro tenha sido culposos, indesculpável” (RLJ, 107-230 e RLJ 99-275).

No entanto a redação do art. 138, 2ª parte, do Código Civil novo não é idêntica à redação do art. 247 do Código Civil português, pois neste se exige que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar apenas **a essencialidade para o declarante do elemento sobre que incidiu o erro**, expressão não prevista no nosso novo diploma substantivo.

Conclui-se, portanto, agora sob o ponto de vista histórico e majoritário na doutrina nacional, que remonta ao Direito Romano (*vide* Ministro Moreira Alves in Direito Romano – vol I, 13ª edição, Editora Forense, p. 175, bem como a redação do art. 1.428 do Código Civil italiano: (*Rilevanza dell'errore*). *L'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale [1429] ed è riconoscibile [1431] dall'altro contraente [787]*), que continua a prevalecer no nosso direito positivo a indispensabilidade da 'escusabilidade' no erro vício, posto que a lei não faça referência, não se admitindo a anulabilidade no erro desculpável, grosseiro, que decorra de supina ignorância ou de excessiva negligência, pois, do contrário, o legislador estaria beneficiando ou premian-do aquele, vítima do seu próprio e absoluto desleixo, tudo a contrariar, *data venia*, a própria essência do vício ora debatido.

Art. 140: Motivo como causa de invalidade do negócio. A opção do legislador de substituir o termo causa (Código Civil/1916, 90) por motivo (CC, 140) autoriza a interpretação de que se deve entender por motivo o elemento subjetivo individual reconhecido como tendo sido o mote determinante do negócio, conhecido da outra parte por manifestação expressa de vontade do interessado em vê-lo concretizado. O CC, 140, quer resguardar a expectativa de direito desse contratante que manifesta sua completa intenção negocial e vincula o outro à manutenção do negócio apenas na hipótese de efetiva existência do motivo dele conhecido. É espécie de concretização da cláusula geral de boa-fé objetiva e, diferentemente da causa, pode ser exigido em negócios unilaterais.

Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery: Juíza do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo e Professora de Direito Civil da PUC-SP .

JUSTIFICATIVA

A opção do legislador de 2002 foi de admitir o motivo determinante do negócio como elemento de sua validade se sua efetiva existência restou evidenciada expressamente para conhecimento de todos como conditio sine qua para a concretização do negócio.

Com efeito, num sentido vulgar, causa é motivo, razão, móvel determinante de um ato, antecedente de certo evento (por exemplo, quando se diz que determinada moléstia foi a causa da morte do de cujus). Na linguagem jurídica, porém, causa não se confunde com motivo. Este é subjetivo, íntimo, psicológico, flexível e mutável de indivíduo para indivíduo. Tome-se o exemplo da compra e venda, sugerido por CAPITAN; um vende porque precisa de dinheiro, porque quer especular, ou porque a coisa não lhe interessa mais; outro compra, porque deseja fazer uma especulação, porque precisa da coisa, ou porque quer oferecê-la a um parente. Esse móvel, que determina o agente, assim variável e contingente, não constitui a causa da obrigação. Como diz ANDREA TORRENTE, são motivos individuais, que a parte nem sequer precisa comunicar à pessoa com a qual contrata. Permanecem na esfera psíquica e escapam à cognição do outro contratante. A causa, ao inverso, é objetiva, externa, rígida e inalterável em todos os atos jurídicos da mesma natureza. No citado exemplo da compra e venda, a causa que leva o vendedor a alienar se resume no seu propósito de receber o preço, enquanto para o comprador, a causa vem a ser o desejo de obter o objeto alienado (Washington de Barros Monteiro, Das modalidades de obrigações, São Paulo, 1959).

Arts. 317, 421 e 478: Onerosidade excessiva. Resolução ou revisão do contrato. A onerosidade excessiva, que pode tornar a prestação desproporcional relativamente ao momento de sua execução, pode dar ensejo tanto à resolução do contrato (art. 478) quanto ao pedido de revisão de cláusula contratual (art. 317), mantendo-se o contrato, solução autorizada pelo fato de o juiz aplicar a cláusula geral da função social do contrato (art. 421).

Arts. 156 e 171: Estado de perigo. Onerosidade excessiva. Possibilidade de não se anular o negócio.

Acrescentar o seguinte parágrafo ao art. 156 do Código Civil:

Aplica-se ao art. 156 o disposto no § 2º do art. 157.

Munir Karam: Juiz do Tribunal de Alçada do Paraná e Professor da Universidade Federal do Paraná.

JUSTIFICATIVA

A figura do **estado de perigo** foi introduzida como um dos defeitos do negócio jurídico, capaz de causar a sua anulação (art. 156 e art. 171, II, do novo Código Civil). Configura-se quando uma pessoa, premida pela necessidade de salvar-se ou a pessoa de sua família de grave dano conhecido pela outra parte, **assume obrigação excessivamente onerosa**. Pelo parágrafo único do art. 156, se não for pessoa da família, ainda assim o juiz decidirá conforme as circunstâncias.

Aproxima-se muito da lesão, que também ocorre **por premente necessidade**. Apenas, a lesão constitui uma ruptura do equilíbrio contratual na subfase de formação do negócio jurídico, enquanto a onerosidade excessiva aparece em fase posterior.

O agente, ao assumir obrigação excessivamente onerosa, atua para proteger um bem jurídico de grave dano, porém às custas de comprometimento desproporcional do seu patrimônio.

O estado de perigo reclama os seguintes requisitos: a) que haja atual e inevitável necessidade premente para salvar a si ou a pessoa de família de grave dano; b) que o estado de perigo não tenha sido provocado voluntariamente pelo agente; c) que tal estado seja conhecido da outra parte; d) que a prestação assumida seja excessivamente onerosa.

O estado de perigo deve ameaçar um bem jurídico do agente, de pessoa da família ou mesmo de outrem. A tendência é ampliar o alcance da justificativa no sentido de mais humana compreensão do conceito de perigo. O novo Código Civil procurou estimular o impulso natural de cooperação e assistência mútua entre os homens, elevando-o, em certas circunstâncias, de dever moral a dever jurídico.

Embora o Código Civil tenha o contrato viciado pelo estado de perigo como **anulável** (art. 171, II), é bem de se ver que a idade excessiva poderia autorizar fosse anulado o fator de desequilíbrio e preservado o negócio através da **revisão contratual**.

Assim, o instituto não deve ser visto como exceção ao princípio da imutabilidade dos pactos contratuais, mas a ele se coordena, constituindo antes um limite decorrente da exigência dogmática de um adequado equilíbrio da comutatividade contratual. É, aliás, assim que funciona no direito italiano (arts. 1.467, 1.468, 1.664, 1.879 e 2.058 do Código Civil italiano). O fundamento é o da equidade, em cujo nome se resguarda a correlação entre a prestação devida no contrato e o sacrifício correspondente do contratante. Em igual sentido, vêm dispor os arts. 478, 479 e 480 do novo Código.

Para conciliar essa aparente antinomia entre os dispositivos legais, proponho se acrescente o referido parágrafo ao art. 156 do Código Civil.

Art. 158, § 1º: A demonstração de insuficiência da garantia prescinde de prévio reconhecimento judicial para ensejar invocação de fraude contra credores, podendo decorrer das circunstâncias do caso, soberanamente avaliadas pelo juiz.

Marcelo Roberto Ferro: Advogado e Professor de Direito Civil da PUC/RJ.

JUSTIFICATIVA

Fraude contra credores – Art. 158, § 1º: “Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.”

A inovação do Código Civil está em considerar legitimados para pauliana os credores ainda quando sejam privilegiados, isto é, antes da execução da dívida e da conseqüente excussão do bem. Na essência, essa legitimação dos credores privilegiados para a ação pauliana implica o reconhecimento de que eles podem sofrer prejuízo (*eventus damni*) com a prática de atos fraudulentos de disposição, o que significa que a avaliação do prejuízo pauliano deve levar em conta o valor da garantia real e da garantia geral, eis que a existência da primeira não exclui a segunda.

A insuficiência pode decorrer de fatores supervenientes à constituição da garantia, por exemplo, em razão da incidência de multa contratual acrescida de juros de mora ou até mesmo pela depreciação do bem.¹ Na jurisprudência francesa, a Corte de Cassação já firmou entendimento no sentido da possibilidade de os credores privilegiados se servirem da ação pauliana, vislumbrando prejuízo não na insolvência do devedor, mas nos atos que alterem o valor do bem dado em garantia.²

1 É oportuna a lembrança de Yussef Said Cahali de que a manipulação dos leilões por arrematantes profissionais tem implicado a apuração ínfima do preço de venda dos imóveis, o que, na maioria dos casos, não garante a satisfação integral do crédito. Daí o interesse do credor em não perder de vista a garantia geral do patrimônio do devedor – Fraude contra credores, 1ª ed., 2ª tiragem, SP: Revista dos Tribunais, 1990, p. 119.

2 Na fórmula da Corte de Paris, adotada pela Câmara Social, em julgado datado de 19/12/1941, “Considérant, en droit, que si pour un créancier investi simplement d’un droit de gage généralisé, le préjudice auquel obvie l’action paulienne consiste uniquement et essentiellement dans l’insolvabilité du débiteur, pour un créancier investi d’une créance ou d’un gage spécialisé sur une chose, le préjudice apparaît dès lors que le débiteur a disposé de cette chose de façon à altérer la valeur du gage dans des conditions telles qu’elle porte une atteinte sérieuse à l’exercice de la prérogative du créancier; qu’il importe peu que le débiteur ne soit pas insolvable totalement et que le créancier puisse par ailleurs obtenir une satisfaction équivalente; que l’insuffisance du gage spécial résultant de l’acte de disposition du débiteur ou l’aggravation de cette insuffisance constitue le préjudice qui est nécessaire pour donner ouverture à l’action paulienne” – Paris, 23/7/1937, in D. 39.2.81, note Radouant – apud JOSÉ VIDAL, Essai d’une théorie générale de la fraude em droit français, Paris, Librairie Dalooz, 1957, p. 229.

Para Rosário Nicolò, caso o bem objeto do ato fraudulento seja diverso daquele dado em garantia, os credores privilegiados estarão sujeitos a sofrer o que ele denomina *perigo de dano*, tal como aconteceria se o valor do bem dado em garantia não fosse suficiente para cumprir o crédito, facultando-se ao credor agir, pelo resíduo, no patrimônio do devedor até o limite da completa satisfação do seu direito. No seu entender, sendo evidente a prova da insuficiência de valor entre o bem garantido e o crédito, não é necessária a excussão prévia da garantia.

Mas o prejuízo para os credores privilegiados pode ter origem em fatores diversos da mera diferença de valores entre o bem objeto da garantia e o crédito reclamado. É o que diz Ângelo Maierini ao afirmar que *solo può sorgere la questione di fatto, se veramente nel caso concreto si verificchi, a carico del creditore ipotecario, quel pregiudizio che si richiede necessariamente per ottenere la revoca degli atti fraudolenti. Qualora il pregiudizio risulti o dall'insufficienza dei beni apignorati, o dalle difficoltà dell'esecuzione, o da altre circostanze, l'esercizio della Pauliana deve concedersi senza difficoltà al creditore ipotecario*. No entender de Alvinio Lima, o princípio da ilegitimidade dos credores privilegiados cede diante da prova do prejuízo decorrente da alienação do bem objeto da garantia, que torne difícil executar o crédito.

Assim, pode-se dizer que haverá prejuízo para o credor munido de garantia real, porquanto a efetivação do seu crédito torna-se evidentemente incerta em função de determinadas circunstâncias, analisadas *in concreto*, que variam desde a insuficiência do preço obtido com a alienação do bem objeto da garantia, até a localização do referido bem, que torne difícil sua excussão.

Em vista disso, Pontes de Miranda, ao discorrer sobre o conteúdo do art. 106 do Código Civil, propõe a extensão da legitimidade da ação pauliana para os credores com a garantia real, afirmando que o referido artigo deve ser lido como se dissesse *pelos credores quirografários; ou pelos menos credores com garantia, ou pelos privilegiados, se lhes dá prejuízo*. Segundo o autor, os direitos reais de garantia dão ao crédito uma atuação mais intensa no patrimônio do devedor e, por essa razão, a fraude contra credores não os atingiria, a não ser que a garantia real não seja para todo ele, ou, embora sendo, não baste. E essa verificação não precisa ser feita, necessariamente

3 Della revoca degli atti fraudolenti fatti dal debitore in pregiudizio dei creditori, notas de GIORGIO GIORGI, Quarta Edizione, Firenze, Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1912, nº 80, pág. 291. Yussef Said Cahali afirma que não há como se aceitar o argumento de que o credor hipotecário não tem interesse na ação pauliana porque está protegido pela ação real, pois esta última pode ser mais facilmente efetivada do que a primeira, em casos referentes à prova ou à sede do juízo, quando os bens estiverem em local distante do domicílio das partes – op. cit., p. 116

te, após a excussão da garantia. Daí a afirmação feita por Carvalho Santos, para quem os credores privilegiados só estão legitimados se o seu crédito não se achar completamente garantido pela hipoteca, causando-lhe prejuízo evidente.

Entendemos que, diante da demonstração efetiva e inequívoca de que o valor do bem dado em garantia é muito inferior ao valor do crédito reclamado, os credores privilegiados, independentemente de prévia excussão da garantia, estão legitimados a pleitear a ineficácia do ato fraudulento.

De fato, se a ação real revela-se infrutífera *ab initio*, é evidente que o credor, embora privilegiado – *rectius*, parcialmente privilegiado –, está suscetível a sofrer prejuízo com atos de disposição do devedor.

Arts. 158, 159 e 165: Malgrado a repetição no novo Código da literal qualificação da fraude contra credores, herdada do Código de 1916, o caso é de ineficácia relativa e não de anulabilidade.

Humberto Theodoro Júnior: Professor da Universidade Federal de Minas Gerais.

JUSTIFICATIVA

O novo Código perdeu uma grande oportunidade de atualizar-se com a doutrina universalmente consagrada de que a fraude contra credores não configura motivo de invalidação do negócio jurídico, mas apenas serve para preservar os terceiros prejudicados dos reflexos nocivos à garantia genérica de seus créditos. Seu tratamento, por isso, tem de ser feito pela via da ineficácia relativa e não pela da anulabilidade, como já restou demonstrado no esforço exegético evolutivo da melhor doutrina sobre o texto do Código de 1916.

Nosso velho Código, redigido numa época em que a categoria da ineficácia ainda não se achava cientificamente bem elaborada entre os juristas, englobou como caso de anulabilidade a fraude contra credores, que os códigos estrangeiros posteriores vieram a tratar como hipóteses de típica ineficácia relativa.

Doutrina e jurisprudência, no entanto, puderam construir a teoria da fraude como de ineficácia, levando em conta não só os próprios efeitos que o antigo Código Civil brasileiro lhe imputava e que não se igualavam aos da anulação verdadeira, mas também considerando um critério sistemático estabelecido a partir de outras figuras similares à renovação pauliana, por textos legais expressos (revocatória falencial e fraude de execução).

Não obstante, o novo Código Civil volta a reproduzir, quase textualmente, o regime da fraude contra o credor concebido pelo Código de 1916, mantendo-a como causa de anulabilidade do negócio jurídico e ignorando, por completo, a categoria dos atos ineficazes.

Essa visão equivocada e retrógrada do legislador não impedirá, obviamente, que a verdadeira natureza da figura jurídica seja retratada e proclamada por seus intérpretes e aplicadores.

Com efeito, o fato de o legislador ignorar uma *categoria* ou *tipo jurídico* não muda a *natureza da coisa*. O jurista, portanto, mesmo que o novo trabalho legislativo tenha repetido a impropriedade terminológica do estatuto anterior, terá meios de recolocar a norma superveniente dentro do sentido e do alcance que decorrem da natureza do instituto disciplinado e que se impõem em decorrência até mesmo do conjunto sistemático das regras expostas na lei nova, malgrado sua deficiência redacional.

Isso quer dizer que a circunstância de o novo Código repetir *ipsis literis* o rótulo de anulabilidade aplicado ao negócio em fraude de credores não impede que sua natureza jurídica e seus efeitos práticos sejam, na verdade, os da ineficiência relativa, **com o antes já dem onstram os perante texto do vigente Código Civil**¹.

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Fraude contra credores, 2. ed., belo Horizonte: Del rey. 2001, p. 183-201

Art. 170: O referido artigo não encontra precedentes na legislação anterior. Introduce a conversão do ato negocial nulo em um outro de natureza diferente, desde que se possa constatar que a vontade das partes era realizar o negócio cujo substrato é identificado e é válido.

Renan Lotuffo: Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

JUSTIFICATIVA

A conversão não tinha sido estudada em obras monográficas específicas entre nós, ainda que proposta no projeto do Código. Isso não impediu que vários autores, entre os mestres tradicionais, fizessem referência a ela e buscassem desenvolver sua análise à luz do contido em códigos estrangeiros. Antonio Junqueira de Azevedo procurou dar um desenvolvimento mais profundo em sua obra primeira e Raquel C. Schmiedel, já referida, foi uma das que contribuíram na seqüência, desenvolvendo seus estudos inclusive sobre o projeto.

Do grande desenvolvimento doutrinário na Alemanha e na Itália, após a edição do Código português de 1966, temos dois professores que prepararam monografias: Teresa Luso Soares com *A Conversão do Negócio Jurídico* e Luís A. Carvalho Fernandes com *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*.

No final de 2001, foi editada obra específica no Brasil relativa à tese de doutoramento defendida em 1995 por João Alberto Schützer Del Nero, "Conversão Substancial do Negócio Jurídico", pela Renovar, do Rio de Janeiro.

Teresa Luso Soares define a conversão como o meio jurídico em virtude do qual, verificados certos requisitos, transforma-se em outro negócio jurídico um inicialmente nulo, com o fim de salvaguardar, na medida do possível, o resultado prático que as partes visam com ele alcançar.

O instituto da conversão reflete o princípio da conservação do negócio jurídico, o qual estabelece a manutenção da atividade negocial para a consecução do fim prático perseguido pelos envolvidos. Assim, o presente dispositivo introduz no sistema tipificação da conversão, extremando-a de outras figuras próximas, como as da confirmação e da interpretação do negócio jurídico.

Em outros países, a partir da predecessora Alemanha, a introdução no direito positivo não acabou com as dúvidas e com as discussões doutrinárias e jurisprudenciais que sempre envolveram o tema, mas tornaram-nas sem tanta expressão.

Del Nero traz, contudo, a controvérsia que aflige a própria concepção do negócio jurídico, conforme a exposição longa e fundamentada de Lina Bigliuzzi-Geri, na Enciclopédia del Diritto, vol. X, págs. 531/535.

Nos termos em que foi introduzida no nosso Código, muito próxima do contido no Código Civil português, permite-nos adotar a qualificação dada por Carvalho Fernandes, após examinar as posições doutrinárias sobre a natureza jurídica da conversão, como *uma reavaliação do comportamento negocial das partes mediante a*

atribuição de uma eficácia sucedânea da que a ele se ajustaria se respeitasse os requisitos de validade e eficácia do negócio que elas intentaram celebrar.

Mas, para que ocorra o instituto ora comentado, necessária é a observância de certos requisitos. O primeiro, também chamado de objetivo, versa sobre a necessidade de que o negócio jurídico em que se converte (o sucedâneo) tenha suporte fático no inicial, no nulo.

O segundo já é de caráter subjetivo e refere-se à vontade dos contratantes na ocorrência do resultado prático da conversão. É essencial que as partes queiram o efeito prático resultante do negócio em que se converte o inválido. A doutrina portuguesa denomina tal requisito de vontade hipotética ou conjectural. Só se pode realizar a conversão se o julgador estiver convencido de que, caso as partes tivessem conhecimento da invalidade, teriam querido celebrar outro negócio na busca de certos fins. Desta feita, desprendemos outro requisito, qual seja, o de que, no momento da celebração do negócio inválido, as partes não tinham conhecimento da nulidade, de que de fato haja boa-fé dos contratantes. Devem ainda ser observados os requisitos essenciais da substância e da forma do negócio jurídico.

Ressalte-se que, com o previsto no presente artigo, não se estará vinculando a vontade das partes, nem presumindo que elas pretendam outro negócio contratual, mas somente permitindo que as partes atinjam a finalidade por elas perseguida.

Carvalho Fernandes, quanto à legitimidade para que se processe a conversão, entende que carece de ser invocada por quem pretenda valer-se dela, a qual, todavia, só se aperfeiçoa uma vez preenchidos os elementos previstos, inadmitida a hipótese de se aceitar conversão *ex officio*. O interesse na conversão pode ser argüido tanto pelas partes no negócio, como por terceiro afetado pelos efeitos do negócio jurídico.

Sistema legislativo do novo Código Civil: A técnica legislativa utilizada pelo Código Civil é mista, formada com base nos métodos da casuística, dos conceitos legais indeterminados e das cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema.

Nelson Nery Junior: Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo e Professor Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP.

JUSTIFICATIVA

O *sistema fechado* é aquele em que a norma prevê tudo, não permite ao intérprete criar outras soluções ou interpretações que não as expressamente previstas na lei. É rígido e engessa a normatização, dificultando que o direito acompanhe o progresso econômico e social. Traz segurança, mas não justiça às relações jurídicas. Pelo *sistema aberto*, as soluções não estão previstas na lei, porque são dadas pelo juiz no caso concreto. Podem (ou não) trazer justiça, mas causam absoluta insegurança nas relações jurídicas. O *sistema misto*, adotado pelo Código Civil, se nos afigura o ideal, pois contém a rigidez da norma legal ao mesmo tempo em que vem impregnado pelas *cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados*, que dão mobilidade ao sistema.¹

Cláusulas gerais: conceito e natureza: As cláusulas gerais do Código Civil são fontes de direito e de obrigações, constituindo-se em formulações contidas na lei, de caráter genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, que dará concretude àquela formulação genérica, determinando a solução para o caso concreto.

JUSTIFICATIVA

As cláusulas gerais estão por todo o corpo do Código Civil, identificáveis segundo a doutrina mundial do direito privado. Sua conceituação e natureza jurídica

1 Neste sentido: Franz Wietacker, *Pribrattechgeschichte der Neuzeit*, 2.^a ed., Vandenhoeck & Ruprecht. Göttingen, 1996, § 25, 111, 3, pp. 476/477; Karl Enoisch, *Einführung in das juristische Denken*, 8.^a ed., Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1983, Cap.VI, pp. 120/121; Karl Larenz & Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8.^a ed., Beck, München, 1997, § 3.^o, IV, n. 94, pp. 82/83; Karl Larenz, *Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung*, in "Festschrift für Arthur Nikisch", J.C.B.Mohr, Tübingen, 1958, pp. 275/305. Ver, ainda, Judith Martins-Costa, *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*, RT 68O/50; Judith Martins-Costa, *O direito privado como 'sistema em construção': as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*, RT 753/24-48; André Osório Gondinho, *Codificação e cláusulas gerais*, Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, vol. 2, pp. 3/25; Nelson Nery Junior & Rosa Maria de Andrade Nery, *novo Código Civil Anotado*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, comentários ns. 17 a 23, preliminares ao art. 1.^o, pp. 6/7.

são dadas pela doutrina, bem como pela jurisprudência dos tribunais.²

Conceitos legais indeterminados. São palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos. Cabe ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e lacunas desses conceitos. Preenchido o conceito legal indeterminado, a solução já está previamente descrita na norma, cabendo ao juiz aplicá-la sem nenhuma função criadora.

JUSTIFICATIVA

Distinguem-se das cláusulas gerais pela finalidade e eficácia, pois, as cláusulas gerais, a lei somente as enuncia, cabendo ao juiz criar a consequência, ao passo que, nos conceitos legais indeterminados, a solução já está prevista na lei, cabendo ao juiz tão-somente valorar os conceitos e dar a solução já prevista pela norma, não exercendo nenhuma função criadora. Deve-se preferir a expressão “conceitos *legais* indeterminados” àquela de conceitos “jurídicos” indeterminados, muito utilizada pelos “administrativistas” brasileiros, pois a indeterminação não está no direito, mas na norma.³

Abuso de direito: ato ilícito objetivo. O abuso de direito, regulado pelo Código Civil, art.187, tem natureza de ato ilícito objetivo, ensejando recomposição do dano pelo sistema da responsabilidade civil objetiva. Para sua caracterização, é prescindível a investigação acerca da vontade ou da conduta do agente, bastando que tenha excedido manifestamente os limites impostos pelos fins econômicos ou sociais do negócio ou os da boa-fé ou os dos bons costumes.

2 Sobre o conceito de cláusula geral bem como a respeito de sua natureza jurídica, ver: Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.^a ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1996, § 25, III, 3, pp. 476/477; Karl En-isch, *Einführung in das juristische Denken*, 8.^a ed., Kohlhamer, Sttutar-Berlin-Köln-Mainz, 1983, Cap. VI, pp. 120/121; Karl Larenz & Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8.^a ed., Beck, München, 1997, § 3.^o, IV, n. 94, pp. 82/83; Karl Larenz, *Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung*, in “Festschrift für Arthur Nikisch”, J.C.B.Mohr, Tübingen, 1958, pp. 275/305; Judith Martins-Costa, As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico, RT 680/50; Judith Martins-Costa, O direito privado como ‘sistema em construção’: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, RT 753/24-48; André Osório Gondinho, Codificação e cláusulas gerais, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, vol. 2, pp. 3/25; Nelson Nery Junior & Rosa Maria de Andrade Nery, novo Código Civil Anotado, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, comentários ns. 17 a 23, preliminares ao art. 1.^o, pp. 6/7.

3 “Unbestimmtheit ist Normattribut, nicht Formattribut” (Norbert Achterber, *Allgemeines Verwaltungsgescht*, 2.^a ed., C.F.Müller, Heidelberg, 1986, § 18, III, n. 33, nota 44, p. 339). No mesmo sentido: Nelson Nery Junior & Rosa Maria de Andrade Nery, novo Código Civil Anotado, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, coment. n. 12, preliminar ao art. 1.^o, p. 5; Antônio Francisco de Souza, *Conceitos indeterminados no direito administrativo*, Almedina, Coimbra, 1994, *passim*.

JUSTIFICATIVA

O Código Civil, art. 927, *caput*, diz que o causador de dano por ato ilícito fica obrigado a repará-lo. O ato ilícito, pelo sistema do Código Civil, divide-se em duas categorias distintas: o ilícito subjetivo (art. 186) e o ilícito objetivo (art. 187). O ato ilícito subjetivo, se causar dano a direito de outrem, obriga o causador a repará-lo, desde que se comprove sua culpa ou dolo (responsabilidade civil subjetiva: art. 186 e 927, *caput*). O abuso de direito, considerado pelo art. 187 como ato ilícito *objetivo*, já que a norma não menciona conduta como elemento caracterizador dessa espécie de ato ilícito, enseja reparação do dano independentemente da demonstração de culpa ou dolo do agente causador (responsabilidade civil objetiva: art. 187 e 927, *caput*).

O art. 187 é praticamente cópia do art. 334 do Código Civil português. A doutrina que se formou em Portugal sobre o tema é firme ao conceituar o abuso de direito como ato ilícito objetivo, ensejando a indenização dos danos por ele causados pelo sistema da responsabilidade objetiva.⁴ Assim, embora no capítulo do ato ilícito, não está sujeito ao regime jurídico da responsabilidade subjetiva.

4 Pires de Lima & Antunes Varela, Código Civil Anotado, vol. I, 4.^a ed., Coimbra Editora, comen. I CC português 334, p. 298; Guilherme Fernandes Neto, O abuso de direito no Código de Defesa do Consumidor, Brasília Jurídica, Brasília, 1999, p. 200; Nelson Nery Junior & Rosa Maria de Andrade Nery, novo Código Civil Anotado, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, coment. 7, pp. 110/ 111.

Arts. 189 e 199 do Novo Código Civil

Roberto Schaan Ferreira: Juiz Federal do Rio Grande do Sul.

1 SOBRE O ART. 189

Consta do artigo: *Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.* Na primeira parte, o dispositivo vincula o nascimento da pretensão à violação do direito.

Segundo Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, tomo V, p. 451), *pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa.* Nesse conceito, não há referência à violação de direito como condição para o nascimento da pretensão. Basta o 'status' caracterizado pela exigibilidade (ao qual se pode somar a efetiva exigência) para a definição de pretensão.

Assim, nos casos de débito sem data fixada para adimplemento, pode-se constatar a situação de exigibilidade a que corresponde a pretensão, sem que tenha havido violação de direito. Essa situação é propiciada pelo disposto no art. 331 do Código Civil novo: *Salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigi-lo imediatamente.* Em tal caso, enquanto o credor não exigir o adimplemento, não há falar em violação do direito pelo devedor, embora já exista a pretensão.

O mesmo ocorre quando, havendo época para o adimplemento, este depende de exigência ou conduta do credor. Passada a data sem a exigência ou a conduta do credor, embora já haja pretensão – exigibilidade –, não se pode pensar em inadimplência do devedor. Ou seja, há pretensão, mas não há violação do direito.

Por outro lado, há casos em que a violação de um direito acontece muito proximamente ao nascimento da pretensão. É o caso de violação de direito absoluto, em que, pelo fato jurídico ilícito (que passa a relacionar – relatividade – autor e vítima), nasce o direito subjetivo à reparação e, imediatamente, a pretensão. Muito semelhante é o que acontece quando há violação de direito relativo de não fazer (obrigação de não fazer). É, também, o caso de direito relativo com época de adimplemento definida, sem que seja necessária exigência ou conduta do credor, quando haverá (quase) coincidência entre nascimento da pretensão e sua violação. O mesmo ocorre quando, sendo necessária exigência ou conduta do credor, estas ocorrem exatamente na época prevista para o adimplemento.

Registre-se que, mesmo nesses casos, no plano lógico, a pretensão é pelo menos imediatamente anterior à sua violação (ou à violação do direito), pois, enquanto não há pretensão, não há obrigação (*stricto sensu*) no pólo passivo e, enquanto não há obrigação, não há violação (resistência à pretensão).

Em conclusão, não é possível condicionar o nascimento da pretensão à violação do direito, pois a existência daquela é pressuposto desta.

1.1 SOBRE O ART. 189

A primeira parte do dispositivo conectada com sua seqüência contém a idéia de que o prazo prescricional tem início com a violação do direito, ou seja, junto com a pretensão.

Como consta do primeiro enunciado, entretanto, a pretensão surge antes – e algumas vezes bem antes – da violação do direito. Põe-se, pois, a questão de saber se o prazo prescricional inicia com o nascimento da pretensão ou só com a violação do direito (nascimento da ação). Apenas para destacar a importância da questão, pode-se figurar a hipótese de direito sem data para ser adimplido (portanto exigível imediatamente e existente já a pretensão), em que o credor não exige nunca o adimplemento, o que impede que se configure a violação do direito.

Segundo Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, tomo VI, p. 148), o *prazo da prescrição começa de correr desde que nasce a pretensão*. Agnelo Amorim Filho (Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência ..., publicado na Revista de Direito Processual Civil nº 3, p. 95 e ss.) afirma: *convém acentuar que, quando se diz que o termo inicial do prazo prescricional é o nascimento da ação, utiliza-se aí a palavra 'ação' no sentido de 'pretensão', isto é, no mesmo sentido em que ela é usada nas expressões 'ação real' e 'ação pessoal', pois, a rigor, a prescrição não começa com a ação e sim com a pretensão; está diretamente ligada a essa, e só indiretamente àquela* (p. 109).

Deve-se notar que o fato jurídico da prescrição tem como elementos formadores a inércia do titular do direito e o trato de tempo. A violação do direito pelo devedor não é elemento essencial à prescrição. Estando o tempo, por sua natureza, sempre em curso, conjugando-se a ele a inércia do titular, inicia-se a contagem do prazo prescricional.

Já a inércia do titular do direito configura-se, sendo o caso, quando surge a exigibilidade do direito, ou seja, a pretensão.

Em conclusão, o início da contagem do prazo prescricional coincide com o surgimento da pretensão e não com a violação do direito.

2 SOBRE O ART. 199

Consta do dispositivo: *Não corre igualmente a prescrição: I – pendendo condição suspensiva; II – não estando vencido o prazo; III – pendendo ação de evicção*.

Reprodução do art. 170 do Código Civil ainda vigente, a regra não constou do primeiro anteprojeto, sendo inserida na segunda versão, conforme narra o professor e ministro José Carlos Moreira Alves na Exposição de Motivos Complementar (p. 28/9, Anteprojeto de Código Civil, 2ª ed. revisada, Ministério da Justiça).

Quanto ao inciso I, caso de negócio jurídico cuja eficácia não se produz ainda por não se ter implementado a condição suspensiva, segundo o art. 125 do novo Código, nem sequer o direito nasceu. Não há possibilidade de curso do prazo prescricional referentemente a um direito que não existe ainda.

Quanto ao inciso II, caso de direito cuja exigibilidade depende do curso de um prazo, não surgiu, ainda, a pretensão. Sem pretensão, não se pode pensar em inércia do titular do direito, pois não há demérito na passividade, mas observância do direito que a determina.

Quanto ao inciso III, caso de direito decorrente da evicção, não tendo esta ocorrido ainda, não surgiu, ainda, o direito. Não há possibilidade de curso de prazo prescricional relativamente a um direito que não existe.

Ao comentar a regra, Pontes de Miranda (Tratado, tomo VI, p. 148) afirma: *Nenhuma das espécies do art. 170 é de suspensão da prescrição. A pretensão ou a ação 'ainda' não nasceu. Espera-se que nasça, para se iniciar a prescrição. O erro de conceito ressalta: não se suspende prazo que ainda não poderia começar.*

Em conclusão, o art. 199 do novo Código Civil contém regra inócua.

Art. 2044: alteração do referido artigo para que o prazo da *vacatio legis* seja alterado de um para dois anos.

Luiz Edson Fachin: Professor da Universidade Federal do Paraná.

JUSTIFICATIVA

Impende apreender e aperfeiçoar o Código Civil brasileiro instituído por meio da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, tanto porque apresenta significativas alterações estruturais nas relações jurídicas interprivadas, quanto porque ainda revela necessidade de melhoria em numerosos dispositivos.

Propõe-se, por conseguinte, a ampliação do prazo contido no art. 2.044, a fim de que tais intentos sejam adequadamente levados a efeito. Far-se-á, com o lapso temporal bienal proposto, hermenêutica construtiva que, por certo, não apenas aprimorará o texto sancionado, mas também propiciará à comunidade jurídica brasileira e aos destinatários da norma em geral o razoável conhecimento do novo Código, imprescindível para sua plena eficácia jurídica e social.

Atesta o imperativo de refinamento a existência do projeto de lei de autoria do relator geral do Código Civil na Câmara dos Deputados, reconhecendo a oportunidade de **alterar numerosos dispositivos**¹

Ademais, é cabível remarcar que diplomas legais de relevo apresentam lapso temporal alargado de *vacatio legis*².

Sob o tempo útil proposto, restará ainda mais valorizado o papel decisivo da jurisprudência³, evidenciando-se que, a rigor, um código *não nasce pronto, a norma se faz código em processo de construção*.

1 Referimo-nos ao Projeto de Lei de 2002 (Dep. Ricardo Fiúza) que dá nova redação aos arts. 2º, 11, 12, 43, 66, 151, 224, 243, 244, 246, 262, 273, 281, 283, 286, 294, 299, 300, 302, 306, 309, 328, 338, 369, 421, 422, 423, 425, 429, 450, 456, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480, 482, 496, 502, 506, 533, 549, 557, 558, 559, 563, 574, 576, 596, 599, 602, 603, 607, 623, 624, 625, 633, 637, 642, 655, 765, 788, 790, 872, 927, 928, 931, 944, 947, 949, 950, 953, 954, 966, 977, 999, 1053, 1060, 1086, 1094, 1099, 1158, 1160, 1163, 1165, 1166, 1168, 1196, 1197, 1 204, 1210, 1228, 1273, 1274, 1276, 1316, 1341, 1347, 1352, 1354, 1361, 1362, 1365, 1369, 1371, 1374, 1378, 1379, 1434, 1436, 1456, 1457, 1473, 1479, 1481, 1512, 1515, 1516, 1521, 1526, 1561, 1563, 1573, 1574, 1575, 1576, 1581, 1583, 1586, 1589, 1597, 1601, 1605, 1606, 1609, 1614, 1615, 1618, 1623, 1625, 1626, 1628, 1629, 1641, 1642, 1660, 1665, 1668, 1694, 1700, 1701, 1707, 1709, 1717, 1719, 1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1727, 1729, 1731, 1736, 1768, 1788, 1790, 1800, 1801, 1815, 1829, 1831, 1834, 1835, 1848, 1859, 1860, 1864, 1881, 1909, 1963, 1965, 2002, 203 8 e 2045 da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, e “institui o Código Civil”, acrescenta dispositivos e dá outras providências.

2 A exemplo, o contido no art. 298 da Lei dos Registros Públicos, Lei nº 6.015, de 1973, cuja vigência se deu em 1976, três anos após sua publicação.

3 Modelar é o teor da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro”. Sobre o tema, cite-se a obra de Marcelo Domanski, “Posse: da segurança jurídica à questão social” (Rio de Janeiro: Renovar, 1997), fruto de dissertação de mestrado defendida e aprovada no âmbito da pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Wanderlei de Paula Barreto: Professor da Universidade Estadual de Maringá.

O ordenamento civil obrigacional brasileiro não contém normas específicas e tampouco outras adequadas para regular hipóteses do chamado adimplemento ruim ou insatisfatório e das denominadas violações positivas do contrato. As recentes normas sobre a boa-fé (arts. 113 e 422 do Código Civil de 2002) e sobre o abuso de direito (art. 187 do mesmo Código, que se vale, entre outros, da boa-fé como valor paradigma para aferir o abuso de direito) introduziram fundamento legal para a admissibilidade de deveres secundários nos negócios jurídicos e nos contratos.

Enquanto as obrigações principais ou primárias pressupõem violação culposa para ensejar responsabilidade pela indenização, os denominados deveres anexos ou secundários consideram-se violados objetivamente. O contraente lesado pela violação de deveres secundários faz jus, independentemente de culpa do inadimplente, à exceção *non rite adimpleti contractus* (art. 476, novo Código Civil) e à exceção por falta ou diminuição de garantia (art. 477, id.), à indenização das perdas e danos (interesses negativos e positivos) com fundamento no art. 402 do novo Código, à execução das prestações principais ou do equivalente mais perdas e danos, inclusive do interesse positivo (art. 475, id.) e à resolução do negócio/contrato, se: a) não recebeu parte substancial das prestações de obrigações principais com fulcro no art. 475; b) a prestação tornar-se inútil em razão da quebra de confiança, com respaldo no art. 395, parágrafo único, do mesmo Código, em analogia à hipótese de mora.

DEDUÇÃO DO PROBLEMA

Matéria das mais importantes e, ao mesmo tempo, tormentosas para o direito obrigacional é a referente ao chamado adimplemento ruim ou insatisfatório e às denominadas violações positivas do contrato. O sistema do inadimplemento – tomado o termo em seu sentido mais amplo – desdobra-se em variáveis com pressupostos, causas e conseqüências diferenciadas, *exempli gratia*, a impossibilidade física ou objetiva da entrega da coisa certa (arts. 234-236, novo Código Civil), impossibilidade física subjetiva ou involuntariedade da prestação de fazer (art. 248, id.), e de não fazer (art. 250, id.), impossibilidade/involuntariedade do cumprimento de obrigação alternativa (arts. 254-256, id.), indivisíveis (art. 263, id.), solidárias (arts. 279-280 c/c 414, id.), entrega da coisa (= adimplemento parcial) com vício material oculto (arts. 441-444, id.), entrega da coisa (= adimplemento parcial) com vício de direito (evicção) (arts. 447-455, id.), inadimplemento parcial ou relativo (mora) (arts. 394-400, id.).

Grosso modo, as formas de inadimplemento acima têm em comum: a) como causa, o descumprimento de deveres (ou obrigações) chamados principais ou primários, por exemplo, o pagamento do preço e a entrega da *res vendita* na compra e venda; o pagamento do aluguel na locação; a confecção da obra na empreitada etc.; b) como

pressuposto objetivo, a ação/abstenção humana ou a imprestabilidade da prestação, c) como pressuposto subjetivo, a culpa do devedor (com exceção da regra do art. 443 do Código de 2002 sobre vício redibitório, que prevê hipótese de responsabilidade objetiva).

Parte da doutrina verbera a insuficiência dessas regras para dar solução à plethora de hipóteses e nuances que podem e que soem ocorrer no tráfico jurídico cada vez mais complexo.

JUSTIFICATIVA

Argumentam os doutrinadores que, se o próprio legislador não logrou estabelecer normas completas e claras sobre o inadimplemento, muito menos descem a minúcias e casuísmos os contratantes. Na praxe do comércio jurídico, são recorrentes os casos nos quais, por falta de norma direta e à míngua de cláusula negocial expressa, a prestação, apesar de causar dano ao credor, deve ser dada como regular, legal ou contratualmente efetuada. Vale dizer: conquanto tenha infligido dano ao credor a maneira pela qual a obrigação foi cumprida, não houve, a rigor, ofensa à lei ou ao contrato. Caracteriza os deveres/obrigações principais ou primárias, entre outros traços, o fato de emanarem, expressa ou tacitamente, diretamente da norma legal ou convencional (contrato).

Numerosos são os exemplos citados pela doutrina: o do devedor que tem de pagar, no cais, ao credor que vai embarcar e efetua o pagamento em notas ou moedas de mínimo valor, ou paga à porta do banco, como se avençara, mas no momento em que se fechava a porta¹; o do reparador de telhados que, após haver concluído o trabalho satisfatoriamente, isto é, em conformidade com o pactuado, acendeu um cigarro antes de descer e jogou o fósforo aceso, causando incêndio do madeiramento do telhado²; o do médico que diagnostica, com exatidão, a doença do paciente, administrando-lhe, porém, dentre vários tratamentos disponíveis, o mais penoso e prolongado³; o do comerciante que convencionou com agência de publicidade a confecção de anúncio luminoso do seu produto, o qual é confeccionado segundo a prescrição do contrato, contudo é instalado em local de pouco trânsito de pedestres, silente o contrato a respeito de indicação do local onde deveria ser exposto o reclame.⁴

Em todos os exemplos antes descritos, os chamados deveres (ou obrigações) principais ou primários foram cumpridos de acordo com o estipulado. Não se pode cogitar, portanto, de inadimplemento daqueles deveres ou obrigações. Contudo tampouco se pode ignorar que a maneira pela qual foram cumpridos impôs danos aos

1 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., Rio: Borsoi, 1970, tomo II, p. 242.

2 LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*. 11. Auf., München: C.H. Beck, 1976, Bd. I, p. 296-297.

3 ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, 3ª ed., SP: RT, 1999, p. 113.

4 SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. SP: José Bushatsky, 1976, p. 40.

credores: o que recebeu a prestação pecuniária em cédulas/moedas de valor mínimo, gerando um grande volume, momentos antes do embarque ou do fechamento das portas do banco arcou com o transtorno do transporte, da guarda e do risco de manter em seu poder o numerário; o dono da obra de reparação do telhado recebeu, é verdade, a prestação devida, porém experimentou o dano (incêndio do madeiramento) decorrente da violação de outros deveres; o paciente recebeu o tratamento eficaz, todavia foi penalizado com sofrimento e demora desnecessários; finalmente, o comerciante recebeu a prestação que constava no contrato – o anúncio luminoso fora confeccionado satisfatoriamente –, absorveu, entretanto, o prejuízo do inexpressivo resultado nas vendas.

Hermann Staub, em 1902, denominou violações positivas do contrato essas expressões do inadimplemento. Karl Larenz, em 1953, alargou a denominação para violações positivas do crédito (ou pretensão), por entender que sua aplicação extrapola o âmbito dos contratos. Pontes de Miranda sugere extensão ainda maior: violações positivas do negócio jurídico e atos jurídicos *stricto sensu*.⁵

Com o devido respeito aos críticos que censuram a denominação, parece-me, todavia, que o adjetivo “positivas”, na expressão criada por Staub não se refere à forma de inadimplemento, se por ação ou omissão (até porque essa classificação refere-se, normalmente, ao inadimplemento de deveres/obrigações principais ou primárias), mas sim ao fato de – e aí a novidade –, mesmo havendo cumprimento contratual positivado, pode ocorrer violação aos legítimos interesses do credor. Violação, com (apesar do) cumprimento, pois.

O que justificaria, então, fossem considerados violados os direitos/interesses do credor diante do cumprimento regular (dos deveres/obrigações principais ou primárias) do contrato? O sistema de obrigações, no geral, e o do inadimplemento, em particular, estão organizados, em nosso Código Civil, a partir das obrigações principais ou primárias e estas, por sua vez, revelam como critério de regulação o primado da culpa.

Modernamente, como reação a essa concepção, construiu-se a teoria dos deveres laterais, paralelos, anexos, instrumentais, acessórios ou secundários (que não se confundem com obrigações acessórias: p. ex., cláusula penal, juros etc.). Ao lado dos deveres/obrigações principais ou primários, incumbem às partes contratantes deveres laterais ou secundários recíprocos de cumprir o contrato cuidadosamente, diligentemente, de adotar conduta em conformidade com o contrato ou com a sua função ou finalidade (*vertragsgerechtes Verhalten*). Reportando-se ao exemplo do reparador de telhados, Heinrich Stoll identifica um “dever de proteção” fundamentado na relação de confiança derivada do contrato e compatível com ele.⁶ Entre os deveres de proteção típicos dos contratos constam o dever do locatário e do comodatário de custódia da

5 Ob. e loc. cit., p. 532, referência bibliográfica nº 883.

6 *Apud* LARENZ, Karl, ob. cit., p. 297.

coisa; os deveres de informação e de consideração, de respeito e cooperação leal, especialmente em relações de prestações periódicas; deveres preparatórios ou pré-contratuais; dever de sigilo.

O sistema dos deveres secundários foi concebido originariamente como mais um sistema aberto, característico dos séculos XIX e XX, que priorizou os *standards* jurídicos, as chamadas normas em branco talhadas para ser preenchidas pelo denominado direito de juízes (*judge law, Richterrecht*), do qual é exemplo primoroso o *BGB*.

Controvertido é, igualmente, o fundamento dos deveres secundários, estribando-se, para uns, na confiança legitimamente nutrida pelo lesado; para outros, na própria função ou finalidade do contrato; para outros ainda, no princípio ou proposição normativa da boa-fé e, finalmente, para uma quarta corrente, na teoria do abuso de direito, sendo as mais representativas a penúltima e a última tendência.

Como se advertiu acima, as obrigações principais ou primárias ostentam no Código Civil o critério da culpa como diretriz de regulação dos efeitos do seu inadimplemento. Com a adoção do princípio da boa-fé objetiva como fundamento ou categoria catalisadora dos deveres secundários, enceta-se importante passo para a superação da lacuna existente no ordenamento civil referentemente às chamadas violações positivas do contrato ou do crédito e se extremam mais claramente as hipóteses de mora de caráter subjetivo-culposo e as de violações positivas do contrato/credito ou de adimplemento ruim ou não satisfatório, que prescindem do elemento culpa. Reconhecem a existência de lacuna em relação à regulação dos deveres secundários o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁷ e o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo.⁸

Resta analisar como a colmatação dessa lacuna pode e deve ser atingida. Pode-se partir da constatação da existência de preceito normativo para incorporar o princípio da boa-fé no ordenamento positivo civil, a saber, os arts. 113, 187 e 422 do novo Código. Cabe indagar, inicialmente, se os citados dispositivos configuram normas autônomas e cogentes. Quanto à primeira característica, a cogência, não há dúvidas de que, em se tratando do princípio “da boa-fé como conceito nuclear, fundamental ou essencial, relacionado com valores éticos” que se “manifesta como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui”⁹, não pode ser reduzido a norma dispositiva, sujeitando-se a uma auto-regulação ditada pelas conveniências particulares dos contratantes. Atente-se, aliás, para a advertência de Larenz¹⁰ de que nem mesmo o juiz desfruta de arbítrio subjetivo na aplicação do princípio da boa-fé.

Quanto à autonomia, parece evidente que as citadas normas não comportam uma aplicação isolada exauriente, auto-suficiente, da solução buscada, as normas so-

7 *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio: AIDE, 1991, p. 126.

8 *Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio, jan/mar 2000, v. 1, p. 8.

9 SILVA, Clóvis do Couto e. ob. cit., p. 16 e 29.

10 Ob. cit., p. 100.

bre a boa-fé são normas de conexão, porquanto apenas definem comportamentos, mas não estabelecem os efeitos, as conseqüências da sua violação. As normas sobre a boa-fé são normas de conexão.¹¹

SOLUÇÃO PROPOSTA

Na seqüência, cumpre averiguar, à luz do sistema do direito do inadimplemento, quais alternativas de tutela, quais pretensões podem ser deferidas ao contratante lesado por conta do dano sofrido e com fundamento em quais normas do sistema ou se em normas *de lege ferenda*.

Afigura-se não haver dificuldade em reconhecer pretensão a perdas e danos, *a priori*, quer dos chamados interesses negativos (*vertrauensinteresse*), fundados na confiança na eficácia do negócio; o que o prejudicado despendeu com a feitura do negócio, as exigências fiscais, o dano emergente com a preparação do adimplemento da contraprestação e o que perdeu com o desperdício da oportunidade de outro negócio; não cabe aí reposição do ganho que teria o ofendido com a eficácia do negócio jurídico ineficaz em questão¹²; este último corresponde aos denominados interesses positivos (*vertragserfüllungsinteresse*), quer dos ditos interesses positivos.¹³

O fundamento legal da pretensão *de lege lata* é o próprio art. 402 do Código Civil de 2002, que comporta tanto os interesses negativos quanto os positivos.

Socorrem à parte lesada a exceção *non adimpleti contractus* – tratando-se do adimplemento ruim e das violações positivas do contrato de inadimplemento parcial ou relativo, a exceção, a rigor, é a *non rite adimpleti contractus* (art. 476, id.) – e a exceção por falta ou diminuição de garantia (art. 477, id.) com a dispensa do requisito da culpa.

Pretensão à resolução do contrato entendo que somente há de ser reconhecida nas hipóteses em que a parte lesada ou não recebeu parte substancial da prestação (*substantial performance*), com fundamento no art. 475 do Código Civil – considerando-se a violação positiva do contrato por descumprimento de deveres secundários situação análoga à do inadimplemento parcial substancial de prestações de obrigações principais – ou devido à quebra da confiança, decorrente da violação de deveres de lealdade, a manutenção do contrato já não guarda, objetivamente, qualquer interesse para o lesado; o fundamento legal pode ser o art. 395, parágrafo único, do Código Civil.

11 “O preceito do art. 421 do projeto tem o mérito de atuar como a lei de conexão, para permitir à jurisprudência a reunião, a sistematização e o desenvolvimento das várias hipóteses de conduta contratual”. MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *In* RT 753, julho de 1998. P. 24(47)48.

12 “Escapam às duas classes os danos derivados da mora, não os que se originam de **violações positivas do contrato**”, grifou-se. MIRANDA, F.C.P. de. Ob. cit., Tomo XXVI, p. 25; cp. tb. tomo IV, p. 83 ss., 255.

13 Exemplo representativo de interesses negativos é ministrado pelo Professor Antonio Junqueira de Azevedo – ob. cit., p. 5 – envolvendo plantadores de tomate no Rio Grande do Sul e a Cia. Cica, que, após haver criado legítimas expectativas, distribuindo sementes para que plantassem, recusou-se a comprar suas safras.

Ampliando-se o âmbito de aplicação da violação aos deveres secundários derivados do princípio-norma da boa-fé para abranger também as hipóteses de ruptura das tratativas, é de ser reconhecida à parte lesada pretensão à execução das prestações principais ou, não sendo possível execução *in natura*, pretensão ao equivalente mais as perdas e danos, inclusive do interesse positivo, com fundamento no art. 475.

Urge lembrar que, nas soluções acima propugnadas, aplicam-se analogicamente normas do Código Civil orientadas no critério da culpa; dispensa-se, todavia, a sua verificação na análise da hipótese fática da violação a deveres secundários que compõem o princípio-norma da boa-fé, porquanto objetiva a responsabilidade nela fundada.¹⁴

14 “Por este modelo objetivo de conduta, levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo”, o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva, deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico”. MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 42.

Arts. 234, 240 e 374

Renan Lotuffo: Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Art. 234: O presente dispositivo disciplina a responsabilidade pela coisa certa no período antecedente ao momento do adimplemento e enseja, no dizer de Clóvis, a distinção entre o *jus in re* e o *jus ad rem*. Portanto não são hipóteses comuns decorrentes do inadimplemento da obrigação principal ou da mora, mas de impossibilidade de cumprimento sem culpa e o futuro e certo inadimplemento, em razão de, no período antecedente ao fixado para o adimplemento, ter ocorrido a perda ou a inservibilidade da coisa certa por culpa do devedor.

JUSTIFICATIVA

Há que se lembrar que a impossibilidade da obrigação torna-a resolvida se, ao ser criada ou ser executada a prestação, havia impossibilidade física ou jurídica, pois, não existindo o objeto da prestação, é impossível o cumprimento desta.

Temos, pois, que nasce uma obrigação e que, antes do momento do adimplemento, perde-se a coisa, ou deteriora-se de tal forma que fica inservível para os fins a que se destinava e, por ser coisa certa, não pode ser substituída por outra.

Duas hipóteses são tratadas no presente dispositivo, ou seja, a impossibilidade por causas inimputáveis ao devedor, extinguindo a relação, e a impossibilidade decorrente do comportamento culposo do devedor na guarda da coisa para que no momento oportuno pudesse ser transmitida ao credor.

Fica claro aqui o sentido de se falar em obrigação complexa, isto é, aquela em que, além de um núcleo (a prestação) bem definido como principal, outros deveres obrigacionais surgem antes do momento do adimplemento, como podem existir deveres posteriores. Cumpre, pois, lembrar a ligação de Karl Larenz quanto à obrigação como complexa, ou um processo:

Hemos examinado los elementos esenciales la relación de obligación: el deber de prestación y los deberes de conducta; el crédito como derecho a la prestación y la posibilidad de realizarlo por vía jurídica, así como la garantía del acreedor a virtud de la responsabilidad patrimonial general del deudor normalmente conectada a la deuda. Pasaremos, pues, ahora a estudiar la relación de obligación como un todo. Bajo este concepto entendemos la "relación de obligación" no sólo como lo hace la ley (p. ej., en el § 362), es decir, como la relación de prestación aislada (crédito y deber de prestación) (), sino como la realación jurídica total (p. ej.: relación de compraventa, de arrendamiento, de trabajo) fundamentada por un hecho determinado (p. ej.: ese contrato concreto de compraventa, de arrendamiento o de trabajo) y que configura como una relación jurídica especial entre las partes.*

En este sentido la relación de obligación comprenderá una serie de deberes de prestación y conducta, y además de ellos puede contener para una u otra de las partes derechos de formación (p. ej.: un derecho de denuncia o un derecho de opción) u otras "situaciones jurídicas" (p. ej., competencia para recibir una denuncia). Es, pues, un conjunto no de hechos o de acontecimiento del mundo exterior perceptibles por los sentidos, sino de "consecuencias jurídicas" es decir, de aquellas relaciones y situaciones que corresponden al mundo de la validez objetiva del orden jurídico - pág. 37.

No caso presente, tem-se claro que o descumprimento do dever de guarda da coisa implica responsabilização do devedor. Tradicionalmente se refere à hipótese de que a coisa perece para o dono, *res perit domino*, porque até então a coisa está no seu patrimônio; não há para o credor, ainda, o *jus in re*, direito sobre a coisa, mas só o *jus ad rem*, o direito de vir a ter a coisa.

Na obrigação de dar coisa certa, a transmissão da propriedade somente ocorre com a tradição, pelo que, antes desse evento, a coisa continua na propriedade do devedor. O mesmo raciocínio é aplicável quando a eficácia do negócio é sujeita à condição suspensiva (art. 125), pois, enquanto esta não se verificar, não ocorrerá a aquisição do direito correspondente. Dessa maneira, o devedor deverá conservar a integridade da coisa para possibilitar o cumprimento da obrigação.

Entretanto, a coisa pode perder-se antes da efetiva tradição ou quando pendente condição suspensiva. A perda da coisa ocorre quando ela deixa de existir, quando perece perdendo as suas qualidades essenciais ou o seu valor econômico. Assim, perdida a coisa, deve-se determinar se houve ou não o descumprimento do dever de mantê-la íntegra para a satisfação do crédito.

Se a perda decorreu de caso fortuito ou força maior, portanto sem culpa do devedor, a obrigação ficará resolvida para ambas as partes, pois inexistente qualquer nexos causal entre o ato do devedor e a perda. Só que o prejuízo pela perda da coisa não pode ser levado ao credor, porque aquela se deu de bem de propriedade do devedor. Como já se disse, decorre da aplicação da regra *res perit domino*, em que o devedor é o proprietário da coisa antes ou do implemento da condição suspensiva ou do termo ajustado para a tradição, arcando, como titular do domínio, se ocorre o seu perecimento. Nessa hipótese a obrigação é resolvida, não devendo subsistir qualquer obrigação para as partes, restaurando-se o *status quo ante*.

Em razão disso, se o devedor tiver recebido alguma quantia do credor, ou seja, se o preço havia sido pago total ou parcialmente, de forma antecipada, o devedor estará obrigado a restituir ao credor a quantia recebida, sob pena de seu enriquecimento sem causa (art. 884), uma vez que esse recebimento antecipado, embora tivesse uma justa causa quando efetuado, tornou-se injusto, pois a causa para o pagamento deixou de existir quando a obrigação foi resolvida, surgindo, por força do art. 885, a obrigação de restituir.

Por outro lado, se a perda da coisa decorrer de culpa do devedor, este responderá pelo valor equivalente à coisa certa e mais perdas e danos decorrentes de não-cumprimento do dever anterior à obrigação principal com sua atividade culposa, que impede a satisfação do crédito por sua culpa. Essa obrigação decorre da falta de

diligência do devedor na conservação da coisa, que não permite sua entrega certa ao credor.

Por conseguinte, em razão do inadimplemento na conservação da coisa, a lei estabelece a responsabilidade do devedor pelo pagamento do seu valor acrescido de perdas e danos, envolvendo o que o credor efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar (art. 402) em decorrência do não-cumprimento da obrigação de dar coisa certa. É a decorrência de se entender a obrigação como um processo, visto que vai ser alcançado seu fim mediante indenização. Como bem se vê ainda em Karl Larenz, p. 39:

Ahora bien, por el hecho mismo de que en toda relación de obligación late el fin de la satisfacción del interés en la prestación del acreedor, puede y debe considerarse la relación de obligación como un proceso. Está desde un principio encaminada a alcanzar un fin determinado y a extinguirse con la obtención de ese fin. Y precisamente la obtención del fin puede exigir alguna modificación; así acontece cuando la prestación debida se haya hecho imposible, pero el interés del deudor en la prestación pueda ser satisfecho de otra forma, mediante indemnización. La satisfacción del acreedor se produce normalmente mediante cumplimiento del deber de prestación; pero puede producirse de otra forma, p. ej., mediante compensación (de modo que el acreedor compensado extingue una deuda propia) o mediante prestación subsidiaria consentida por el acreedor. La relación de obligación como un todo se extingue cuando su fin haya sido alcanzado totalmente, es decir, cuando el acreedor (o todo el que participa como acreedor) haya sido totalmente satisfecho en su interés en la prestación.

No mesmo sentido de se entender a obrigação, veja-se Clóvis do Couto e Silva em sua obra "A Obrigação como Processo".

Art. 240: Como a obrigação de restituir é a principal no processo ou complexo da obrigação, envolve, para o devedor, o dever de conservação da coisa, porque o credor e proprietário tem o direito de recebê-la no mesmo estado em que a entregou. Se, porém, antes da tradição, a coisa deteriorar-se, ter-se-á que apurar a conduta do devedor, para se verificar se pode ou não ocorrer a imputação da responsabilidade.

JUSTIFICATIVA

Se a coisa objeto da restituição deteriorar-se sem culpa do devedor, como o caso fortuito ou a força maior, o credor recebê-la-á no estado em que se encontrar, sem direito a qualquer indenização, pois o risco de deterioração, nessa situação, corre para o dono em decorrência da regra *res perit domino*. Reiteramos, lembrando a posição de Ragner Limongelli Vianna, pp. 36/38 de sua tese de mestrado, com apoio nas lições de Agostinho Alvim e de Giovanna Visintini, que, ocorrendo caso fortuito ou força maior, a impossibilidade de cumprir a prestação devida não pode ser imputada ao devedor, já que não há nexos causal entre o comportamento da parte e o inadimplemento;

este se dá por causa do evento, logo inadmissível a imputação.

Aliás, o Código Civil italiano adota formulação de cunho mais científico, ao expressamente referir-se às causas não-imputáveis de responsabilidade em seu art. 1.218, do que a nossa formulação no atual art. 393, equivalente ao antigo 1.058, o qual mantém a mesma noção de que caso fortuito e força maior são excludentes de responsabilidade, como se primeiro houvesse a tipificação desta e posteriormente ocorresse a exclusão, e não especificamente a não-incidência da hipótese por ausência do nexo de causa.

Para que não pare dúvida, transcrevemos trechos específicos da ilustre professora italiana, na sua obra já traduzida para o espanhol, "Tratado de la Responsabilidad Civil", v. II, Buenos Aires: Editorial Astrea. 1999, pp. 286 e 375:

En otras palabras, los perjuicios respecto de los cuales se plantea el problema para fijar un límite al resarcimiento son 'consecuencias del incumplimiento o del hecho ilícito'.

Por lo tanto, la investigación realizada para comprobar un nexo de 'causalidad natura' o 'de hecho', entre el daño resarcible y el hecho que es fuente de la responsabilidad, es preliminar o anterior a la indagación relativa a la delimitación de las consecuencias dañosas resarcibles (la causalidad jurídica) (p.286).

Además, conforme aparece en los usos jurisprudenciales, la noción de caso fortuito es muy amplia y comprende todo hecho idóneo para interrumpir la relación de causalidad entre la cosa y el daño, absolutamente imprevisible y no controlable por parte del guardián (p.375).

No entanto, se a coisa for deteriorada por culpa do devedor, o Código determina a aplicação da regra do art. 239, qual seja, responderá o credor pelo valor equivalente em dinheiro, acrescido de perdas e danos.

Nesse ponto, o Código diferencia-se do Código de 1916, pois, nessa situação (culpa do devedor), o credor tinha a possibilidade de aplicar o disposto no art. 867 daquele código, isto é, exigir o equivalente mais perdas e danos ou, alternativamente, aceitar a coisa no estado em que se achava, mais perdas e danos.

Deve-se entender que a remissão feita ao art. 239, que é específico para o caso de perda total da coisa, é feita quanto à sua disposição final, ou seja, que determina a responsabilidade pelas perdas e danos.

Evidentemente, pela própria natureza da hipótese – deterioração e não perda –, a obrigação alternativa resultante da regra do Código de 1916 não foi extinta pela nova formulação, isto é, na deterioração culposa, poderá o credor aceitar a restituição da coisa deteriorada no estado em que se encontrar, além do direito à reparação pelas perdas e danos. A lei confere autonomia à pessoa para que possa dar o destino que lhe aprouver aos seus bens, de tal sorte que o credor está apto a receber a coisa que, segundo seu próprio juízo, poderá ser-lhe útil. Recebendo-a, tem pleno direito de pleitear perdas e danos. Aplica-se aqui, por absoluta simetria, a orientação do art. 236.

Ademais, não poderá o credor cumular o recebimento da coisa, mesmo deteriorada, com o do valor equivalente, visto que excludentes uma da outra. A razoabilidade dita a regra de que poderá optar por uma ou outra alternativa, acrescida, em qualquer caso, de perdas e danos.

Art. 374: Este artigo inova profundamente o que se tinha no art. 1.017 do Código de 1916, que estipulava a insuscetibilidade de compensação que não fosse prevista em lei especial.

JUSTIFICATIVA

Tal fora, também, a orientação da comissão elaboradora do anteprojeto, mantida no projeto e aprovada na Câmara e no Senado, de onde saiu com a seguinte redação e o número 373:

“A matéria de compensação, no que concerne às dívidas fiscais, é regida pela legislação especial a esse respeito.”

Há que se lembrar que à Câmara, pela Constituição, cabia, tão-somente, a apreciação das emendas oferecidas pelo Senado, o qual só havia alterado a redação do dispositivo para incluir esse como penúltima palavra do período, visto que o texto aprovado pela Câmara foi o original da Comissão e tinha o nº 374:

“A matéria de compensação, no que concerne às dívidas fiscais, é regida pela legislação especial a respeito.”

Porém, na redação final, veio a ser dada a presente formulação, que vai contra a posição estratificada do crédito fiscal. A inovação ocorreu por *emenda de redação* do relator na Câmara na tramitação da redação final do projeto, com apoio em texto de Gabriel Lacerda Troianelli, em “Compensação do Indébito Tributário”, São Paulo: Editora Dialética. 1998, pp. 48 a 52.

Curioso que não tenha havido consulta ao direito estrangeiro nem à obra monográfica de Euclides Mesquita, op. cit. pp. 124/125, que desde há muito já dizia:

A disposição do § 395 do BGB confirma o princípio universalmente reconhecido. Revela que a separação dos créditos tributários dos créditos patrimoniais ou contratos more civili do Estado, em matéria de compensação, já é de aceitação universal e inscrito em todas as legislações contemporâneas.

O que se denominou de *emenda de redação* teria de estar dentro do que ficou estipulado na Resolução nº 1, de 2000-CN, de 28 de janeiro de 2.000, que deu a seguinte redação ao art. 139-A, no § 1º, da Resolução nº 1, de 1970-CN:

§ 1º *O relator do projeto na Casa em que se finalizar a sua tramitação no Congresso Nacional, antes de apresentar perante a Comissão respectiva seu parecer, encaminhará ao Presidente da Casa relatório apontando as alterações necessárias para atualizar o texto do projeto em face das alterações legais aprovadas durante o curso de sua tramitação.*

Os demais parágrafos se referem ao trâmite desse parecer para a retomada da fase final, o que se deu com a inércia da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que já não contava mais com a presença do senador Josaphat Marinho. É flagrante que o relator cometeu alteração intencional do conteúdo, o que não lhe era dado fazer, adulterando de vedação do regime privado da compensação, para aplicação compulsória quanto à dívida fiscal.

Em primeiro lugar, há que se duvidar da constitucionalidade do artigo, pois o que aí se tem nunca foi *emenda de redação*, mas sim substancial adulteração do que não era mais suscetível de ser modificado, pois, como matéria de decisão política, já

fora aprovado por ambas as casas do Congresso.

Não há dúvida de que a nós, como contribuintes, agradaria, e muito, ficasse a compensação do indébito tributário imediata e permanentemente submetida ao regime geral do Direito Privado. Todavia, para que se chegue a tanto, será mediante legal e legítimo processo legislativo, disciplinado pela Constituição Federal, arts. 61 a 69, não mediante usurpação do poder legislativo pelo uso indevido de função formal atribuída restritamente.

O problema maior que se terá é ser o texto constante da lei o que se vê acima, porquanto ele, efetivamente, cria um conflito de normas bastante grave, pois, a partir das competências, tem-se distinção constitucional. O direito civil está na previsão da competência privativa da União, art. 22, 1. A legislação tributária, econômica e financeira é de competência concorrente, do art. 24, 1, mas reservada à União a edição de normas gerais, § 1º.

O art. 146, III, b, impõe que lei complementar discipline normas gerais sobre obrigação, lançamento e crédito tributário. Daí a observação aguda de Estevão Horvath, em artigo constante do 3º volume de "Problemas de Processo Judicial Tributário", p. 170:

O que se viu até aqui talvez possa servir como prova de que a lei complementar em matéria tributária teve seu campo de atuação ampliado pela Constituição de 1.988, dada a inclusão expressa, no seu texto, de matérias sobre as quais parte da doutrina duvidava devessem ser objeto de serem tratadas com normas gerais.

Muito antes da promulgação da atual constituição, passou a integrar o sistema nacional o denominado Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/66, lei nacional no dizer de Aliomar Baleeiro, e não meramente federal, pois veiculado por lei complementar, cujo art. 170 dispõe sobre a compensação como forma de extinção do crédito tributário, cabendo à lei ordinária fixar as respectivas condições. A Lei n.º 8.383/91 veio a fixá-las.

Logo não se pode admitir a genérica argumentação trazida na fundamentação, quando até pela mesma editora sobrevieram o 3º e o 4º volume de "Problemas de Processo Judicial Tributário", com artigos específicos sobre a compensação tributária, como os de Andrade Martins e Eliana Maria Barbieri Beriachini, no 3º, de 1999, e de Erik Frederico Gramstrup e Hugo Brito Machado, no 4º, de 2000, sem falar que os tribunais superiores jamais acenaram com a inconstitucionalidade dos dispositivos e leis referidas. Até que o presente artigo seja apreciado judicialmente quanto a sua validade no sistema, surgirão grandes problemas, mesmo porque, até o momento, desconhecemos qualquer medida tendente à declaração de inconstitucionalidade ou de simples ilegalidade do dispositivo que não é fruto dos poderes competentes, segundo o processo constitucional de legislar.

Pode-se imaginar a proliferação de lides tributárias tão logo inicie a vigência do Código, pois, quanto a esse dispositivo, não se conhece, nem no projeto do relator de alteração de dispositivos, qualquer previsão de correção.

Curioso é que, com a superveniência da Lei nº 8.383/91, o artigo na redação original podia até ser suprimido, porquanto, existente lei expressa regulando a compensação tributária, descabia ao Código Civil referir-se à matéria estranha a sua competência.

Nem a invocação do art. 110 do CTN, que veda a alteração, a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, para definir ou limitar competências tributárias.

A formulação do art. 146, III, b, explicita a competência sobre os institutos básicos e fundamentais do Direito Tributário, sendo certo que a obrigação é reconhecida como instituto do Direito, e não só do Direito Civil, como de há muito já referia Mario Alara.

Art. 381: A confusão, como fica claro do dispositivo, se dá quando numa mesma pessoa se reúnem definitivamente as posições de credor e devedor. É uma figura que obteve denominação variada.

JUSTIFICATIVA

Assim, vê-se sob a denominação de confusão, de união (Enneccerus, Kipp e Wolff, op. cit. p. 376), de reunião (Bianca, op. cit., p. 515), de consolidação (Giorgi, op. cit., p. 158), mas em compensação, como diz Giorgi:

En la teoría de las obligaciones la palabra confusión tiene un significado tan determinado y preciso, que cualquiera aclaración sería superflua.

Bianca esclarece que não se deve entender como sendo fruto da coexistência de tais posições, mas a modificação sucessória pela qual o devedor sucede na posição do credor, o credor sucede na do devedor, ou um terceiro sucede na posição de ambos.

Curiosamente, Giorgi refere-se a uma hipótese que diz ser suscitada por escritores, que não identifica, que é a reunião de vários créditos e de várias dívidas em uma só pessoa, o que mal pode figurar entre as causas de extinção, pois é mais um acúmulo de obrigações do que extinção, mas seria denominada de confusão acumulativa.

Os romanos fixaram que não era a dívida que se extinguia, mas que o credor não podia agir contra si mesmo como devedor, no brocardo que Carvalho Santos reputou notável:

Confusio eximit personam ad obligatione, patius quam extinguit obligationem.

Ainda que tivessem partido do direito romano, os franceses neste ponto acabaram redigindo de forma confusa o art. 1.300 de seu código, como se pode ver:

Quando as qualidades de credor e devedor se reunirem na mesma pessoa, far-se-á uma confusão de direito que extinguirá os dois créditos.

Henri De Page, op. cit., vol. III, p. 681, faz crítica a essa redação, porque a extinção de dois créditos um pelo outro implica a *compensação*, não a confusão. Giorgi fazia crítica, também, à redação dos arts. 1.296 e 1.297 do Código Civil italiano de 1865, porque baseado no francês, dizendo:

La confusión según ese artículo, extinguiría la deuda y el crédito; de donde, tomando a la letra lo que dice podría creerse que la confusión, de igual modo que la

compensación, extingue dos obligaciones a un mismo tiempo.

O instituto da confusão sempre foi saudado como uma forma de extinção das obrigações, elaborado com tal lógica que não se refere a qualquer exceção. Na doutrina mais recente, tal afirmação não é unânime, como se vê de Pietro Perlingieri, op. cit., p. 53 e seguintes.

Diz o mestre de Camerino que:

Até poucos anos atrás este instituto era considerado como resultado de regras lógicas absolutas, hoje o estudo mais atento tem contribuído para demonstrar a inconsistência daquelas concepções da relação diante da crítica.

Afirma-se reiteradamente que é inconcebível a existência de uma relação obrigatória quando as duas situações jurídicas contrapostas, a creditória e a debitória, confluem no mesmo sujeito; e se sustenta a impossibilidade lógica não somente de constituir uma relação jurídica obrigatória com um único sujeito, mas também de fazer sobreviver uma relação obrigatória na qual a duas situações jurídicas contrapostas, creditória e debitória, confluíram no mesmo sujeito. Mas esta regra lógica fica desmentida em muitas hipóteses, nas quais, por exemplo, o legislador configura, talvez por interesse específico, uma relação com um único sujeito. Assim a regra é relativa e não absoluta a que consente excluir que a relação tenha que ser entre sujeitos.

Cita hipótese existente no direito alemão, de hipoteca em favor de si próprio, figura inexistente no direito italiano, mas não se pode negar que aquela figura estabelece relação entre situações subjetivas, ainda que sendo “unissubjetiva”.

Não fica nessa única e estranha exceção específica, pois afirma que logicamente não se pode excluir a possibilidade de constituir uma relação com um único sujeito, porque não é uma necessidade lógica a dualidade de sujeitos na constituição da relação jurídica, mas sim a existência de normas positivas que não admitem a possibilidade jurídica. Mas, após o nascimento da relação, diz ser possível, no ordenamento italiano, sustentar que o dogma da dualidade seja desrespeitado.

Dentre os casos em que a partir da diversidade se pode chegar à “unissubjetividade”, traz a aceitação da herança com o benefício de inventário, prevista no art. 490 do Código Civile. Diz que o efeito do benefício de inventário consiste em ser o patrimônio do defunto distinto do patrimônio do herdeiro. Mas fica clara a possibilidade de confluírem no mesmo sujeito as duas qualidades, a de credor e a de devedor em razão da mesma relação. Porém, para essa confluência, o legislador não impõe a confusão, prevista no art. 1.253 do Cód. Civile. Assim, com a aceitação com benefício de inventário permanecem distintos os dois patrimônios e remanescem vivas as respectivas situações subjetivas patrimoniais, debitória e creditória, ambas com as garantias pessoais ou reais.

Outra hipótese que o mestre traz é a do título à ordem posto em circulação não vencido que volta ao emitente. Afirma que a lei cambiária italiana, art. 15, 3, prevê expressamente que não se extingue a obrigação, pois continua a existir a possibilidade de o sujeito recolocar o título em circulação.

Assim, a regra do art. 1.253 não é uma regra absoluta, sem exceção, mas sim um valor, um interesse do ordenamento de não manter em vida relações jurídicas

que não representem interesses contrapostos, que possam gerar interesse jurídico merecedor de tutela por parte do próprio ordenamento.

Conclui dizendo que o instituto da confusão responde não a razões exclusivamente mecânicas ou de estrutura, mas a uma valoração teleológica, funcional da relação jurídica. Tal valoração não se limita aos interesses dos sujeitos protagonistas, titulares de duas situações jurídicas coligadas ou contrapostas, mas são interesses que devem estender-se necessariamente aos terceiros qualificados, aos interesses gerais relevantes da coletividade jurídica. As conclusões de Perlingieri parecem ter sido emitidas em conformidade com os princípios que inspiraram o legislador do nosso código atual.

No moderno direito italiano, essa posição não é única, pois Bianca acompanha, em grande parte, até a exemplificação fornecida por Perilingieri, como se vê às páginas 521 e 522, devendo-se, ainda, salientar que Salvatore Pugliatti desenvolveu toda uma obra sobre “A Relação Jurídica Unissubjetiva”.

Poder-se-á dizer que as referências são oriundas de direito estrangeiro, sem qualquer aplicação no âmbito do nosso sistema. Não é bem assim. Se é verdade que, tal como os italianos, não temos a estranha figura da hipoteca em favor de si próprio, o benefício de inventário é figura do nosso Direito positivo.

Itabaiana de Oliveira, em seu “Tratado de Direito das Sucessões” (Rio de Janeiro: Livraria Jacinatho, 1936, vol. I), após fazer o histórico da figura, lembra que, após certa vacilação, acabou sendo admitida no nosso Direito exatamente pelo Código Civil com o art. 1.587, que corresponde ao art. 490 citado por Perlingieri. Lembra Itabaiana, p. 89, que:

§ 103 - Consequentemente, o princípio cardeal do instituto de benefício de inventário no direito moderno – que, aliás, é apresentado, pela generalidade dos doutrinadores e dos intérpretes dos códigos, como o seu mais predominante efeito - é a separação dos patrimônios do de cujus e do herdeiro, da qual decorrem os efeitos seguintes:

- a) o herdeiro conserva o seu patrimônio distinto dos bens da herança;*
- b) herdeiro pode ficar com todos os bens da herança pagando, em dinheiro, aos credores, sem que estes se arroguem o direito de haver o respectivo pagamento pelos próprios do espólio;*
- c) herdeiro tem o direito de pagar-se das despesas feitas com o falecimento do de cujus, como o funeral e outras, tal como se tratasse de um credor estranho; o herdeiro pode penhorar os bens da sucessão como outro qualquer credor,*
- d) o herdeiro pode tornar-se credor adjudicatário, como credor hipotecário, de qualquer imóvel da herança;*
- e) o herdeiro pode fazer valer contra os bens da sucessão quaisquer direitos reais, como servidões, etc., que se não extinguem por confusão.*

Como se vê, há exceção também clara no nosso direito, como é aplicável o exposto quanto aos títulos à ordem que entraram em circulação.

Art. 301: A ressalva de que trata o referido artigo dirige-se aos terceiros que não compõem a relação jurídica, seja ela a original ou a de assunção de dívida.

Leda de Pinho: Juíza Federal em Maringá/PR.

JUSTIFICATIVA

O art. 301 tem a seguinte redação:

“Se a substituição do devedor vier a ser anulada, restaura-se o débito, com todas as suas garantias, salvo as garantias prestadas por terceiros, exceto se este conhecia o vício que inquinava a obrigação.”

O retorno ao *status quo ante* assentado nesse artigo apresenta uma ressalva: as garantias prestadas por terceiros (?), que gravitavam em torno do devedor originário, não se restauram, a menos que estes (?) conhecessem (?) do vício que inquinava a obrigação.

Como se vê, a incorreção gramatical é evidente e, conforme se dê a correção, encaminha três interpretações possíveis e absolutamente distintas.

Acaso se entenda que onde está “terceiros” deve-se ler “terceiro”, no singular, e que este seria o assuntor, por remissão sistemática ao precedente art. 299, as garantias de que se trata seriam as prestadas por aquele que assumiu a dívida e cujo negócio jurídico (entre credor e assuntor se exprômissão ou entre devedor e assuntor se delegação) veio a ser anulado.

A regra teria então caráter punitivo em relação ao assuntor que celebrou negócio mesmo sabendo do defeito e do risco da decretação de nulidade.

Acaso se preceda à mesma correção gramatical, mas se afaste a referência sistemática ao art. 299, considerando-se, pois, “terceiro” como pessoa alheia à relação jurídica e não o assuntor (o qual, gize-se para bem refletir o alcance da expressão “terceiro” no art. 299, no tocante à relação jurídica estaticamente considerada antes da transmissão da dívida é terceiro), a regra seria dirigida ao terceiro prestador de garantia que tinha conhecimento do defeito que inquinava o negócio jurídico da translação e que, portanto, não poderia validamente forrar-se de sua responsabilidade original.

A terceira possibilidade opera-se com a concordância da segunda parte da expressão: “este conhecia” para “estes conhecessem”, desvincula-se da referência ao art. 299, conduzindo, no entanto, à mesma conclusão que a alternativa precedente.

Penso que a expressão “restaura-se o débito” deve ser tomada como fio condutor para a correção do enunciado lingüístico. Quando se fala em restauração do débito, está-se a falar da restauração da relação jurídica em seu aspecto estático, com todos as obrigações, deveres, ônus e faculdades que a caracterizavam antes do **negócio jurídico da assunção, o qual se resolve em perdas e danos, se for o caso.**

1 Vide, ainda, sobre as garantias que acompanham a dívida: RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 610-1.

Esse retorno ao *status quo ante* contempla uma única exceção: as garantias prestadas pelos terceiros², as quais deverão restaurar-se nos casos em que estes terceiros conheçam o vício que atacava a relação jurídica de transmissão de débito.³

2 Nesse passo é de se indagar o conteúdo e alcance da categoria terceiros. Para Santos Cifuentes, existem duas classes de terceiros: aqueles que não são partes no negócio jurídico e aos quais não se atribuem as relações jurídicas que o negócio tem por fim criar, como o escrivão, a testemunha e o representante do ato, e os terceiros propriamente ditos, nada têm a ver com o negócio jurídico e não têm qualquer interesse direto ou indireto com o ato e seus efeitos ou conseqüências. Ora, o fiador, por exemplo, não pode ser enquadrado em nenhuma dessas categorias. Quais seriam, portanto, os terceiros a que se refere o CC/2002? (CIFUENTES, Santos. *Negócio jurídica*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, p.147 e 149.)

3 Mudando o que deva ser mudado, vide: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. [Atualizado por Vilson Rodrigues Alves.] Campinas: Bookseller, tomo 4, p. 400-1.

Art. 317: A interpretação da expressão “motivos imprevisíveis” constante do citado artigo deve abarcar tanto causas de desproporção não-previsíveis, como causas previsíveis mas de resultados imprevisíveis para a economia interna do contrato. A razão encontra-se na aplicação do princípio do equilíbrio, acolhido pelo Código.

Jorge Cesa Ferreira da Silva: Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

JUSTIFICATIVA

O dogma da vontade, herança dos postulados iluministas, engendra, no tocante à fundamentação jurídica da relação obrigacional, uma legitimidade eminentemente formal. Dado que os membros da sociedade civil eram compreendidos como iguais em direitos e livres economicamente, caberia ao Estado garantir apenas que a vontade, então entendida como o móvel por excelência das atitudes humanas, fosse realmente livre. Não por acaso, o Código de 1916 previu um regime de invalidades conectado intrinsecamente à vontade, retirando o espaço da lesão ou de outros mecanismos destinados a manter a equivalência entre as prestações, como é o caso da cláusula *rebus sic standibus* ou da resolução por onerosidade excessiva.

Da mesma forma, porém por motivos ligados vinculados a posicionamentos dogmáticos de Beviláqua, o enriquecimento sem causa não foi incluído no Código, entendendo-se absorvido por outras figuras.¹

Em desconformidade com esses postulados, o novo Código Civil expressamente regulou um conjunto de institutos que se unificam sob o manto da legitimidade material do equilíbrio. Assim ocorre com os institutos retro citados, cuja regulação permite ter por incorporado, no seio do Livro I da Parte Especial, princípio obrigacional que se pode chamar de *princípio do equilíbrio*, o qual impõe às partes e ao Estado-jurisdição o zelo à justiça comutativa como típica justiça contratual. Com base nele, salvo em hipóteses excepcionais, a justiça contratual se realiza como equilíbrio entre prestações, o que possui grande aplicação prática no âmbito interpretativo.

Exemplo dessa aplicação encontra-se na interpretação do art. 317 do novo diploma. Previsto originalmente para regular as consequências da desvalorização da moeda², o art. 317, após revisões legislativas, veio a servir de base genérica para a

1 Conhecedor do direito comparado e crítico do modo de regulamentação do enriquecimento sem causa no direito alemão e suíço, Beviláqua entendia que a grande maioria das hipóteses de enriquecimento sem causa estaria já devidamente absorvida pelos institutos positivados, seja de direito obrigacional, seja de direito das coisas. Por isso sustentava não se poder, “numa fórmula geral, compreender todos os casos de enriquecimento antijurídico.” Em vez de regulá-lo diretamente, melhor seria deixar as hipóteses de enriquecimento sem causa não previstas no código para a equidade judicial. Cf. *Obrigações*, cit., p. 95 ss. O trecho transcrito encontra-se na p. 98.

2 No Anteprojeto de Código Civil, cuja segunda data é de 1973, o atual art. 317 tinha o número 311 e a seguinte redação: “Quando, pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que preserve, quanto possível, a equivalência das prestações”. Grifou-se

revisão, assim dispendo: *Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação e o do momento da sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.* A questão se põe na abrangência da expressão “motivos imprevisíveis”, ou seja, se ela se limita a abarcar causas imprevisíveis ou se ela inclui também as consequências imprevisíveis das causas previsíveis.

A resposta demanda sucinta passagem pela análise do art. 478 do novo Código, dedicado à resolução por onerosidade excessiva, o qual dispõe que, *nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.* Esse dispositivo se assemelha ao art. 1.467 do Código Civil italiano e, tal como na Itália, poderia ser usado para sustentar, analogicamente, a revisão judicial dos contratos.³

Ocorre que, se assim fosse, um expressivo conjunto de casos de desproporção entre as prestações decorrentes de causas supervenientes à celebração do pacto restariam desacolhidas pelo Código. Isso porque o art. 478 exige, para sua aplicação, a existência de “extrema vantagem” para uma das partes decorrente do evento imprevisível. Essa exigência limita por demais o campo revisional, porquanto muitos casos de desequilíbrio prestacional não se dão com vantagem, quiçá com extrema vantagem, para uma das partes, o que não torna a situação de desequilíbrio menos injusta do ponto de vista da justiça contratual.

Voltando ao art. 317, verifica-se que o mesmo problema poderia ser encontrado, ainda que minorado, se a abrangência da expressão “motivos imprevisíveis” se limitasse às causas imprevisíveis e não incluísse também os resultados imprevisíveis. Uma série de situações de desequilíbrio entre prestações deixaria de ser atendida, dado serem previsíveis as causas, como ocorre com a inflação no Brasil. Veja-se que, nessas hipóteses, situações de injustiça contratual seriam plenamente aceitas pelo Código, tendo em vista que tanto o art. 317 quanto o recurso analógico ao art. 478 não seriam capazes de evitar a situação de desequilíbrio.

Por esses fatores, tendo por base regência posta pelo princípio do equilíbrio, cumpre interpretar a expressão “motivos imprevisíveis” abrangendo causas e consequências imprevisíveis, de modo a tornar o Código mais orgânico e sistemático, além de mais justo do ponto de vista da justiça contratual.

3 Cumpre lembrar que a utilização do art. 478 para fundamentar a revisão dos contratos foi expressamente lembrada no recente Projeto de Lei 6.960/2002, de autoria do Dep. Ricardo Fiúza.

Art. 316: A permissão de aumento progressivo das prestações não se confunde com a correção ou atualização monetária do valor das prestações; não é compatível com os contratos instantâneos, mesmo os de execução diferida e está sujeita aos limites traçados na lei, não podendo ser pactuada em contratos que instrumentalizam prestações essenciais à pessoa.

Judith Martins-Costa: Professora Adjunta na Faculdade de Direito da UFRGS.

JUSTIFICATIVA

O universo do art. 316 vem bem delimitado pela palavra *aumento*: não se trata de “atualização do valor”, o que é logrado pela correção monetária e pela cláusula de escala móvel. A regra abre ensejo a que as partes estabeleçam aumento do valor das prestações seja de forma “fechada” (isto é, pré-constituída) ou “aberta”, mediante o estabelecimento do dever de renegociação, quando houver prestações *sucessivas*. Assim sendo, a possibilidade prevista no art. 316 não se verifica nos contratos ditos instantâneos, ou de *execução única*, nem mesmo nos contratos instantâneos de execução diferida, ou nos quais a prestação está sujeita a um termo (prazo), mas é protraída no tempo, realizando-se num só instante, ou então naqueles em que a prestação está sujeita também a um termo (prazo), mas cujo pagamento é, para uma ou para ambas as partes, protraído no tempo pela *divisão em parcelas que dizem respeito a um único e mesmo adimplemento*, o qual, todavia, é recortado em parcelas.

O traço distintivo há de ser encontrado, pois, no adimplemento: nas prestações únicas, mesmo que o adimplemento seja protraído no tempo pela divisão em parcelas, ele é um só. Cada uma das prestações (parcelas) que é paga determina a extinção parcial do débito, até a extinção do débito com a conseqüente extinção do contrato. Por isso a regra incide apenas nos contratos que contêm “prestações sucessivas” (e não “parcelas sucessivas” *de uma mesma prestação*), dizendo respeito, tecnicamente, aos contratos de duração, também chamadas “*obrigações duradouras*” ou de trato sucessivo ou de execução continuada.

O aumento será lícito se não infringir norma de ordem pública que imponha certos limites, os quais, é bom frisar, não se encontram no texto do art. 316, antes derivando do *contexto normativo* no qual inserido, formado pelos demais princípios e regras do Código (*v.g.* arts. 157, 187, 421, 422, 2.035) e pelos princípios constitucionais.

Tocando diretamente na ordem econômica e possuindo dimensão para além do indivíduo, o pacto do aumento progressivo sofre restrições de ordem ético-jurídica e legislativa, principalmente nos contratos que interessam diretamente à subsistência humana. As utilidades asseguradas por tais contratos dizem respeito, diretamente, à

concretização da *dignidade da pessoa humana*, que é valor fundante do Estado democrático de direito (Constituição Federal, art. 1º, inciso III). Mais ainda, tais utilidades não têm dimensão exclusivamente individual, mas social ou *transindividual*. Trata-se da incidência, neste domínio, do princípio da *função social do contrato*, acolhido expressamente no art. 421.

A “essencialidade do bem” se deve prender não a um critério subjetivo (isto é, à destinação conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado), mas a um *critério objetivo*. Assim, devem as utilidades referidas no parágrafo único do art. 2º da Lei dos Crimes contra a Economia Popular (Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951) e ainda as utilidades que se põem instrumentalmente para assegurar o livre desenvolvimento da personalidade atuarem como *topoi* para o estabelecimento jurisprudencial dos limites.

Observe-se que o próprio Código Civil, no parágrafo único do art. 2.035, determina que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Também não pode a convenção de aumento progressivo caracterizar negócio lesionador (art. 157), encontrando limites, outrossim, na ordem pública econômica. Em consequência, o pacto do aumento sucessivo das prestações (seja a própria licitude da pacto, seja o seu conteúdo) está sujeita a observar a legislação especial quer a relativa às normas de defesa da concorrência, da tutela do consumidor, de defesa comercial, quer a das agências reguladoras, bem como os princípios antes destacados.

Art. 317: Constitui condições de incidência da regra do art. 317 a existência de relação obrigacional, bilateral e comutativa, duradoura ou mesmo instantânea, desde que o adimplemento tenha sido dividido em várias parcelas a serem pagas ao longo do tempo, na qual uma das prestações venha a sofrer, por fatores supervenientes à conclusão do contrato e, naquele momento, imprevisíveis – isto é, não correspondentes às legítimas expectativas das partes – excessiva onerosidade não imputável ao lesado; devendo a “excessiva onerosidade” tornar manifestamente desproporcional a relação entre o valor ajustado para a prestação devida e aquele a ser pago no momento do adimplemento.

JUSTIFICATIVA

O Código Civil não acolheu a teoria da imprevisão, mas um misto entre as teorias da excessiva onerosidade e da base objetiva do negócio. Portanto, na *interpretação* do art. 317, deve-se considerar:

- a) que a desproporção manifesta, causadora de excessiva onerosidade, é

aquela que comporta uma notável alteração da relação originária entre as prestações, determinando uma situação de desequilíbrio dos respectivos valores;

b) a “desproporção manifesta” é referida à prestação considerada objetivamente, como totalidade, e não à situação subjetiva na qual se encontra o devedor;

c) a noção de desequilíbrio entre o valor atual e o valor originário da prestação devida é equiparável à noção de “desequilíbrio entre a prestação devida e a contraprestação devida”, de modo a equiparar-se à onerosidade superveniente da prestação do devedor o superveniente “envilecimento” da contraprestação;

d) deve-se ter em conta d.1) o sacrifício em razão do qual reste alterada a economia do contrato e d.2) o equilíbrio originariamente existente entre as duas prestações. A configuração do sacrifício não ocorre apenas quando o devedor se encontra na necessidade de procurar o objeto, por ele pagando preço excessivo, ou quando deva produzir algo a custo excessivo, ou pagar por um serviço um custo também excessivo: também se verifica quando o objeto já se encontra no seu patrimônio e a situação de desequilíbrio derive de um superveniente fenômeno de desvalorização da moeda que, reduzindo excessivamente o valor intrínseco da contraprestação pecuniária, já não o torna adequado como “contraprestação”;

e) para tanto é necessário confrontar o valor (ou o custo) inicial da prestação a ser executada e o seu valor (ou o seu custo) no momento do adimplemento, tendo a moeda como unidade de medida;

f) na interpretação e concreção da regra do art. 317 deve ser considerada, fundamentalmente, a *ratio* do instituto revisional, que é a *manutenção do ônus econômico assumido com o contrato, nos limites da sua álea típica*: o ônus é considerado globalmente, não se considerando apenas o peso isolado da prestação assumida;

g) na consideração da imprevisibilidade”, deve ser afastada qualquer conotação à “extraordinariedade” (requisito afastado no Código Civil);

h) o “imprevisível” é o que não poderia ser *legitimamente esperado* pelos contratantes de acordo com a sua justa expectativa, a ser objetivamente avaliada no momento da conclusão do ajuste. O fato previsível, mas não esperado, situa-se na área de risco inerente a qualquer atividade comercial;

i) a imprevisibilidade, que é sempre superveniente à conclusão do ajuste, diz respeito à própria natureza das relações que se estendem no tempo vistas concretamente, segundo a “ética da situação” (Miguel Reale), de modo que, para apurá-la, será preciso detectar: i.1) o seu grau de abstração ou concretude (vale dizer: a normalidade da álea assim o é *in abstracto* ou concretamente, para aquele determinado contrato, à vista de suas circunstâncias?); i.2) o patamar de especificidade com o qual o evento é ou não considerado pelo Direito (isto é, o evento é especificamente considerado na álea normal?); i.3) assim como o grau de certeza ou de incerteza que deve assumir a previsão do acontecimento (a previsão é uma mera potencialidade ou não?).

Art. 330: A presunção de renúncia estabelecida no artigo tem caráter absoluto, derivando de comportamento concludente.

JUSTIFICATIVA

A regra acolhe instituto que, no Direito Comparado, vem denominado pela expressão *supressio*¹, que constitui emanção da boa-fé objetiva. Tal expressão indica um duplo e correlato fenômeno, derivado de um mesmo fato e fundamentado num mesmo valor, a *confiança*: o passar do tempo pode, em certas situações, fazer desaparecer situações jurídicas ou direitos subjetivos que não foram exercidos durante um certo lapso de tempo por seu titular, desde que o não-exercício tenha causado à contraparte um benefício, *em razão da confiança de que aquela situação ou direito não seria mais usado*. É que, em cada ordenamento, a confiança encontra particular e concreta eficácia jurídica como fundamento de um conjunto de regras que permitem, de um lado, a observância do pactuado e, de outro, a coibição da deslealdade, nesta hipótese possuindo *eficácia limitadora do exercício de direitos subjetivos e formativos* justamente para coibir a contradição desleal.

Tal como acolhida no art. 330, são três as condições de incidência da *supressio*: a) a determinação do local em virtude de contrato; b) a sua alteração por período de tempo reiterado; c) a presunção de renúncia do credor ao direito que lhe fora estabelecido no contrato.

Quanto à primeira condição, é necessário que o adimplemento possa, faticamente, ser feito em lugar diverso do ajustado no contrato, pois, se tratar daqueles apanhados no art. 358, em especial os imóveis por natureza, não há como imaginar a mudança no local.

O decurso de um razoável lapso temporal é condição necessária para gerar a legítima confiança. Se o credor deu, em algumas ocasiões, espaçadamente, permissão excepcional para que o pagamento fosse realizado em local diverso do estabelecido, não há como falar em “pagamento reiteradamente feito”. É necessária, como diz Canaris, “a presença de uma previsão de confiança”, no sentido de o beneficiado ter, pelo menos como provável, a regularidade da situação.² Esse lapso temporal não é, todavia, determinável *a priori*, necessitando concretizar-se à vista das circunstâncias. Como assinala Menezes Cordeiro, ao analisar a extensa jurisprudência alemã, traço que res-

1 A denominação “*supressio*” é utilizada pelo jurista português António Menezes Cordeiro, que assinala o emprego, por vezes, em língua latina, de outras denominações, como “decadência”, “inibição”, “paralisação”, “preclusão” ou “perda”, apontando a sua impropriedade, ou por misturar conceitos de direito material e de direito processual, ou por conotar o instituto da caducidade, ou por não refletir, por fim, o sentido do instituto, que é, justamente, o de suprimir a situação de direito que, em certas circunstâncias, não tendo sido exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo, por, de outra forma, contrariar a boa-fé (MENEZES CORDEIRO, A. M. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984. Tomo II. p. 797-836.

2 CANARIS, C. W. *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. Munich, 1971, p. 372 e 373, *apud* MENEZES CORDEIRO, A. M. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984. Tomo II. p. 822.

salta é a irregularidade dos lapsos de tempo requeridos pelos tribunais para a verificação da *supressio*, o que indicia que as circunstâncias do tempo requerido se vinculam à situação do beneficiário.

Por fim, quanto à presunção de renúncia do direito pelo titular não-exercente, deve-se considerar que a *supressio*, tomada do ponto de vista do beneficiário, como tem sido considerada em outros ordenamentos, não carece da prova da vontade: basta o decurso de razoável lapso temporal, no qual são feitos, “reiteradamente”, pagamentos em local diverso do pactuado e a confiança despertada no beneficiário, a ser averiguada objetivamente, segundo os parâmetros do “homem médio”, ou “pessoa razoável”. A presunção é, quanto ao menos, inútil à vista dos outros dois elementos de incidência da regra. Assim, a melhor solução é tomá-la como presunção absoluta, decorrente de um “comportamento concludente”.

Art. 360: A novação tem eficácia de, ao mesmo tempo, criar e extinguir dívidas. Porém, ao se tratar de relação obrigacional complexa, notadamente as cadeias de contratos unificados de modo funcional e finalista, pode conviver com a persistência da mesma relação obrigacional.

JUSTIFICATIVA

O instituto da novação deve *ser compreendido na perspectiva funcional*, em razão das novas exigências sociais e dos renovados princípios que atingem o Direito Obrigacional, incidindo, de modo especial, o princípio da *função social do contrato* (art. 421) e a compreensão de que, em variados setores, o instituto conforma verdadeiro *modelo jurídico complexo* (Miguel Reale).

Considerada a perspectiva dinâmica da relação obrigacional (Clóvis do Couto e Silva), a novação, conquanto crie nova dívida que extingue a anterior (razão pela qual não se estará, juridicamente, “modificando” ou “prossequindo” *uma mesma dívida* da mesma forma como ocorre com as demais modalidades modificadoras da relação obrigacional), pode estar inserida em relação obrigacional complexa, de modo a conduzir à *persistência da relação obrigacional* (embora não da *mesma dívida*), o que se verifica em negócios novativos socialmente significativos inseridos em *cadeias de contratos*, uns e outros se coligando *instrumentalmente* em atenção a um mesmo fim econômico-social.

Assim sendo, na *interpretação dos negócios novativos*, dever-se-á ter em conta a funcionalidade econômico-social do negócio novatório, a sua “causa típica” (a ser apreciada não de forma meramente abstrata, isto é, aquela que é a mesma, em todos os negócios do mesmo tipo, mas *in concreto*, de acordo com as suas peculiaridades, *v.g.* negócios novatórios inseridos em negócios de crédito comercial, de crédito ao consumidor, de crédito rural etc. e a maior ou menor carga de *socialidade* atada aos respectivos direitos de crédito). Por igual, devem ser compostas, em unidade finalista, as normas de ordem pública de direção (portanto indisponíveis) juntamente com as

normas disponíveis, normas de Direito Público e de Direito Privado, todas polarizadas pelos fins postos no art. 421: daí que a novação há de obedecer e de dar concretude às finalidades postas nas normas de ordem pública infraconstitucionais e nas normas (constitucionais) instituidoras de políticas públicas, na medida em que o instituto novatório se mostra *instrumentalmente* voltado para o atingimento daquelas finalidades.

Art. 319: A “quitação regular” referida engloba a quitação dada por meios eletrônicos ou quaisquer formas de “comunicação a distância”, assim entendida aquela que “permite ajustar negócios jurídicos e praticar atos jurídicos sem a presença física corpórea simultânea das partes ou seus representantes”. Porém, para tal fim, deve haver razoável grau de certeza quanto à atribuição de autoria da quitação.

JUSTIFICATIVA

Fora de dúvida que a expansão universal da internet veio situar aos olhos do jurista um novo espaço (*cyberespaço*), uma nova idéia de tempo (tempo virtual) e uma série de questões complexas que ainda não têm resposta definitiva. Uma delas diz respeito às transações realizadas por meio da internet, a dação de quitação e do seu recibo (sejam ou não certificados por firma digital) e a sua prova. Como requisitos mínimos, deve-se considerar haver razoável grau de certeza se no documento foi aposta firma digital ou se, por outros meios, comprova-se a autenticidade, reconhecimento, integridade e perenidade do documento. Se ocorrer “telepagamento” por via bancária, verificando-se, pois, um triplo feixe de relações (credor do recibo/instituição bancária/devedor da quitação), deve ser considerada essa tripla relação a partir de uma distinção fundamental, essa dúplice, concernente a dois diversos feixes de relações, distinção que terá importância em matéria de *regime jurídico* e de *prova*: **a)** nas relações entre o cliente e o banco, nas quais incide o Código de Defesa do Consumidor, por expressa disposição legal (CDC, art. 3º, § 2º), a carga probatória é da instituição bancária, depositária dos fundos de seu cliente, consumidor de seus serviços, e responsável, objetivamente, pelo seu adequado emprego. Cabe, pois, ao banco, justificar que recebeu, ou não, a ordem de pagamento, tornando legítimo o débito na conta; **b)** nas relações entre o cliente do banco e o seu fornecedor, no entanto, é preciso ver, quanto ao regime jurídico, se se trata, ou não, de relação de consumo conforme todos os critérios estabelecidos na legislação própria, inclusive por equiparação (CDC, arts. 2º, parágrafo único, e 29). Se a resposta for positiva, naturalmente incide o CDC, se não, o Código Civil.

No primeiro caso, é preciso, para determinar a quem cabe o ônus probatório, ver qual a posição ocupada pelo cliente, se consumidor ou fornecedor. Se não caracterizada a relação de consumo e afastada, portanto, a tutela especial do CDC, é o cliente quem deve provar que pagou a fatura, apresentando os comprovantes que o banco, necessariamente, deve pôr à sua disposição, por via eletrônica ou através das presta-

ções de conta em suporte material que o banco deve regularmente enviar, cumprindo rigorosamente os deveres de informação e esclarecimento correspondentes.

Art. 422: Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta a estrutura e a metodologia do Código Civil e as conexões sistemáticas, intra-sistemáticas e extra-sistemáticas que enseja.

JUSTIFICATIVA

A estrutura e a metodologia adotadas pelo Código conduzem à potencial expansão de seus princípios *de* e *para* dentro do próprio Código, *de* e *para* outros estatutos normativos e *de* e *para* instâncias extra-jurídicas. Assim, a cláusula geral do art. 422 se deve projetar sobre toda a matéria contida no Livro I (Direito das Obrigações) e ainda no Livro II (Direito de Empresa), com o qual aquele se encontra estrutural e funcionalmente ligado.

Do mesmo modo, o art. 422 está apto a receber o reflexo de outros princípios e regras. Para cuidar-se da boa-fé na fase das tratativas negociais, deve-se conectar o art. 422 com os arts. 187 e 927, *caput*, entendendo-se que o termo “conclusão” aposto no art. 422 alarga-se para englobar a fase que, em certos negócios, lhe é funcionalmente necessária e antecedente.

Por fim, em atenção à estrutura sistemática, a jurisprudência deve cuidar não apenas de discernir a conduta *segundo a boa-fé* (boa-fé objetiva), amparada pelo art. 422, das ações ou omissões *de boa-fé* (boa-fé subjetiva) e do julgamento por equidade³, como perceber as conexões com a diretriz constitucional da solidariedade social e do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, implícito no princípio constitucional da dignidade da pessoa.

³ Pois, enquanto a conduta *segundo a boa-fé* (objetiva) deve ser encontrada nos quadros do sistema jurídico, o julgamento por equidade deve ser buscado extra-sistematicamente.

Novo Código Civil: na interpretação da disciplina dos contratos preliminares, deve ser entendido que a promessa de contrato gratuito, presente a genuína cortesia, não gera consequência para o devedor que não quiser honrá-la, caracterizando-se como mera obrigação natural.

Art. 374: Não obstante o teor do referido artigo, a compensação de créditos tributários continua a reger-se por diplomas próprios, não se operando ex lege (referência: Constituição Federal, art. 146, III, "b", e Código Tributário Nacional, art. 170).

Art. 478: Os pressupostos da teoria da imprevisão, referidos no citado artigo, aplicam-se às relações de consumo.

Guilherme Couto de Castro: Juiz Federal no Rio de Janeiro.

O Problema da taxa de juros no Novo Código Civil

Paulo Eduardo Razuk: Juiz do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

Os arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil de 1.916 fixaram a taxa de juros moratórios, quando não convencionados ou convencionados sem taxa estipulada ou devidos por força de lei, em 6% ao ano. O art. 406 do Código Civil de 2.002, em tais casos, remete à taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

O art. 1.262 do Código Civil de 1.916 permite a livre pactuação da taxa dos juros compensatórios, com ou sem capitalização. O art. 591 do novo Código Civil diz que a taxa dos juros compensatórios não poderá exceder, sob pena de redução, aquela a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

Tais artigos não são objeto de alteração no projeto de lei do Deputado Ricardo Fiúza, que modifica numerosos dispositivos do Código Civil de 2.002 antes mesmo da sua entrada em vigor.

A liberdade na fixação da taxa de juros foi contida pelo art. 1º do Decreto nº 22.626, de 7.4.33, a chamada Lei da Usura, que proibiu a estipulação de taxa de juros superior ao dobro da taxa legal, fixada em 6% ao ano pelos arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil. O art. 4º da Lei da Usura proibiu a capitalização dos juros, salvo a acumulação dos juros vencidos em conta-corrente ano a ano.

Por sua vez, a eficácia do art. 1º da Lei da Usura foi contida para o sistema financeiro nacional pelo art. 4º, VI e IX, da Lei nº 4.595, de 31.12.64, denominada Lei do Mercado de Capitais, que autorizou o Conselho Monetário Nacional a disciplinar o crédito e a limitar a taxa de juros. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, cristalizado na súmula nº 596.

O art. 192, § 3º, da Constituição Federal pretendeu limitar a taxa de juros a 12% ao ano, mas foi considerado de eficácia limitada, dependente de lei complementar, pelo Supremo Tribunal Federal.

O art. 4º da Lei da Usura não parece ter sido atingido pela Lei de Mercado de Capitais, uma vez que a jurisprudência continua a restringir o anatocismo, salvo exceções previstas em lei (súmulas nº 121 do STF e nº 93 do STJ).

O problema trazido pelo novo Código Civil é que os arts. 406 e 591 são normas em branco, a serem preenchidas por outro dispositivo legal que não existe. A legislação tributária federal remete à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, para a remuneração de títulos públicos, que não foi criada por lei. Tal sistema é regulado pela Circular nº 2.727 do Banco Central do Brasil, de 14.11.96, para o registro de títulos públicos, para efeito de liquidação e custódia.

Por um lado, a taxa referencial dos juros Selic é fixada periodicamente pelo Comitê de Política Monetária – Copom, constituído no âmbito do Banco Central do Brasil, consoante a Circular Bacen/DC nº 3.010, de 17.10.00. Em consequência, o novo Código remete a fixação da taxa legal de juros a uma taxa que não foi criada por

lei, mas por ato administrativo. Por sua vez, tal ato delega a fixação periódica dessa taxa a um órgão administrativo, que também não foi criado por lei. Esse o problema formal.

De outro lado, a taxa Selic é de natureza remuneratória de títulos públicos em custódia, englobando atualização monetária e juros compensatórios ou moratórios. A cumulação da taxa Selic com o coeficiente oficial de correção monetária irá configurar verdadeiro *bis in idem*, verberado pela súmula nº 30 do Superior Tribunal de Justiça. Esse o problema material.

A utilização da taxa Selic como sucedâneo de juros compensatórios ou moratórios é contestada na doutrina e na jurisprudência, conforme estudo do Ministro Domingos Franciulli Netto (Da Inconstitucionalidade da Taxa Selic para Fins Tributários. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 33, julho/agosto de 2.000, págs. 86/88).

Aspecto particular que merece atenção é a possível sujeição das instituições financeiras ao disposto no art. 591 do novo Código Civil, que unificou o direito das obrigações. Não faltará quem sustente a não-aplicação do referido dispositivo legal aos bancos, por não haver sido editada a lei complementar a que se refere o art. 192, *caput*, da Constituição Federal, que regularia o sistema financeiro nacional.

A experiência judicante permite vislumbrar que a entrada em vigor dos arts. 406 e 591 do novo Código Civil, na redação atual, será muito contestada nos aspectos formal e material, constituindo sério problema a ser resolvido pelo Poder Judiciário, congestionando-o ainda mais.

Do inadimplemento das obrigações. Dos juros legais.

Artur César de Souza: Juiz Federal no Paraná.

O enunciado proposto para análise da comissão a ser indicada por ocasião da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários e referente ao novo Código Civil brasileiro, tem por enfoque a nova configuração dos **juros legais** preconizada no art. 406 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, relativa à questão do inadimplemento das obrigações, que assim dispõe:

“Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos à Fazenda Nacional.”

Tal artigo alterou substancialmente a tratativa dos juros moratórios que, até então, é regulamentada pelo art. 1.062 do Código de 1916, o qual preconiza que a taxa de juros moratórios, quando não convencionada, será de seis por cento ao ano. Por sua vez, estabelece o art. 1.063 do mesmo Código: “Serão também de 6% (seis por cento) ao ano os juros devidos por força de lei, ou quando as partes os convencionarem sem taxa estipulada.”

A mudança normativa concretizada pelo novo Código Civil brasileiro no que concerne aos juros de mora vinculados à taxa prevista para a mora dos impostos da Fazenda Nacional, além de ir de encontro ao princípio da **função social do contrato**, expressamente consignado no art. 421 do Código de 2002, configura certo retrocesso nas conquistas observadas tanto na legislação infraconstitucional como nos valores inseridos na Constituição Federal de 1988.

Atualmente, a taxa prevista para a mora dos impostos da Fazenda Nacional vem regulamentada no art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, *in verbis*: “A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea “c” do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do sistema especial de liquidação e de custódia – SELIC – para título federais, acumulada mensalmente.

Assim, se estivesse em vigor o novo Código Civil, a SELIC seria a taxa de juros de mora para obrigações resultantes de relações regidas pelo Direito Civil. Referencial volátil, inconsistente e substancialmente oneroso. Contudo, conforme já exteriorizado, tal fato vai de encontro aos modernos pensamentos que preconizam a ‘despatrimonialização’ do Direito Civil.

Não se pode esquecer que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, abandonando a postura patrimonialista herdada do século XX. A nova roupagem sobre os juros moratórios aperfeiçoada pelo art. 406 do novo Código merece um estudo pormenorizado no sentido de recuperar o marco ideológico que ensejou a mudança preconizada, a fim de

eliminar qualquer possibilidade que privilegie uma visão patrimonialista em detrimento de uma concepção vinculada à proteção do ser humano concreto e à função social do contrato.

Busca-se, portanto, uma nova racionalidade, que, na visão de Gustavo Tepedino, assim é configurada: “Fala-se, por isso mesmo, de uma despatrimonialização do direito privado, de modo a bem demarcar a diferença entre o atual sistema em relação àquele de 1916, patrimonialista e individualista.”¹

Ressalte-se que a postura adotada pelo Código novo em relação aos juros de mora mantém-se fiel àquela que fora adotada quando da entrada em vigor do Código Civil de 1916, vinculando-se os juros moratórios a um critério pouco objetivo e quase nada preocupado com a questão da função social do contrato.

Por isso, o Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933, corrigindo o erro inicial de percurso, trouxe nova tratativa aos juros de mora nos seguintes termos: “Considerando que todas as legislações modernas adotam normas severas para regular, impedir e reprimir os excessos praticados pela usura; considerando que é de interesse superior da economia do país não tenha o capital remuneração exagerada impedindo o desenvolvimento das classes produtoras; decreta: Art. 1º É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal.”

Vincular-se, no âmbito do direito civil, os juros de mora à taxa cobrada por inadimplemento dos impostos da Fazenda Nacional, além de afrontar o princípio constitucional da igualdade, pois o tratamento normativo em prol da Fazenda Nacional, por questões óbvias, deve ser diferenciado daquele outorgado aos particulares (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais), também representa um critério perigoso, retrógrado e divorciado dos princípios que regem a democracia social brasileira, voltados para um conteúdo finalístico da mora obrigacional para, no máximo, doze por cento ao ano.

Vislumbra-se essa tendência moderna pelo próprio teor do art. 192, § 3º, da Constituição Federal, que, ao tratar do Sistema Financeiro Nacional, estabelece não poderem ser superiores a doze por cento ao ano as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito; a cobrança acima desse limite será conceituada como crime de usura em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

Ora, se sociedade democrática brasileira, representada pelos constituintes de 1988, com a finalidade de restringir os abusos cometidos pelo Sistema Financeiro Nacional, foi abeberar-se nos princípios preconizados pela Lei de Usura (Decreto n. 22.626, de 7/4/1933), que rege as relações de natureza civil, incompreensível e censurável se mostra o retrocesso consignado no art. 406 citado.

Não obstante a regra constitucional tenha destino certo (o Sistema Financeiro

1 TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 438.

ro Nacional), não se pode esquecer de que, onde existe a mesma razão de ser, aplica-se a mesma norma princípio.

Manter-se numa concepção eminentemente patrimonialista em relação ao direito civil é seguir na contramão da direção delineada pelos modernos pensadores, que propugnam por uma postura voltada para a função social do contrato e em prol da dignidade da pessoa humana.

É bem verdade que o Supremo Tribunal entendeu que a regra dos juros reais máximos de 12% ao ano (art. 192, §3º) necessita de legislação complementar prevista no *caput* do dispositivo, impedindo sua imediata aplicação. Contudo, conforme ensinam Luiz Alberto Davida Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior:²

As normas de eficácia limitada antes de sua complementação pela via integrativa infraconstitucional produzem os seguintes efeitos:

- a) estabelecem um dever para o legislador ordinário;
- b) condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;
- c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção de valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;
- d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- e) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;
- f) criam situações jurídicas subjetivas de vantagem ou desvantagem.

Assim, não obstante o entendimento preconizado pelo Supremo Tribunal Federal de que a norma em questão está inserida no campo teórico de eficácia limitada, esse tipo de normatização constitucional informa a concepção do Estado e da sociedade e inspira sua ordenação jurídica mediante a atribuição de fins sociais, proteção de valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum, condicionando a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que a ferirem.

Portanto a regra estabelecida no art. 406 do Código de 2002 mostra-se dissociada da norma prevista no art. 192, § 3º, da Constituição, razão pela qual, se pretendesse o legislador fazer qualquer mudança no que concerne à questão dos juros moratórios no âmbito civil, deveria fazê-lo de modo a preservar o princípio da função social do contrato, mas jamais no sentido de onerar as relações regidas pelo direito civil, principalmente quando diante de uma nova postura voltada para a sua despatrimonialização.

Por fim, ressalta-se o risco de vincular os juros de mora, no âmbito do direito civil, à taxa instituída para o inadimplemento dos impostos da Fazenda Nacional – SELIC, uma vez que o próprio Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 215.891 – PR, já teve oportunidade de se manifestar no seguinte sentido: "... taxa SELIC,

2 Curso de Direito Constitucional. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, p.21 e 22.

indevidamente aplicada como sucedâneo dos juros moratórios, quando na realidade possui natureza de juros remuneratórios, sem prejuízo de sua conotação de correção monetária...”.

Assim, a taxa SELIC, além de corresponder a uma perspectiva remuneratória, apresenta no seu contexto a incidência de correção monetária. Não obstante essa constatação fática, o novo Código Civil, além de legitimar a sua aplicação nas relações de natureza civil com a característica de juros de mora, determina ainda a incidência de correção monetária nos termos do art. 404, *in verbis*: “As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.”

Arts. 406 e 591: A utilização da Taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a doze por cento ao ano.

Nesse alinhamento, a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, um por cento ao mês.

Francisco José Moesch: Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul e da PUC/RS.

JUSTIFICATIVA

Louvido em preciso trabalho sobre “Os Juros Legais no novo Código Civil e a Inaplicabilidade da Taxa Selic”, do magistrado gaúcho Pio Giovanni Dresch com a colaboração da contadora do Foro de Ijuí/RS, Beatriz Müller Zborowski, apresentado no curso organizado pela Ajuris sobre o novo Código Civil, resolvi trazer o presente enunciado, acompanhado de breve motivação.

O novo Código Civil, que entrará em vigor em janeiro de 2003, no seu art. 406, estabelece que os juros legais serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Pela Lei nº 9.065/95, é a Taxa SELIC (sistema especial de liquidação e custódia) que remunera os impostos pagos em atraso à União, a qual é apurada pelo Banco Central do Brasil a partir da média dos financiamentos diários referentes a títulos públicos federais. É fixada mensalmente e reflete uma expectativa de inflação mais os juros referentes à dívida pública interna federal. Portanto é uma taxa mista, que engloba correção monetária e juros, não podendo ser usada concomitantemente com outro índice de correção monetária ou de juros.

Disso, conclui-se que a utilização da Taxa SELIC para apuração dos juros legais é não apenas desaconselhada, mas também impraticável, pois estabelecerá um conflito com outras regras jurídicas, inclusive de natureza constitucional.

No momento em que se confundem os institutos dos juros legais e da correção monetária num índice único, criam-se várias dificuldades, por exemplo, naquelas situações em que incide correção monetária sem juros ou incidem juros sem correção monetária. A utilização da Taxa SELIC, nesse caso, é impossível, porquanto não se distingue nela o que são juros e o que é correção monetária.

Além disso, vale lembrar que os juros podem ser simples ou capitalizados. Já a correção monetária é um índice que não pode ser senão cumulativo, porque mede sempre a variação dos preços de um determinado período de tempo a outro. A Taxa SELIC, que, por sua finalidade, é calculada cumulativamente, não poderia ser usada de

outra forma, sob pena de não responder adequadamente à desvalorização da moeda. No entanto, sendo um índice que conjuga correção monetária e juros, sua utilização, feita em observância ao comando do art. 406, ofenderá o art. 591 do novo Código Civil, que proíbe, pelo menos no que se refere ao contrato de mútuo, a capitalização com periodicidade menor que a anual.

Também não é recomendável tomar a Taxa SELIC como índice definidor dos juros pela insegurança que decorre das oscilações. Como ela é fixada mês a mês, nunca se conhecerão os juros futuros, ninguém saberá qual o montante da taxa legal de juros. Ademais, se, feito o cotejo com outro índice que apure unicamente a correção monetária, concluir-se que, num determinado período, os juros mensais incluídos na SELIC foram superiores a 1%, caberá a discussão sobre excesso de cobrança por ofensa ao art. 192, § 3º, da Constituição Federal.

Em síntese, a utilização da Taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com o a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros; pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a 12% ao ano. Além disso, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que é inconstitucional a sua utilização em matéria tributária.

A solução poderia ser, como taxa legal de juros, o percentual de 1% ao mês (12% ao ano), percentual este previsto pelo art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, aplicável em matéria tributária sempre que a lei não dispuser de modo diverso. A aplicação desse percentual não apenas dará resposta adequada aos problemas supramencionados, mas também permitirá enfrentar a contento a disposição do art. 591, que veda a fixação de juros em índice superior ao dos juros legais.

Art. 421: A função social do contrato, prevista no mencionado artigo, entre outras finalidades, faz preponderar o princípio da manutenção do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

Luiz Renato Ferreira da Silva: Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

JUSTIFICATIVA

Hoje em dia é inegável que a economia estrutura-se, fundamentalmente, a partir de relações contratuais. Relações que traduzem uma troca de bens e valores a permitir, assim, a circulação das riquezas.

Os contratos são os instrumentos jurídicos de circulação e ativação da economia moderna. Sua importância e precedência com relação a outros institutos que, em momentos diversos da evolução humana, tiveram destaque (como a propriedade imobiliária para o Código de 1916, por exemplo) fizeram com que se percebesse o caráter transcendental dessas relações no que diz respeito ao interesse dos contratantes. Quero dizer que se passou a considerar que o contrato atende ao interesse dos contratantes, mas extrapola a esses interesses na medida em que atinge toda a cadeia econômica na qual se insere.

Nesse sentido, o contrato, típico ato de autonomia privada, passa a ter uma faceta pública, no mínimo em relação àqueles que possam estar indiretamente vinculados ao adimplemento ou à quebra de um contrato. Admitindo-se o encadeamento das relações econômicas como antes cogitado, certo que os contratos passam a entretecer uma rede na qual cada trama se imiscui com outra de modo a formar um todo que, rompido em um nó, tende a esgarçar toda a rede.

Nas economias de mercado, não há predeterminações de como, quando ou a quanto se trocam as mercadorias. As trocas são construídas casuisticamente pela rede contratual. De tal sorte, o mercado (objeto de estudo dos economistas) é movido pelos contratos. Éric Brousseau, economista, escrevendo sobre o tema, afirma que na França, a partir dos anos setenta, os economistas começaram a perceber essa realidade, então, *...les contrats apparurent comme le moyen de rendre compte de la coordination dans une économie décentralisée au sein de laquelle les agents se coordonnent deux à deux sans secrétaire de marche en fonction des seules contraintes dont ils ont conscience. Le succès de cette approche de la coordination économique fut fulgurant. À tel point qu'aujourd'hui l'économie des contrats est devenu une des bases de tout cursus en économie et que les théories des cantras sont mobilisées dans tous les domaines de l'économie appliquée.*¹

1 "L'Économiste, le juriste e le contrat" in "Études offertes à Jacques Ghestin", ob.cit., pág. 154.

Nesses termos, é viável afirmar serem os contratos que mantêm a agilidade das relações econômicas em uma sociedade de mercado, uma “sociedade de direito privado”, na qual este assume um “papel constitutivo”, que deve conjugar tanto um aspecto utilitarista (de maximização das oportunidades econômicas) quanto um aspecto ético (de com portamento em édio de oportunidades e vantagens recíprocas). Assim, mesmo quem adota um ponto de vista mais liberal do direito, afastando intervenções maiores nas atividades privadas, reconhece haver um campo em que o Estado se imiscui para permitir a utilidade e o caráter ético das relações contratuais.

Por isso, pode-se dizer que o contrato cumprirá a função social à proporção que permita a manutenção das trocas econômicas. Como instrumento de circulação de riquezas, ele estará atendendo as razões de seu reconhecimento jurídico na medida em que estiver mantendo essa circulação.

Para isso, é importante que as trocas sejam justas e úteis, pois, se não o forem, os contratantes, certamente, deixarão de cumprir os contratos firmados e isso resultará uma quebra da finalidade da liberdade contratual. Assim, entendo que o contrato cumpre sua função (razão pela qual foi acolhido no ordenamento jurídico) sempre que permitir a realização e a manutenção das convenções livremente estabelecidas. Estas, porém, só serão mantidas enquanto as partes (e ambas as partes, pois trata-se de um negócio jurídico bilateral) retirem vantagens em condições paritárias, ou seja, enquanto houver uma equação de utilidade e justiça nas relações contratuais.

A dicção do novo art. 421, ao referir que a liberdade é exercida em razão e nos limites da função social, dentro da definição acima dada, pode ser compreendida, como já tive a oportunidade de afirmar, como *a realização da utilidade e da justiça do próprio contrato. Estabelece-se como critério limitador da expansão contratual o seu desenvolvimento útil e justo. Entende-se que o essencial no contrato não é a manutenção absoluta da vontade inicial, mas a conformidade com a justiça comutativa (...) A comutatividade contratual importa em ver as partes em equilíbrio, tornando o pacto algo útil (inclusive no sentido econômico do utilitarismo), adotando este como norte*

2 A expressão “sociedade de direito privado” foi retirada de Claus-Wilhelm Canaris em artigo intitulado “A liberdade e a justiça contratual na ‘sociedade de direito privado’” in “Contratos: Actualidades e Evolução”, edição da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997. Sobre tal conceito, diz o autor: “*Domínios importantes da vida jurídica e econômica devem, conseqüentemente, ser regulamentados através de meios de direito privado*” (pág. 51). Muito embora a tônica do artigo seja contrária a maiores intervenções judiciais nos contratos, o autor admite a necessidade de intervenções corretivas (dentro de uma ótica utilitarista) e de intervenções equilibradoras (dentro de uma ótica de justiça). “*Decisivo é, portanto, na minha opinião, um ponto de vista orientado em função da ética do Direito, ao passo que o ponto de vista utilitarista tem, tão-só, um significado suplementar e apenas justifica uma intervenção corretora quando se assiste a desenvolvimentos patentemente errôneos (...)*” e prossegue, dentro de uma idéia “ordo-liberal” da sociedade moderna, “*Não deverá, por conseguinte, exigir-se que os resultados ‘justos’ estejam assegurados, mas contentar-se com a conseqüência de que as injustiças graves sejam evitadas*”.

objetivado pelo contrato. Por outro lado, a justiça, também no sentido comutativo, passa a ser o elemento protetor nas relações contratuais. Ela faz às vezes de elemento limitador dos excessos prejudiciais às partes e prejudicial da otimização do contrato, dando-lhe um sentido de utilidade.³

3 SILVA, Luís Renato Ferreira da. “Revisão dos Contratos: Do Código Civil ao Código do Consumidor”, 1ª ed., 3ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 2001, pág. 38.

O Novo Código Civil e a função social do contrato com razão e limite da liberdade de contratar

Marcos Mairton da Silva: Juiz Federal no Ceará.

1 INSERÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Em que pese a alguma divergência doutrinária acerca das fontes das obrigações, ninguém duvida de que uma das principais dessas fontes – senão a mais importante delas – é aquela que, decorrente da vontade, aproxima os seres humanos, ensejando e regulando relações econômicas, a saber, o contrato.

A importância do contrato no Direito das Obrigações manifesta-se, inclusive, na estruturação e organização das normas de direito positivo. Basta ver, para tanto, que o novo Código Civil brasileiro, ao cuidar do Direito das Obrigações, o que faz no Livro I de sua parte especial, dedica aos contratos nada menos que 432 dos 730 artigos que regem a matéria.

Ocupam, assim, os contratos, mais da metade dos dispositivos legais destinados às relações obrigacionais, o que, se não demonstra cabalmente ser essa realmente a principal fonte de obrigações de nosso direito – quantidade nem sempre é qualidade – é, pelo menos, forte indício de que assim seja. Facilmente perceptível, portanto, a importância do estudo dos contratos na abordagem de temas abrangidos pelo Direito das Obrigações.

Nesse passo, o presente trabalho dedica-se a tema que merece todo o cuidado da doutrina, a fim de que importante inovação do novo Código Civil – a função social dos contratos – não fique esquecida, nem se lhe dê valor inferior ao que realmente merece.

2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS¹, PRESSUPOSTOS DE VALIDADE E FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Destacada a importância do estudo dos contratos no âmbito do Direito das Obrigações², importa recordar acerca do contrato não tanto o conceito³, mas o que é necessário para o contrato existir e, bem assim, ter validade e produzir seus regulares efeitos no mundo jurídico.

1 Embora com alguma restrição ao termo *elementos constitutivos*, por me parecer demasiadamente ligado às ciências naturais, mantenho o seu uso aqui e sigo o sentido utilizado por Silvio Rodrigues, com o intuito de evitar digressões doutrinárias a esse respeito.

2 Tanto da teoria geral do direito obrigacional como particularmente do direito obrigacional pátrio, ao qual se dedica o presente trabalho.

3 Os conceitos costumam dizer sempre menos do que o objeto é.

Nesse mister, oportuno pinçar a lição de Sílvio Rodrigues ao apontar os elementos constitutivos do contrato e pressupostos de sua validade:

Vimos, então, serem elementos constitutivos do ato jurídico: a) a vontade manifestada por meio da declaração; b) a idoneidade do objeto; c) a forma, quando da substância do ato. Verificamos, também, constituírem seus pressupostos de validade: a) a capacidade das partes e sua legitimação para o negócio; b) a liceidade do objeto; c) a obediência à forma, quando prescrita em lei.

*O fator novo, elementar ao conceito de contrato, é a coincidência de vontades, ou seja, o acordo entre dois ou mais participantes da convenção.*⁴

De fato, não se pode falar em contrato sem que haja encontro de vontades, e não apenas a existência subjetiva dessas vontades convergentes, mas a manifestação desta por meio da declaração, a qual em regra é expressa, admitindo-se, em alguns casos, a forma tácita. O objeto há que ser lícito, e a forma observada quando assim a lei o exigir.

Por outro lado, também não se pode ter como válido contrato cujas partes não sejam capazes ou legitimadas para o ato; cujo objeto não seja lícito; em que a forma exigida por lei não seja observada.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, entretanto, um novo pressuposto de validade do contrato parece inserir-se nesse contexto, qual seja, o de que a *liberdade de contratar seja exercida em razão e nos limites da função social do contrato* (art. 421).

Com efeito, embora se saiba que o direito contratual teve como viga mestra a autonomia da vontade, não se há de questionar que essa autonomia nunca foi absoluta⁵, nem tampouco a expressão conserva o mesmo sentido ao longo da história.

Não constitui qualquer novidade dizer que, em todo o século XX, a ampla liberdade de contratar defendida pelo liberalismo foi – e continua – sendo superada pela intervenção estatal nas relações econômicas, conforme bem percebeu Ramon Badenes Gasset, ao afirmar que *al antiguo dogma individualista de la autonomía de la voluntad, há de suceder, cada vez más, el imperio del principio intervencionista*.⁶

No contexto dessa evolução intervencionista do direito contratual é que se chega hoje à inclusão no novo Código do princípio da função social do contrato, impondo-se que o estudioso do Direito busque o real sentido e o alcance da expressão, contribuindo para a evolução e o aperfeiçoamento do sistema jurídico.

É claro que, no reduzido espaço que se pretende utilizar aqui, não é possível desenvolver toda uma doutrina a respeito do assunto – e talvez nem tenhamos cabedal jurídico para tanto, mesmo com maior consumo de tinta e papel –, mas isso não nos inibe de dar alguma contribuição ao debate, como vimos fazendo desde as primeiras linhas aqui postas.

4 *Direito Civil*. Saraiva, São Paulo, 2002, vol. 3, p. 13.

5 Nem nos tempos do liberalismo mais clássico, pois mesmo aí a liberdade de contratar era limitada pela licitude do objeto e o respeito à ordem pública.

6 *Conceptos fundamentales del derecho – Las relaciones jurídicas patrimoniales*. Boixareu Editores Colombo, Barcelona, 1972, p. 113.

3 A NOÇÃO DE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SUA APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Já ficou dito, acima, da evolução do Direito Contratual, com aumento da intervenção do poder estatal nas relações contratuais e conseqüentes limitações à autonomia da vontade das partes. No Brasil, marco importante nesse sentido foi a edição do Código de Defesa do Consumidor, do qual constam várias normas de proteção à parte economicamente mais frágil nas relações contratuais ditas de consumo.

Há que se destacar, porém, que o Direito Consumerista é voltado para a proteção apenas do indivíduo que participa da relação contratual e, mesmo assim, somente nas relações de consumo, assim definidas naquele mesmo diploma legal.

A questão da função social dos contratos parece, portanto, mais profunda e de maior alcance que a proteção ao consumidor, pois, além de constar de uma norma de caráter geral, aplicável a todas as relações contratuais, sejam elas de consumo ou não, abre a discussão sobre em que situações um contrato atingiria sua função social. A norma admite, assim, a possibilidade de que o controle estatal sobre as relações contratuais tenha como valor jurídico a lhe servir de fundamento não apenas a proteção ao indivíduo que participa do contrato em inferioridade de condições, mas também a proteção toda a coletividade e até ao meio ambiente.

O tema é abordado em interessante obra da lavra de Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco, sendo oportuno destacar os seguintes trechos:

Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.

(...)

Integrando o próprio conceito de contrato, a função social tem um peso específico, que é o de entender a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma "exceção" a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito.⁷

As observações são das mais pertinentes, pois, se hoje há alguma dificuldade em se admitir a função social dos contratos como da essência deles, já não se pode dizer que ainda persista tal dificuldade em relação a outro instituto igualmente importante do direito: a propriedade. Não faz tanto tempo o direito de propriedade era visto como direito absoluto, dela podendo o proprietário usar e abusar, entretanto hoje é a própria Constituição brasileira que determina expressamente que a propriedade deverá atingir a sua função social.

Ora, sendo os contratos o instrumento mais eficaz na transmissão da propri-

7 *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 158/160.

idade, nada mais lógico que deduzir devam também eles – os contratos – ter função social, tal qual já se admite em relação a outra expressão dinâmica da propriedade, a empresa.⁸

Seguindo esse raciocínio, não há como evitar a conclusão de que o condicionamento da liberdade de contratar à função social dos contratos encontra fundamento no princípio constitucional da função social da propriedade.

Em assim sendo, à norma do art. 421 do novo Código Civil deve ser dada interpretação que dê maior eficácia possível a tal princípio constitucional, pois, como bem percebe Glauco Barreira Magalhães Filho, *se uma norma infraconstitucional admite várias interpretações, dar-se-á preferência àquela que reconheça a constitucionalidade da norma e realize melhor os fins constitucionais*.⁹ Ou, no dizer de Celso Ribeiro Bastos, *quando uma norma infraconstitucional apresentar dúvidas em relação ao seu significado, deve-se dar preferência à interpretação que lhe coloque em conformidade com os preceitos constitucionais*.¹⁰

4 CONCLUSÃO

Aplicado tal entendimento ao caso sob exame, há de se concluir que uma interpretação restritiva, ou que dê ao art. 421 do novo Código Civil eficácia meramente programática, estará deixando de conferir máxima eficácia ao princípio constitucional que lhe dá fundamento.

É claro que não faltarão manifestações no sentido de que a função social dos contratos é alcançada pela só transmissão da propriedade ou de alguns direitos a ela inerentes¹¹, fazendo circular as riquezas. Adotar tal interpretação, porém, equivale a dizer que todos os contratos sempre tiveram função social, ou seja, que o art. 421 do novo Código Civil diz o óbvio, sendo, portanto, desnecessário e inútil.

Contra a adoção de tal entendimento, ergue-se o tradicional princípio hermenêutico de que não há na lei palavras inúteis. Uma interpretação crítica, entretanto, que tenha o Direito como instrumento de transformação social, deve ir mais além, concluindo, com L. Fernando Coelho, que:

Se as instituições jurídicas são objetos criados pelo conhecimento, essa criação pode ser transformadora, na medida em que a realidade social que sob elas se oculta, merece ser transformada e não apenas descrita em seus nexos causais. Ocorre destarte uma ampliação do saber jurídico, que assume função crítica em relação a essa realidade social, e função prospectiva, porque voltada para o futuro e não presa ao

8 Tenho a empresa como expressão dinâmica da propriedade no sentido de que a empresa nada mais e que o emprego da propriedade na exploração de um fim econômico. Os contratos, por sua vez, seriam a propriedade em movimento, mudando de mãos, ainda que parcial ou temporariamente. Sobre o tema ver *Direito Econômico das Propriedades*, de Isabel Vaz.

9 MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2002, p. 80.

10 *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 1999, p. 170.

11 Como na locação ou no comodato, por exemplo.

*passado; a jurisprudência, destarte, não somente incorpora a política jurídica, como se vale da ciência política e das demais ciências do homem e da sociedade, não para descrever-lhes prováveis nexos causais, mas para construir algo melhor do que a realidade presente m ostra.*¹²

Certamente, em um primeiro momento, haverá alguma dificuldade em se delimitar satisfatoriamente a função social dos contratos no sentido que aqui se propõe. A aplicação prática do princípio e os efeitos que ele pode ter em relação a uma nulidade ou anulabilidade do contrato são pontos que precisam ser amadurecidos.

Mas isso não deve impedir que se procure dar a máxima eficácia ao dispositivo ora comentado. O exercício da liberdade de contratar, não apenas nos limites da função social de contrato, mas em razão dela, merece ser apreciado à luz dos requisitos e pressupostos de validade dos contratos.

As dificuldades a serem enfrentadas na construção desse entendimento não devem intimidar o jurista, de quem a sociedade espera a contribuição para as transformações sociais, embora se saiba que – até pela razão física da inércia – costuma ser mais fácil manter as coisas tal como estão.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE, Miguel. *Visão geral do novo código civil*. Jus Navigandi, www.jus.com.br/doutrina, 2001.

VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2001.

¹² *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 336.

Art. 421: A função social do contrato, prevista no citado artigo, não elimina, em toda e qualquer situação, o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presente esteja a necessidade de pacificação social.

Paulo César Alves Sodré: Juiz Federal Substituto da 5ª Vara e do Juizado Especial Federal/MT.

JUSTIFICATIVA

Abrindo a Seção I do Capítulo I referente às disposições gerais do Título V (Dos Contratos em Geral) do novo Código Civil brasileiro, rompendo a tradicional doutrina civilista de proteção e conservação extremada à rigidez do pactuado, o art. 421, ao dispor sobre os limites da liberdade de contratar, assim como o fez a Constituição de 1988 com a propriedade, acena para a função social do contrato, dispositivo sem correspondência no Código de 1916.

Assim é que o vetusto princípio *pacta sunt servanda* cede terreno para a função social do contrato, seguindo as diretrizes de princípios constitucionais já consagrados, tais como o da dignidade da pessoa humana, o direito social à moradia, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o da função social da propriedade.

Não é a negação da liberdade de contratar nem restrição exacerbada desse direito, como se cogitou no Congresso Nacional, por ocasião da votação do projeto. Anota Jonas de Figueiredo Alves que a Emenda nº 371 pretendeu dar nova redação ao artigo: ao interpretar o contrato e disciplinar a sua execução, o juiz atenderá a sua finalidade social.¹

Mas a emenda, explica o autor, foi rejeitada justamente porque a afirmação da função social do contrato, consoante o art. 420, corresponde ao princípio da função social da propriedade, a que se refere o art. 160, III, da Constituição de 1969.²

Assim como a Constituição Federal, ao tempo em que assegurou o direito de propriedade, determinou que ela atendesse a sua função social, o novo Código Civil, atento às inovações, consolidadas ao longo das décadas em que o projeto tramitou pelo Congresso Nacional, permaneceu fiel aos princípios constitucionais vigentes, traçando uma nova diretriz ao direito de contratar.

Embora a novel disposição do art. 421 do Código Civil tenha sido formulada ainda na vigência da Constituição de 1967, certo é que mantém compatibilidade com o

1 Em comentário ao dispositivo legal em questão, na obra novo Código Civil Comentado, sob a coordenação de Ricardo Fiúza, Ed. Saraiva, ano 2002.

2 Parecer do Relator-Geral do Projeto do novo Código Civil, Deputado Ernani Satyro.

atual texto constitucional, bem como com um outro importante diploma legislativo, fruto da nova ordem constitucional, no qual prevalece o interesse social, atenuando-se o particular.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor, diploma jurídico engendrado após a Constituição de 1988, ressaltou, e muito, a predominância da função social do contrato, tanto que disciplinou de forma minuciosa o contrato de adesão, acolhendo toda uma conceituação doutrinária, de forma a garantir, quando da interpretação do contrato, a prevalência dos direitos do hipossuficiente.

Tanto é assim que o art. 423 do novo Código haverá de ser interpretado, sempre e conjuntamente, com as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor.

Essa normatização expressa de um princípio contratual, como o da função social do contrato, tem a sua razão de ser, pois o direito, como já dizia Pontes de Miranda, serve a vida; é regramento da vida; é criado por ela e de certo modo a cria.³

Per sí, a normatização da função social do contrato é um grande avanço, por relevar o interesse individual em prol do coletivo, balizando o direito de contratar não só nos termos do ajuste e no interesse imediato das partes envolvidas, mas nos princípios que inspiram a efetiva pacificação social. Mas o avanço é ainda mais notado em função da constatação, ao menos aparente, de que o novo Código Civil, em que pese às suas inúmeras alterações, tenha, na sua essência (talvez pelo longo período em que permaneceu no Congresso Nacional), pouco se afastado do Código Civil de 1916.

Nesse contexto é que o art. 421 do novo Código pode e deve ser analisado.

Por certo, não se derogou toda uma cultura estabelecida há séculos no Direito Civil, em torno da autonomia contratual, representada pela máxima do *pacta sunt servanda*. Por intuitivo, há de se compreender que a estabilidade das relações sociais depende, em parte, do respeito e da observação aos pactos sociais pré-estabelecidos e, entre tais pactos, está o contrato celebrado entre as partes.

A nova redação desse artigo diz coisa diversa. É dizer mantida está a autonomia contratual, porém, com obtemperações. Permanecem as pessoas livres para contratar, até mesmo por ser tal liberdade um corolário do Estado democrático de direito. Contudo há agora, no campo normativo, uma razão de ser e, ao mesmo tempo, uma limitação diretiva a essa liberdade. Esse o desiderato do art. 421 do Código Civil.

Lido de uma outra forma, este é o conteúdo do novel artigo do Código Civil: a função social do contrato é, ao mesmo tempo, a razão e o limite da autonomia contratual entre as partes. De forma singela, embora com profunda determinação, o Código autoriza ao aplicador da norma interpretar de forma restritiva a autonomia contratual, desde que para preservar as relações sociais de diversas matizes, em que ao hipossuficiente seja assegurada a manutenção de qualquer um dos valores sociais defendidos e tutelados pelo ordenamento jurídico, porém violado por força das disposições contratuais de cunho particular.

3 MIRANDA, Pontes de. Transcrito da carta prefácio da obra Curso de Direito Civil Brasileiro, de Arnold Wald, Introdução e Parte Geral, Vol. 1, Ed. RT, 1991.

Não é qualquer relação contratual que admite a atenuação do princípio da autonomia contratual. É preciso, como elemento ensejador da restrição à liberdade de contratar, a existência da necessidade de pacificação social que, nas palavras de Caio Mário, justifique as restrições ao princípio da autonomia da vontade em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, instituindo a contenção dos seus efeitos, alterando-os ou mesmo liberando o contratante lesado por tal arte que logre evitar que, por via dele, se consuma atentado contra a justiça.⁴

4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III, 9ª. ed., Ed. Forense, 1993, p. 18.

Art. 421: A função social do contrato constitui-se em cláusula geral que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Implica a tutela externa do crédito e seu reforço por meio do reconhecimento de que o contrato é dotado de função social.

Gustavo Tepedino: Procurador Regional da República da 2ª Região.

Teresa Negreiros: Professora da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro/RJ.

JUSTIFICATIVA

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

O art. 421 encerra uma cláusula geral cujo sentido e alcance, como é próprio dessa espécie normativa, não estão sujeitos a uma definição apriorística e abstrata, antes resultando de um contínuo processo de definição e redefinição levado a efeito pela atuação concreta dos tribunais.

Reconhecendo-se, contudo, a importância da doutrina como auxiliar da jurisprudência no processo de concreção judicial das cláusulas gerais, cumpre, desde logo, antecipar algumas das possíveis implicações associadas à atribuição de uma função social ao contrato.

A função social do contrato, tal como prevista no art. 421 do Código Civil, opera como ponto de referência fundamental na revisão do chamado princípio da relatividade dos efeitos do contrato, que tradicionalmente circunscreve os efeitos da relação contratual às partes (e seus sucessores) que consentiram na formação do vínculo obrigacional.

É possível, com apoio na função social do contrato, propor uma releitura do princípio da relatividade que abandone os quadros individualistas em que tal princípio se situa e de acordo com os quais o direito de crédito (em oposição aos direitos reais) se encontra encapsulado, isto é, inserido num vínculo entre credor e devedor que afasta de sua órbita quaisquer terceiros. No limite, essa concepção assim restrita do princípio da relatividade tem levado a negar ao credor cujo crédito haja sido frustrado em razão de um sucessivo contrato celebrado entre o devedor e um terceiro ação de ressarcimento em face deste terceiro; somente em face do devedor inadimplente, que é parte do contrato, poderia o credor pleitear a reparação pelos danos decorrentes do descumprimento da obrigação.

Diversamente, com fundamento na função social do contrato, pode-se afirmar que, embora subsista como um princípio contratual, a relatividade não mais constitui obstáculo para a tutela do crédito também em face do terceiro cúmplice do devedor no descumprimento da obrigação contratual.

A função social do contrato dá substrato à teoria da tutela externa do crédito, permitindo a responsabilização, a título extracontratual, do terceiro que participa juntamente com o devedor, através da celebração de um contrato sucessivo e incompatível, da lesão a um crédito alheio. Tal contrato, porque celebrado pelo terceiro que tinha ciência da sua incompatibilidade (material ou jurídica) com um contrato anterior, configura hipótese de abuso de direito, especificamente, de abuso da liberdade de contratar, a ser coibida com fundamento no art. 421.

Novo Código Civil: Direito das Obrigações. Liberdade contratual.

Véra Maria Jacob de Fradera: Professora de Direito Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Art. 421 do Código Civil de 2002: *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*

Muito antes de sua publicação, esse texto tem suscitado as mais variadas e controvertidas interpretações, predominando, contudo, as que nele identificam a adoção de uma posição intervencionista em relação ao contrato, porquanto a liberdade contratual deve ser exercida dentro dos limites da função social e não em razão dela.¹ A melhor e mais atual opção de tratamento do assunto seria adotar uma posição que não atinja a liberdade contratual propriamente dita, mas que coloque certos freios nas trocas, tais um direito muito enérgico de concorrência, um maior desenvolvimento das obrigações pré-contratuais de informação e um prazo razoável de reflexão, mesmo para os contratos que não sejam de consumidor. Todos esses «remédios» são bem melhores que permitir uma plena intervenção do juiz no contrato, a pretexto de tratar-se de cláusula geral.

Por outro lado, a liberdade de contratar e a própria noção de contrato devem ser interpretados à luz do disposto na Constituição Federal de 1988, no art. 170, que funda a ordem econômica nacional na valorização do trabalho humano e na *livre iniciativa*, observados determinados princípios, como a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, livre concorrência... O art. 421 do Código Civil parece retrógrado em relação à Constituição Federal.

A explicação a ser dada ao disposto no polêmico artigo do projeto é a de que seu texto reflete, como todas as leis, a época de sua elaboração: a década de setenta (1972), período de nacionalismo e isolacionismo exacerbados, sendo o intervencionismo a regra que pautava as relações entre a esfera pública e a privada.

A perspectiva da existência de texto dessa natureza no Código Civil brasileiro, que pretende ser novo, atual, causa preocupação ao jurista brasileiro identificado com os movimentos e tendências da atualidade de harmonização e desnacionalização dos contratos² em face da sua enorme relevância para o desenvolvimento dos mercados regionalizados, tais o Mercado Comum Europeu e o Mercosul, tendência irreversível em tempos de economia globalizada. Os países membros do Mercosul não poderão descurar da elaboração de normas contratuais harmônicas, próximas, porquanto contrato constitui o instrumento básico para a efetivação das trocas num mercado comum.

A interpretação menos atenta à atualidade em relação ao texto do art. 421

1 Vide COIPEL, Michel. « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et du utile » *Revue Juridique Thémis*, vol.234, nº 3, 1990, p. 486 e segs.

2 Para comprovar nossa afirmação, é suficiente examinar os Códigos UNIDROIT, Code Européen des Contrats e mesmo o Uniform Commercial Code americano, todos na mesma esteira de evitar posições excessivamente radicais e conservar um reduto da esfera privada limitada apenas pela ordem pública, bons costumes e boa-fé objetiva.

do projeto de Código Civil representará um importante entrave ao desenvolvimento do Mercado Comum do Sul e as sociedades brasileira e latino-americana suportarão, sem dúvida, entre outros prejuízos, um significativo retrocesso no movimento integracionista por estar o teor desse artigo em desacordo com a noção de contrato vigente nos demais ordenamentos jurídicos da América Latina e do mundo ocidental.³

Novo Código Civil: Direito das Obrigações. Da escolha nas obrigações alternativas.

Art. 252: Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou.

De acordo com com o ensinamento de Pontes de Miranda⁴, o momento mais importante no desenvolvimento do vínculo obrigacional, nas obrigações alternativas, é a escolha. Esta é um direito formativo, exercitável mediante declaração unilateral de vontade, receptícia, sem exigência de forma, podendo ser até mesmo tácita e, sendo feita eficazmente, é de natureza irrevogável.⁵

O tema da escolha é muito interessante, pois há uma diferença relevante entre a escolha nas obrigações genéricas, em que ela é interna (qualquer bem dentro de A, que é o gênero) denominando-se o momento logo após o seu exercício de concretização. Já nas obrigações alternativas, a escolha é externa (ou A ou B), havendo, por esse motivo, uma concentração. Aliás, a concentração é o momento em que a prestação perde a sua indeterminação.

A grande indagação a ser feita em tema de obrigação alternativa é a respeito de a quem cabe a escolha. No Código de 1916, assim como no novo Código, a escolha cabe ao devedor.

Como se depreende do texto do art. 252, a norma é de natureza dispositiva. Mais ainda, a mesma norma jurídica pode funcionar como interpretativa, no caso de haver dúvida.

Das circunstâncias não pode resultar que se haja de entender titular o credor, porque o art. 252 do novo Código (e o 884 do antigo) só admitiu que seja titular do direito o credor, se outra coisa se estipulou.

Fazendo uma pesquisa na legislação estrangeira, constatamos, em primeiro lugar, que o Código Civil francês (arts. 1.189 e 1.196) regulou a matéria de forma idêntica aos nossos Códigos. Já o BGB (§ 262) estabelece que, em caso de dúvida, a escolha compete ao devedor.

No Código Civil português (art. 543, nº 2), encontramos a seguinte regra: a

3 Sobre a necessidade da existência de uma noção comum de contrato para promover o desenvolvimento das trocas nos mercados regionalizados, consulte-se: Anthony Chamboredon e Christoph U. Schmid, «Pour la création d'un Institut Européen du Droit», in *RIDC* 3-2001, p. 685 e segs.

4 Vide, a propósito, Pontes de Miranda, *Tratado de Direito privado*, vol. 22, 31. ed., 1971, Ed. Borsói págs. 132 e segs.

5 Pontes de Miranda, obra e local cits. nota anterior.

escolha cabe ao devedor, podendo, contudo, estipular-se no contrato, ou resultar da sua própria natureza, que ela pertença ao credor ou a um terceiro (art. 400, n°1).

Um aspecto importante, não esclarecido pelo legislador do novo Código (tampouco pelo do Código de 1916), é o do momento da escolha em não havendo prazo estipulado na convenção. À primeira vista, poderia ser lógico que esse momento ficasse *ad libitum* do titular do direito de escolha. Contudo a opinião mais lógica é a de que ela ocorra antes do termo fixado para o adimplemento. Dessa forma, se a obrigação foi estipulada sem prazo, a escolha deve ser feita imediatamente.

Ainda com relação à escolha, convém lembrar que ela não é um dever, é um direito e, como tal, não cabe ação à sua inexecução. Sendo a obrigação alternativa, a ação, se movida, terá como finalidade a condenação a prestar a alternativa, prevista na obrigação, quando a escolha couber ao devedor.⁶

Por último, cabe ainda referir que as denominadas obrigações alternativas têm larga aplicação no âmbito dos negócios jurídicos, e, por tal motivo, o legislador deveria regular a matéria mais de acordo com os usos de tráfico. Com efeito, na prática corrente, no dia-a-dia dos negócios, a escolha, normalmente, compete ao credor e só excepcionalmente, ao devedor.

6 Ver Código de Processo Civil brasileiro, artigo 288

Art. 422: A cláusula geral contida no referido artigo impõe ao juiz interpretar o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes, segundo modelos cambiantes externos ao direito codificado.

Marcelo De Nardi: Juiz Federal no Rio Grande do Sul.

JUSTIFICATIVA

A idéia de código, de repositório exaustivo do direito relevante sobre um amplo tema, assume sua maior expressão quando referida ao Código Civil. Já em Teixeira de Freitas se vê, com sua divisão em *Código Geral* e *Código Civil*, a tendência de fazer incluir nesse tomo as *leis que ensinam*, além das *leis que mandam* [Martins-Costa, 1998], de modo a conter um conjunto de normas aplicáveis aos múltiplos ramos de especialização do Direito. Assim é que o modo como é composto tal código, a técnica legislativa utilizada, impõe necessários reflexos em todos os campos do Direito.

O Código Civil Brasileiro de 1916, oriundo de longa gestação legislativa e pré-legislativa, foi composto sob a égide da escola pandectista. Forte noção de sistema se projeta sobre o texto, e é imanente a ele a totalidade e exclusividade da regulação **dos fatos jurídicos emite relevantes apresentados.**

Tem-se, então, uma idéia de sistema jurídico fechado, em que o valor máximo é a segurança jurídica, e o tema de obrigações, especialmente o tema de contratos, está impregnado da autonomia privada [Couto e Silva, 1976, p. 26]:

A construção sistemática do Direito, tal como a empreenderam os pandectistas, procurou estender uma rede de princípios rígidos, os quais, praticamente, não comportavam exceções. Princípio dominante era o da autonomia da vontade e conceito central do sistema o de negócio jurídico. A prodigiosa sistematização então elaborada supunha, ainda, um mundo jurídico sem lacunas e uma firme teoria das fontes das obrigações.

A noção fechada de sistema jurídico revelou suas fraquezas e riscos no curso do século XX. A incapacidade da teoria tradicional das obrigações de compreender fatos corriqueiros das transações sociais em que a vontade não é preponderante tornou evidente a insuficiência de um modelo rígido de sistema para descrever o fenômeno jurídico que se propôs a examinar.

A fria realidade é que os legisladores onipotentes e oniscientes, ideais da

¹ O pensamento sistemático [...] concebe o Direito como um conjunto estruturado de normas jurídicas, racionalmente elaborado que, além de uma ordem interna, tem uma conexão conceitual interna e encerra em si mesmo todas as soluções possíveis para os problemas que se apresentam na vida social [Lorenzetti, 1998, p.80].

pandectística e do liberalismo clássico, não existem: os incautos que se arvoram a tal pretensão não são capazes, por sua condição humana, de prever e solver os problemas emergentes da miríade de interações sociais possíveis.

Admitir a existência de tal problema confronta o legislador com seus limites e impõe a solução de remeter a competência (no sentido kelseniano) para solucionar cada uma das questões individuais (para estabelecer a norma individual, kelseniano novamente) àqueles que operam na parte concreta do exercício do poder estatal de organizar juridicamente a sociedade: os juizes. Para atingir tal mister, seguindo a tradição romano-germânica de lei escrita, é inevitável superar a técnica legislativa utilizada na pandectística, pela qual o legislador prevê determinados fatos e imputa à sua concreção certas conseqüências jurídicas, em operação subsuntiva direta. A subsunção cede passo à ponderação, cometendo-se ao juiz a competência, o mandato, o poder de deliberar no caso concreto se as exigências do padrão socialmente aceito estão atendidas, produzindo solução individuada não diretamente prevista pelo legislador. Desaparece o maniqueísmo pressuposto do "incide" ou "não incide", para abrir-se o sistema às minúcias do caso concreto através das *cláusulas gerais*.

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente "aberta", "fluida" ou "vaga", caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; [...] [Martins-Costa, 2000, p. 303].

Transmuda-se a modelagem do sistema jurídico da descrição "fechada" para a descrição "aberta", o que não significa "frouxidão", "assistematização", mas sim que o sistema permite operar de modo a validar premissas conforme determinadas regras de admissão. O sistema aberto distingue-se por permitir a interação com os fenômenos que lhe são externos conforme determinadas regras, caracterizadas não por classificarem os fenômenos de que se compõe, mas por estabelecerem métodos tópicos de identificação de fenômenos que podem ou não ser integrados ao sistema.

Há de ressaltar, como conseqüência da composição de um sistema aberto através da técnica legislativa das cláusulas gerais, a presença do já referido componente de incerteza. A segurança jurídica teórica, e nunca realizada, da codificação casuística é substituída pela honesta admissão de que certos casos concretos devem ser solucionados individualmente, conforme suas peculiaridades específicas. Toda a tradição jurídica da *common law* assume exatamente essa postura.

No tema de obrigações, especialmente aquelas ditas *contratuais*, emerge como *cláusula geral* de maior eminência a *boa-fé objetiva*, fundante da compreensão das relações sociais como atos de cooperação, e não como conflitos de interesses.²

2 v. Betti, 1958, p. 39.

Nesse sentido, a par dos deveres vinculados ao compromisso de vontade estabelecido entre as partes em um negócio jurídico, apresentam-se deveres laterais ou anexos, derivados da consideração do relacionamento entre pessoas juridicamente relevante como uma interação estendida no tempo, e não instantânea: convivência.

Partindo do pressuposto de ser o *contato social*³ a fonte mediata das obrigações, é possível relativizar a autonomia da vontade como qualificador dos vínculos obrigacionais, estabelecendo-se um espectro que abrange desde os *atos existenciais*⁴, nos quais a vontade praticamente não tem relevância, até os atos ilícitos e os negócios jurídicos entre pessoas em equilíbrio jurídico-negocial, nos quais a vontade (culpa ou autonomia privada) exerce indelével influência. Já não é a vontade, portanto, a fonte por excelência das obrigações, mas sim elemento relevante em *alguns tipos* de contato social.

Introduzindo a boa-fé objetiva um *modelo de conduta social, arquétipo ou Standard jurídico* [Martins-Costa, 2000, p. 411], sua presença como cláusula geral no Código Civil permite ao juiz, na operação artesanal e individuada de solucionar o caso concreto, constantemente projetar, nos fatos postos a seu exame, o modelo real praticado socialmente, essencialmente dinâmico e mutável.⁵

Está presente a incerteza, é evidente. Admitida e incorporada ao sistema, contudo, permite permanente reconstrução e controle, uma vez que a operação individual e concreta referida sistematicamente à cláusula geral produz acervo de soluções catalogáveis e classificáveis por um signo comum e padronizado a que todos podem recorrer com facilidade para exercer a comparação com os modelos concretos futuros. A reconstrução, a labuta operativa do Direito, produz norma jurídica concretamente **referida que o legislador não é capaz de prever**⁶.

Vale ressaltar que a adoção da técnica tópica, permitida pelas cláusulas gerais, não exclui a coexistência com o modelo sistemático-subsuntivo. [...] *em matéria*

3 A expressão *contato social* provém da sociologia. [...] O que propõe Couto e Silva, contudo, é justamente a sua utilização como *fattispecie* comum aos negócios jurídicos e aos atos ilícitos, ou delitos, bem como aos atos existenciais, a fim de propiciar a sistematização - isto é, a ordenação ou modelação unitária - das várias fontes de relação obrigacional [...] [Martins-Costa, 2000, p. 401].

4 Os atos de tipo existencial referem-se às necessidades básicas do indivíduo, tais como alimentação, vestuário, água, etc. Ninguém poderá pensar em anulá-los desde que se realizem dentro de moldes normais e adequados, sob a alegação, por exemplo, da incapacidade das partes [Clóvis do Couto e Silva, 1976, p. 92].

5 Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, a priori, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso [Martins-Costa, 2000, p. 412].

6 O processo pelo qual estas normas - vale repetir, as normas compostas a partir das cláusulas gerais - são criadas é um processo lento e complexo. Este vai-se realizando pouco a pouco, mediante um trabalho que é em parte casuístico, em parte de generalização da casuística, constituído, em resumo, pela síntese judicial dos casos pretéritos, tomados estes, entretanto, não como limites à interpretação e aplicação do direito, mas como pontos de apoio, ou pontos de partida, permitindo, assim, o trabalho de adequação do valorativa às novas circunstâncias [Martins-Costa, 2000, p. 342].

Sistematização e assistemização constituem, assim, a polaridade dialética na qual se desenvolve o sistema aberto, eis que tendente à permanente ressistemização [Martins-Costa, 2000, p. 377].

de direito das obrigações – considerando que aí reside o núcleo não só do direito civil, mas da inteira disciplina jurídica, não se poderia colocar a alternativa “cláusulas gerais ou não”, devendo-se pensar na concomitância entre estas e a casuística [...] Nesse sentido é o modelo que consta do Projeto do Código Civil brasileiro [convertido na Lei nº 10.406/2002], como anotou o ilustre supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora, professor Miguel Reale, ao apresentar o Anteprojeto [Martins-Costa, 2000, p. 302].

A presença da cláusula geral da boa-fé objetiva no art. 422 do Código Civil de 2002 impõe ao juiz ultrapassar a técnica da subsunção, superando o conceito de boa-fé subjetiva que possa vislumbrar no enunciado normativo, para integrá-lo objetivamente conforme as condições peculiares a cada caso.

Produzirá assim a renovação do Direito, necessária e ineludível, sempre referenciada à coleção de modelos utilizados conforme única autorização sistêmica, de modo que não seja caótica e insegura.

BIBLIOGRAFIA

- BETTI, Emilio. *Cours de Droit Civil Comparé des Obligations*. Milano, It:Giuffré, 1958, Universidade do Cairo, Egito.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- FRADERA, Véra M. Jacob de (org.). *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª e., 4ª tiragem (jun2000), São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000 (2ª tiragem).
- _____, *Direito Privado como um “Sistema em Construção”*: As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 139, jul/set 1998.

Art. 422: Tratativas e responsabilidade pré-contratual – extensão do dever das partes de guardarem os princípios de probidade e boa-fé.

Alterar a redação do referido artigo para:

As partes são obrigadas a guardar, no desenvolvimento das negociações, assim como na conclusão do contrato e na sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.

Munir Karam: Juiz do Tribunal de Alçada do Paraná e Professor da Universidade Federal do Paraná.

JUSTIFICATIVA

O novo Código Civil, a exemplo do vigente, não traz nenhuma disposição para regular o que chamaríamos de culpa *in contrahendo*, que impossibilita a celebração do contrato preliminar, porque suas cláusulas refogem ao que havia sido estipulado entre as partes. A culpa *in contrahendo* repousa na idéia de que quem entra em relações contratuais com outrem obriga-se, pelo próprio fato, a lhe proporcionar um contrato válido.

Se um ponto das conversações houver atingido consentimento inequívoco, diz Serpa Lopes, *pode a responsabilidade decorrer da culpa in contrahendo, ou mesmo de um vínculo contratual já firmado.*

No decurso do processo de negociação, na maioria das vezes bastante oneroso, pode ocorrer um comportamento desleal de uma das partes. Uma delas, visando a seu próprio interesse e proveito, induz a outra em erro ou omite informações.

A ocultação de fatos que teriam impedido a celebração do contrato, bem como o fornecimento de informações inexatas com esse mesmo resultado, é exemplo de má-fé. Assim também o prolongamento malicioso das negociações, sua interrupção brusca e sem razão. Essas condutas configuram faltas pré-contratuais e devem merecer previsão expressa que enseje o dever de ressarcimento dos danos acarretados.

Proponho, para tal finalidade, a exemplo do que ocorre no Código Civil italiano (art. 1.337) e no paraguaio (art. 689), que o art. 422 passe a ter a redação sugerida.

Art. 422: Alterar a redação do citado artigo para:

Os contratantes devem proceder, durante as negociações contratuais, na conclusão e execução do contrato e na fase pós-contratual, de acordo com os princípios de probidade e boa-fé, observada a natureza do contrato.

Regis Fichtner Pereira: Professor de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro/RJ.

JUSTIFICATIVA

A alteração do art. 422 do Código Civil se impõe pela injustificada omissão do legislador em omitir as fases das negociações contratuais e agir de boa-fé.

A cada vez maior complexidade dos contratos atuais exige, muitas vezes, das partes longas e dispendiosas negociações. As partes que negociam o contrato devem agir conforme as exigências da boa-fé objetiva, de modo que nenhuma delas sujeite o potencial parceiro contratual a efetivar despesas inúteis e a perder o seu tempo, se por acaso não pretender seriamente celebrar o contrato projetado.

Na fase pós-contratual, uma vez incidente o princípio da boa-fé objetiva, pode a parte de um contrato já executado exigir da outra a prática de atos complementares ao objeto do contrato que possibilitem um melhor aproveitamento do seu resultado, desde que tais atos não lhe gerem sacrifício injustificado.

É importante o conteúdo do princípio da boa-fé à natureza do contrato, tendo em vista que há alguns que requerem contato mais estreito entre as partes e envolvem troca de informações, tais como os contratos de sociedade ou de mandato. Outros não exigem das partes contato tão próximo, o que faz com que o conteúdo do princípio da boa-fé seja diverso.

Art. 445, §§ 1º e 2º: Considerações acerca do prazo decadencial nas ações edilícias.

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz: Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

A teoria dos vícios redibitórios desempenha papel de grande relevo no Código Civil promulgado com a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, procurando resguardar o comprador contra abusos porventura praticados pelo alienante, pondo-o a salvo de falhas e defeitos apresentados pelos bens adquiridos.

Os vícios redibitórios, no ensinamento dos mestres, são defeitos ocultos existentes na coisa alienada, objeto de contrato comutativo, não-comum às congêneres, que a tornam imprópria ao uso a que se destina ou lhe diminuem consideravelmente o valor, de tal forma que o negócio não se realizaria se esses defeitos fossem conhecidos; enseja ao adquirente a opção de rejeitar a coisa defeituosa, rescindindo o contrato por início da ação redibitória, ou, então, de conservar o bem e reclamar abatimento no preço, lançando mão da ação estimatória, ou *quanti minoris*.

Ambas as ações encontram a sua razão de ser no princípio que veda o enriquecimento ilícito, preservando de prejuízos o adquirente e evitando que o transmitente à custa dele se locuplete.

Na vigência do Código Civil de 1916, numerosas dúvidas foram suscitadas quanto ao *dies a quo* para o ajuizamento das ações.

A respeito, reza o art. 445 do Código Civil de 2002, *verbis*:

“O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

§ 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

§ 2º Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria.”

A posição consagrada no texto legal representa a acolhida de uma evolução da jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, reafirmando o acerto do pensamento externado por Niboyet, quando participava dos trabalhos da Comissão de Reforma do Código Civil francês, ao dizer que “le but d’un Code est de codifier la jurisprudence”.¹

1 In Travaux de La Commission de Réforme du Code Civil - Année 1948-1949, Librairie Du Recueil Sirey, Paris, 1950, p. 33.

Com efeito, em voto lapidar que proferiu quando do julgamento do RE nº 76.233-GO, assinalou o saudoso Ministro Thompson Flores, *verbis*:

"... na literalidade do dispositivo (art. 178, § 2º), está claro nele, qual seja o momento, o marco zero da contagem: é o momento da tradição. Mas em certas situações de fato, conforme a natureza da coisa ou do defeito que porte, não seria possível o exercício da ação dentro desse prazo exíguo, se contado da tradição, não tanto pela exigüidade, mas pela impossibilidade da revelação do defeito... Nesse caso, se atendermos à lei, na sua letra fria, estaríamos condenando a um abortamento inapelável o direito dos adquirentes, contra todos os princípios de direito e o bom senso... a ação redibitória objetiva a garantia do comprador contra os defeitos ocultos da coisa adquirida... para que se possa exercer efetivamente o direito à ação, decorrente da garantia... há de ser proporcionado ao comprador um prazo razoável e que este seja contado a partir de quando for possível a revelação do defeito oculto..."²

Nesse sentido, igualmente, deliberou o Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"Ação redibitória. Decadência. Início do prazo. Não maltrata o art. 178, § 5º, inciso IV, do Cód. Civil, acórdão que, ao afastar a decadência, dispõe no sentido de contar-se o prazo a partir do momento em que o vício tornou-se conhecido pelo adquirente do imóvel. Recurso especial não conhecido."³

Esse também é o entendimento firmado pela melhor doutrina, consoante se extrai da lição de Henri de Page, *verbis*:

"*Si le vice doit au révéler normalement à l'usage, c'est à compter de la délivrance que le délai commencera à courir. Si, exceptionnellement, il s'agit d'un vice qui ne peut se révéler que tardivement, ou qui échappe aux investigations le plus attentives de l'acheteur, le délai ne prend pas cours à ce moment. C'est la solution de la loi elle-même (nature du vice: art. 1648).*"⁴

Da mesma forma, o magistério de Jérôme Huet, *verbis*:

"... *pour des matériels de haute technicité, la durée du délai a sans doute lieu d'être allongée. Ce peut être le cas en matière d'informatique où les juges admettent volontiers qu'un vice n'est susceptible de se révéler qu'après une longue période de mise au point...*"⁵

Outro não é o pensamento de Demburg, arrimado às lições do Direito Romano, *verbis*:

"*L'azione redibitoria si prescrive in sel mesi dopo la vendita, ma calcolati utiliter. L'ignoranza nel compratore del difetto impedisse perciò l'inizio della prescrizione, salvochè essa non riposi su grave negligenza.*"⁶

2 In RTJ 68/224-7.

3 Resp. nº 4.152-MT, rel. Min. Nilson Naves, in RSTJ 21/371.

4 Henri de Page, in Traité Élémentaire de Droit Civil Belge 2ª ed., Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1943, t. 4ª, pp. 210/1.

5 Jérôme Huet, in Responsabilité du Vendeur et Garantie contre les vices cachés., Editions Litec, Paris, 1987, p. 287.

6 A. Demburg, Diritto Delle Pandette-Obbligazioni, tradução de F. Cicala, Fratelle Bocca Editori, Torino, 1903, pp. 434/5.

Em obra clássica acerca da matéria, anota Riccardo Fubini, *verbis*:

*"... solo diremo che al compratore non si può imporre, di scoprire vizi che solo dopo lungo e maturo esame della merce si possono constatare; nè sarebbe ragionevole obbligarlo a sperimentare e usare la cosa senza bisogno e contro il proprio interesse per favorire il venditore che avesse consegnato cosa viziata."*⁷

A jurisprudência estrangeira de maior relevo, do mesmo modo que a doutrina, sempre orientou-se nesse rumo.

Em seu precioso "Código Civil Annoté", o Magistrado Fuzier-Herman, ao comentar o art. 1.648 do Código Civil francês, faz referência aos julgados dos tribunais franceses, *verbis*:

*"Le délai de l'art. 1648 court du jour où le vice s'est révélé à l'acheteur. - Cass. req., 27 juin 1887; ... III a été jugé spécialement à l'appui de cette thèse que le vice d'une machine ne pouvait apparaître que du jour où elle est en plein fonctionnement. - Cass. civ., 12 nov. 1884."*⁸

No mesmo sentido são os julgados do "Tribunal Fédéral Suisse", *verbis*:

*"... le délai (de péremption ATF 61 II 148) dépend de la nature de la chose et du genre de défauts; il peut aller de quelques jours à quelques mois (machines agricoles, chasse-neige) AFT 81 II 56 JT 1955 I 562, ... En cas d'installation d'un software, le délai ne court qu'à partir du moment où celui-ci est installé et prêt à fonctionner avec des données réelles ATF 124 III 456."*⁹

Por conseguinte, o Código Civil de 2002, encerrando a polêmica que persistiu na jurisprudência e na doutrina sob a égide da lei civil de 1916, estabeleceu que o prazo decadencial nas ações edilícias, quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, contar-se-á a partir do instante em que dele teve conhecimento o adquirente, até o prazo máximo de 180 dias, em se tratando de bem móvel, e de um ano, se imóvel.

A opção revelada pelo legislador de 2002 atende, assim, aos reclamos da doutrina e da jurisprudência, bem como à própria finalidade da codificação das leis civis, magistralmente sintetizada por Cambacérès, no final do século XVIII, em seu Projeto de Código Civil, *verbis*:

*"La meilleure législation est celle qui favorise l'intérêt général de la société et les progrès de la morale publique... Il s'agit ici de lois civiles, c'est-à-dire, des préceptes qui s'associent à toutes les actions, qui embrassent les rapports de tous les instans, et qui, par leur influence, peuvent embellir les divers âges de la vie, ou du moins en adoucir les inévitables amertumes."*¹⁰

7 Riccardo Fubini, in La Teoria ei Vizi Redibitorri, Fratelli Bocca Editori, torino, 1906, p. 410. Nesse sentido, ainda, Marcel Planiol e Georges Ripert, in Traité Pratique de Droit Civil Français, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1932, t. X, pp. 142/4, nº 136; Ludovico Amdts, in Trattato delle Pandette, tradução de F. Serafini, Amaldo Fomi Editore, Ristampa - 1981, t. II, pp. 248/251, § 304.

8 Ed. Fuzier-Herman, in Code Civil Annoté, 1940, t. 5º, p. 575, nota nº 4.

9 G. Seyboz & Pierre Robert Gilliéron, in Code Civil Suisse et Code des Obligations Annoïés, Editions Payot Lausanne, 1999, p. 120, nota nº 201.

10 Cambacérès, in Projet de Code Civil, Librairie Edouard Duchemin, Paris, 1977, pp. 15 e 68.

Novo Código Civil

José Francisco da Silva Neto: Juiz Federal em São Paulo.

I DA EVICÇÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Inicialmente, incumbe descer ao centro de compreensão da figura dos “atos jurídicos”, assim denominados pelo Código Civil brasileiro de 1916, tecnicamente alterados – para melhor na visão pandectista alemã e por certo – pelo Código de 2002, com positivação segundo a nomenclatura de “negócios jurídicos” (art. 104 do referido estatuto), filologicamente derivada esta expressão, como consagrado, do latim *nec otium* ou *negotium* (não-ócio, movimento).

De fato, ditos negócios jurídicos, como manifestações de vontade, cercam-se de certos elementos classicamente catalogados como essenciais, naturais e potencialmente até acidentais (*essentialia negotii*, *naturalia negotii* e o *accidentalia negotii*).

No âmbito do referido segmento classificatório, destaca-se a figura, para o caso vertente, dos mencionados elementos naturais dos negócios jurídicos em geral, precisamente entendidos como os imanentes à lógica do pactuado entre as partes, sem, porém, o dom da imprescindibilidade para a sua realização, aqui residindo as consagradas ilustrações da proteção às partes contra os vícios redibitórios e diante dos efeitos da evicção.

Dessa forma, consistindo a proteção contra os efeitos da evicção em componente ou elemento natural dos negócios jurídicos em geral, insta recordar-se cataloga a doutrina sua configuração como sendo – o evento da evicção em si – o correspondente ao de perda da coisa adquirida em contrato oneroso, por força de decisão judicial que a atribua a terceiro.

Por conseguinte, surpreendida a parte, na relação material, diante da ocorrência de evicção, surgem como possíveis as reações adiante analisadas ante o prejuízo a afetar a si, evencida.

II DAS REAÇÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS DO EVICTO

De fato, em redação próxima ao teor do art. 1.109 do Código Civil de 1916, estatui o art. 450 da recém-publicada codificação civilista assista ao evicto o direito ao ressarcimento do preço integral ou das quantias pagas, à indenização dos frutos restituídos, das despesas contratuais e dos prejuízos demais diretamente resultantes da evicção, bem como às custas judiciais e aos honorários advocatícios suportados na constituição do defensor hábil.

Para se valer o adquirente do exercício daqueles direitos, defluentes da evicção, foi editada a disposição inovadora – alvo maior do presente trabalho e a ser cuidada detalhadamente à frente –, o art. 456 do novo Código, em dicção mais precisa do que a do art. 1.116 do Código vigente, remetendo dito prejudicado, então, ao uso

das vias processuais pertinentes.

O referido preceito substantivo vem correspondido, de seu turno, desde os idos de 1973, pelo que previsto através do inciso I do art. 70 do Código de Processo Civil vigente, autorizador do uso do instituto da denúncia da lide para tais situações.

Assim, positivadas condutas do evicto em plano material e processual, revela-se oportuno sejam recordadas diversas angulações relevantes sobre o procedimento aplicável ao enfocado instituto processual, o que se fará no tópico adiante alinhavado, base final e decisiva para a compreensão da inovação inserida pelo novel Código Civil e alvo do presente esboço de enunciado.

III DAS PECULIARIDADES RITUAIS DA DENÚNCIAÇÃO DA LIDE

Tendo a intervenção de terceiros, tal como positivada pelo ordenamento hodierno, a preocupação de permitir que aquele que não seja parte na relação processual (terceiro, pois) nela ingresse, *sponte propria* (intervenção voluntária), ou a ela seja conduzido por convocação judicial (intervenção provocada, coacta), dentro de cujos representantes se destacam, de um lado, no primeiro segmento, as figuras da assistência, da oposição e do recurso de terceiro interessado, enquanto se filiam ao segundo segmento os institutos da nomeação à autoria, do chamamento ao processo e da denúncia da lide.

Deveras, também já tendo sido denominada “chamamento à autoria” – linguagem do Código de Processo Civil de 1939, por seu art. 95 – e “chamamento do garante ou garantidor”, revela-se a denúncia da lide, como consagrada, instrumento eficiente em sua essência para permitir que autor ou réu, conforme a hipótese, nos próprios autos do processo, requeira ao Judiciário a convocação do garantidor de molde a se permitir ressarcimento do evicto junto àquele no mesmo feito.

Patente, logo, tal como positivado pelo art. 76 do estatuto processual vigente, que um único ato sentencial poderá estar a solucionar tanto a lide principal, na qual envolto o evicto denunciante, quanto a secundária ou derivada, em que tenha ingressado o denunciado ou litisdenunciado.

Sobressaem, dessarte, com profundo destaque, os dogmas processuais da economia e da celeridade processual, visto que, acaso inexistissem os comandos material e processual inicialmente invocados, ante a imperiosa observância do princípio da legalidade processual (art. 5º, inciso II, CF), necessária se faria, para aquele mesmo quadro, a utilização sucessiva de duas demandas distintas, a segunda como via regressiva para o prejudicado.

Aliás, claro é também o legislador em estabelecer momentos máximos para a postulação da ora abordada intervenção de terceiros, ao limitar, no tempo (art. 71, CPC), até a inicial ou até a contestação tal postulação.

Neste ponto e também por visceral a tudo o que aqui se explana, há de se salientar que a utilização da litisdenúnciação, sob curso de exame, logicamente pressupõe não tenham as partes, na relação material, promovido a expressa exclusão por tais responsabilidades (art. 448 do novo Código Civil brasileiro e art. 1.107, *caput*, *in fine*,

do Código Civil vigente), que, assim não ocorrendo, remanescem subsistindo, como elemento natural que são, conforme tópico I deste trabalho.

Em plano de constatação da *praxis* forense e à luz dos entendimentos pretorianos mais diversos a respeito dos reflexos da aceitação ou inaceitação inicial pela magistratura da pretensão de litisdenúnciação, revela-se também, neste âmbito, oportuno seja enfatizado o tom ponderado de que deva revestir-se a apreciação jurisdicional do pleito de denúnciação da lide, propondo-se, efetivamente, que, em hipóteses de dúvida acerca do vínculo de responsabilização afirmado pelo denunciante em face do denunciado e a depender, via de consequência, de um devido processo legal para sua apuração, deva o Juízo sim acolher inicialmente o requerimento em tal sentido, a fim de que se possa melhor aquilatar a ocorrência ou não de liame ao longo da desenvoltura das relações processuais primária e secundária.

Citada cautela é, neste passo, salientada por força de decisões judiciais que, reconhecendo o cabimento da litisdenúnciação exordialmente indeferida, coerentemente ordenam a anulação de toda a relação processual desenvolvida a partir de então. *In exemplis*, nesse sentido, o teor, em extrato, do REsp n.º 4.589-PR-Edcl (rel. Min. Athos Carneiro, j. 25.2.92, DJU 30.3.92, p. 3.991):

“Decisão de saneamento, confirmada pelo tribunal, considerando ‘extintas’ as denúncias da lide, com a exclusão dos denunciados da relação processual. Reforma do aresto em grau de recurso especial, com a admissão da postulada intervenção de terceiros. Em consequência, declara-se a anulação do processado a partir da decisão saneadora, renovando-se a instrução e a fase decisória.”

Por fim, no âmbito de destaques processuais sobre o instrumento legítimo de defesa do evicto contra os malefícios da perda sofrida com a evicção, chega-se ao comando emanado do art. 73 do CPC vigente, cujo correlato antecedente equivale ao § 3º do art. 95 do CPC de 1939 (cópia anexa, em destaque), ambos os dispositivos ditando a possibilidade de o primeiro litisdenunciado, por sua vez e acaso não se reconhecendo responsável pelo que narrado como causa de seu ingresso na demanda, promover a denúnciação do anterior alienante, com sua intimação sobre o litígio, sendo que este, de seu turno, também podendo da mesma maneira proceder, **sucessivamente**, tudo eficazmente em prol de se alcançar o genuíno causador de que se queixe o evicto denunciante.

Portanto resulta límpido que admitiu o legislador, através dos mencionados dispositivos processuais, a possibilidade de um longínquo encadeamento de denúncias. Todavia, desde há muito sinalizam os pretórios pátrios pela possibilidade de o Judiciário coibir eventual exagero na extensão de tempo nas denúncias sucessivas que, paradoxalmente, culmine por contrariar a essência do instituto, que visa a prestigiar, como antes sinalizado, os princípios da economia e da celeridade processual (*i.e.*, o teor, em extrato, do RSTJ 24/466):

“Embora admitida exegese ampla ao disposto no art. 70, III, do C.P.C., não está obrigado o magistrado a admitir sucessivas denúncias da lide, devendo indeferir-las (certamente que com resguardo de posterior ação direta), naqueles casos em que possa ocorrer demasiada demora no andamento do feito, com manifesto prejuízo à parte autora.”

Em resposta, possivelmente, então, a tais desígnios jurisprudenciais antes apontados, **inovou efetivamente o legislador do Código Civil/2002, ao prescrever, no caput do art. 456, a possibilidade de o adquirente notificar do litígio não o alienante imediato apenas, mas de o fazer quanto a qualquer dos anteriores**, afirmando o legislador, ainda, em relatada mensagem, que isso se dará quando e como o determinarem as leis processuais. De necessária construção, pois, o próximo capítulo, precisamente a versar sobre desejada reformulação.

IV DA GRANDE INOVAÇÃO NA DENUNCIÇÃO EM EVICÇÃO

Procedida a transcrição infra, do *caput* do art. 456 do Código Civil de 2002, passar-se-á à elaboração das considerações pertinentes.

“Art. 456. Para poder exercitar o direito que da evicção lhe resulta, **o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores**, quando e como lhe determinarem as leis do processo.”

Efetivamente, restam indúvidas assertivas segundo as quais não colocou em dúvida a antes transcrita norma jurídica substantiva sobre o cabimento da conhecida “denúnciação aos saltos” – o “an” – tendo tão-somente remetido para o plano normativo processual a disciplina sobre a forma pela qual enfocada intervenção de terceiros possa se dar – o “como” – e quanto ao momento processual oportuno dentro do qual se revele viável a ocorrência de dita denúnciação – o “quando”.

Logo, denota-se residir nesta abordagem todo o âmago do trabalho em pauta: se autorizado restará o evicto, a partir da vigência do novel Código Civil, a optar entre promover, junto ao Judiciário, denúnciação da lide ao alienante imediato ou a qualquer dos anteriores, mencionado ditame, no particular substantivo do evento da evicção, demonstra-se ao menos aparentemente colidente com a mensagem decorrente do art. 73 do CPC vigente, o qual, cogentemente, fixa a possibilidade de, denunciado o alienante, proceder este à intimação do litígio ao seu alienante dentro do encadeamento de aquisições evolutivas no tempo, sucessivamente.

No uso, então e sim, do advérbio “sucessivamente” é que se centra, nuclearmente, o cerne da impossibilidade de convivência, em tese, do mencionado art. 73, vigente, e do que positivado pelo art. 456 por vigorar a partir do ano vindouro.

V DA HARMONIZAÇÃO ENTRE OS DISPOSITIVOS

Afigura-se, neste ponto, elementar se extraíam ilações segundo as quais, a uma, tem o comando do art. 456 destinatário certo, objetivamente, entre os institutos materiais ensejadores da litisdenúnciação, qual seja, a evicção, assim como, a duas, realmente para o particular de ocorrência desta figura civilística, há de se compreender que passou o legislador a admitir possa ser imediatamente convocado para a causa originária aquele alienante-evincente-denunciado que, efetivamente, tenha, sob a óptica do alienatário-evicto-denunciante, dado causa genuína à perda da coisa adquirida.

Assim o positivando, indubitavelmente, sinalizou o legislador civilista da re-

cém-promulgada codificação brasileira sua sintonia com julgados que já vinham, ante a taxativa sucessividade até o momento imposta ao uso da denúncia da lide, vedando sua aplicação em linha demasiado extensa, precisamente em prestígio aos já referidos dogmas processuais inspiradores de retratada intervenção de terceiros.

É dizer, em lugar da formal sucessividade a que se sujeitam as demais hipóteses de denúncia da lide, reservou o legislador substantivo ao evicto a possibilidade de, em seu caso concreto, promover denúncia aos saltos, o que, também obviamente, consoa com a economia e a celeridade processual, tão caros ao Estado democrático de direito, que traz em seu bojo, por incontestes, a imperativa necessidade de observância à efetividade do processo.

VI CONCLUSÕES

Como se extrai de todo o exposto, invocadas algumas mais expressivas rememorações materiais e processuais acerca da evicção e de sua solução processual através da denúncia da lide, **constata-se que, com o advento da vigência do preceituado pelo art. 456 do Código Civil de 2002, passará o evicto a desfrutar da faculdade de, consoante seu caso concreto e em prol da economia e da celeridade processual, denunciar da lide a qualquer dos alienantes anteriores, sem o impositivo comprometimento com a sucessividade estabelecida pelo atual art. 73 do CPC, a qual, então e sim, restará afastada, em sua cogência**, para o acionamento de citada garantia material – elemento natural dos negócios jurídicos – **tanto quanto, por outro lado, permanecerá integralmente válida para as demais situações** causadoras da enfocada intervenção de terceiros **distintas da evicção**.

Art. 111: Quanto à interpretação do mencionado artigo, nas relações de consumo, as “circunstâncias” de vulnerabilidade e o déficit informacional de um dos parceiros, o consumidor, e “os usos” do mercado de consumo, regulados hoje de forma obrigatória pela ordem pública consolidada no Código de Defesa do Consumidor e ordenada pelo art. 5º, XXXII e pelo art. 170, V, da Constituição Federal, não autorizam que o silêncio importe anuência, exigindo-se a declaração de vontade expressa e informada do consumidor.

Cláudia Lima Marques: Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

JUSTIFICATIVA

Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

Nas relações de consumo, as “circunstâncias” de vulnerabilidade e o déficit informacional de um dos parceiros, o consumidor, e “os usos” do mercado de consumo não autorizam que o silêncio do consumidor passe a importar em aceitação ou anuência a contratos de consumo. As regras atuais do Código de Defesa do Consumidor - CDC, sua ordem pública constitucional de proteção do mais fraco e o princípio da boa-fé devem encontrar aplicação nas relações de consumo, para proteger de forma especial o consumidor, normalmente passivo frente ao profissional/empresário. O princípio da boa-fé é o paradigma de interpretação do novo CC/2002 (art. 113) e protege o vulnerável, assim como combate os abusos originados pelas diferenças objetivas entre o leigo e o profissional, que redige o contrato (e atua) de forma a “utilizar-se” da normal passividade ou “silêncio” do mais fraco, leigo e vulnerável (*ex vi* art. 4º, I, do CDC). Assim, por exemplo, *ex vi lege*, se o consumidor recebe um produto que não pediu e mantém o seu “silêncio”, o Direito positivo brasileiro atual (art. 39 do CDC) não pressupõe que sua passividade importe em aceitação; ao contrário, prevê expressamente a sanção ao fornecedor, por meio da afirmação de que o “produto” (por exemplo, livros) ou o serviço (por exemplo, um cartão de crédito enviado sem requisição específica) deverão ser considerados como “amostra grátis”, logo, gratuitos para o consumidor passivo. Da mesma maneira, a jurisprudência brasileira é bastante enérgica em afirmar que as cláusulas contratuais que consideram o silêncio do consumidor como “aceitação” ou anuência, por exemplo, das modificações impostas pelo fornecedor (empresa) no conteúdo do plano de saúde contratado, nos contratos bancários, de *leasing* em dólar ou de serviços educacionais são abusivas e nulas (art. 51, IV, § 1º, do CDC). O silêncio do vulnerável, frente à atuação do profissional, não pode ser considerado como sua anuência ou aceitação de qualquer proposta ou modificação realizada

1 O próprio Código Civil novo assim impõe: “Art. 113. Os negócios devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

pelo profissional, sendo esta uma vantagem contrária aos ditames da boa-fé, que impõe deveres de conduta do profissional de informar, cooperar e cuidar de seu parceiro contratual mais fraco, o consumidor, como está hoje positivado no CDC, o qual regula as relações de consumo.

Art. 463, parágrafo único: A exigência do parágrafo único do art. 463 do CC/2002 aplica-se somente aos contratos preliminares civis e empresariais, e não aos contratos preliminares de consumo, celebrados entre um consumidor e um fornecedor, que continuam regidos por sua lei especial, Código de Defesa do Consumidor e seu art. 48, a dispensar tal registro de forma a facilitar a defesa dos direitos dos consumidores (ex vi art. 5º, XXXII, da Constituição Federal).

JUSTIFICATIVA

Art. 463, parágrafo único: *O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.*

Como o novo Código não revogou expressa (art. 2.045) ou tacitamente (art. 2.043) o Código de Defesa do Consumidor, que é lei especial para regular as relações de consumo, este encontrará aplicação prevalente (*lex specialis* e lei hierarquicamente superior, pois de origem constitucional; veja art. 48 dos ADCT e art. 5º, XXXII, e art. 170,V, da Constituição Federal) em relação à exigência formal de registro prevista na lei nova. Nas relações de consumo, continua-se aplicando prioritariamente o CDC, cuja jurisprudência já estabeleceu a desnecessidade de tal registro para beneficiar o consumidor. O parágrafo único do art. 463 representaria um retrocesso no Brasil, contrário à idéia de proteção da confiança e da boa-fé (princípio geral do novo Código Civil!) e extremamente prejudicial à rapidez dos negócios de consumo no mercado brasileiro. Seu campo de aplicação são os contratos entre iguais (dois civis ou dois empresários), em que o formalismo do registro pode ser extremamente positivo.

Nas relações de consumo, tal norma encontra-se em dissonância com a atual **evolução do direito brasileiro dos contratos de massa, baseada na boa-fé** na função social dos contratos³, sendo frontalmente contrária à jurisprudência brasileira já pacificada do Superior Tribunal de Justiça (veja Súmulas 76⁴ e 84⁵), prioritariamente refe-

2 O próprio Código Civil novo assim impõe: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

3 O próprio Código Civil novo assim impõe: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

4 SÚMULA Nº 76 do STJ – “A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor”.

5 SÚMULA Nº 84 do STJ – “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”.

rente a contratos preliminares de consumo. A regra atual, no direito positivo, em especial no Código de Defesa do Consumidor e na visão das leis especiais sobre compromisso de compra e venda, que a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem imposto é a de que “o prometido deve ser cumprido” e cria *per se* vínculo exigível (e defendido em ação) contra o profissional que também assinou (e não registrou) o contrato preliminar (art. 30 do Código de Defesa do Consumidor). Assim, mesmo que não haja registro formal (veja art. 48 e 84 do mesmo Código), essa falha formal (do registro) não pode prejudicar o consumidor leigo e, muito menos, ser uma “arma” para que o profissional fornecedor (empresário) possa abusar do direito e liberar-se de um compromisso que assinou com o consumidor e que despertou a confiança dos consumidores. O Código de Defesa do Consumidor deve encontrar aqui aplicação prioritária, mantendo a atual jurisprudência e evitando que o formalismo desnecessário do parágrafo único do art. 463 permita a reedição dos abusos do passado.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, pp. 361 - 373 e 552-559.

Art. 463, parágrafo único: O contrato preliminar comum não precisa ser levado necessariamente ao registro competente.

José Osório de Azevedo Júnior: Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

JUSTIFICATIVA

O parágrafo único do art. 463 do Código Civil determina que o contrato preliminar deve ser levado ao registro competente. Nem todo contrato preliminar, uma vez registrado, faz nascer um registro real. Assim, por exemplo, um contrato preliminar de sociedade, de prestação de fiança ou aval, de locação, de partilha etc.

Parece mais adequado que a providência do registro seja facultativa e não obrigatória, como faz entender o verbo “deverá” constante do referido preceito legal.

Se a parte interessada desejar – para dar maior publicidade ao ato ou por qualquer outro motivo – providenciará o registro. Se não desejar, nada impede que mantenha o contrato sem o registro, o qual continuará a produzir todos os seus naturais efeitos entre os contratantes. Com isso, serão evitados esforços interpretativos e enfraquecimento do contrato sob alegação de falta de registro.

novo Código Civil. Direito das Obrigações. O compromisso de compra e venda deve ser incluído entre os contratos nominados.

JUSTIFICATIVA

O compromisso de compra é um contrato nominado, típico. Ingressou no direito positivo brasileiro em 1937, com o Decreto-Lei n. 58. O fato de às vezes receber a denominação de “promessa” não lhe retira a tipicidade, pois apresenta contornos próprios, bem definidos. Desde aquele longínquo ano é largamente utilizado no comércio jurídico.

Rara é a aquisição imobiliária que não se inicia por um compromisso de compra e venda. Entretanto o novo Código Civil só destinou a ele dois artigos (1.417 e 1.418), ao tratar do *direito real do promitente comprador*.

Melhor seria que o incluísse entre os contratos nominados e definisse seus contornos e efeitos. A realidade indica que haverá, por certo, muitos compromissos que não serão registrados. É preciso regular as suas conseqüências.

A regulação do mero contrato preliminar (arts. 463/466) parece insuficiente para abranger as peculiaridades do compromisso de compra e venda de imóvel.

Arts. 474 e 525: Nas hipóteses dos arts. 474 (eficácia da cláusula resolutiva tácita) e 525 (pressuposto da execução da cláusula de reserva de domínio), a interpelação tanto poderá ser judicial como uma simples interpelação escrita.

JUSTIFICATIVA

Os referidos preceitos assim dispõem:

Art. 474 – A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

Art. 525 – O vendedor somente poderá executar a cláusula de reserva de domínio após constituir o comprador em mora, mediante protesto do título ou interpelação judicial.

Em tempos de desburocratização em geral e em que se busca, particularmente, o descongestionamento da Justiça, não é caso de obrigar as partes a atos cartorários de importância secundária. Com efeito, para dar ciência ao devedor de que o credor vai exigir a prestação, nada mais é necessário do que uma interpelação por escrito. Por que obrigar o credor a se valer de um cartório, ainda que extrajudicial?

Art. 504: Ainda que divisível a coisa, deve o condômino dar preferência aos demais em caso de alienação.

JUSTIFICATIVA

No que diz respeito à preferência dos demais condôminos em caso de venda da parte ideal de algum deles, o novo Código Civil manteve o sistema anterior ao dispor em seu art. 504:

Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência.

Parágrafo único. Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se as partes forem iguais, haverão a parte vendida os comproprietários, que a quiserem, depositando previamente o preço.

Passados mais de 80 anos de vigência do velho Código Civil, o tema continuou controvertido. Por certo porque estava regulado de forma insatisfatória. É compreensível o inconformismo de condôminos que sejam obrigados a conviver com estranhos na coisa comum, sem terem tido a oportunidade de adquirir a parte ideal do parceiro que se retira. Para tanto, basta mudar a expressão “coisa indivisível” constante do texto legal para “coisa indivisa”.

Jurisprudência recente ruma nesse sentido, ou seja, alargando o alcance do texto legal e reconhecendo o direito de preferência, ainda que o bem seja divisível, ou ainda que se trate de cessão de direitos hereditários sobre bens divisíveis, a saber:

Coisa divisível. "O condômino não pode alienar o seu quinhão a terceiro sem prévia comunicação aos demais consortes, a fim de possibilitar a estes o exercício do direito de preferência, tanto por tanto, seja a coisa divisível ou não."

REsp. 71.371-0-SP j. 24.3.97, v.u., r. Cesar Asfor Rocha, Bol. STJ, 09, 13.6.97, p. 16.

Direito civil. Cessão de direitos hereditários. Direito de prelação.

Aplicabilidade do disposto no art. 1.139, CC. Precedentes: REsp 4180-SP e 9934-SP.

- I – Os co-herdeiros, antes de ultimada a partilha, exercem compropriedade sobre os bens que integram o acervo hereditário "pro indiviso", sendo exigível, daquele que pretenda ceder ou alhear seus quinhões, conferir aos demais oportunidade para o exercício de preferência na aquisição, nos moldes do que preceitua o art. 1.139, CC.*
- II – Tal exigência é de inafastável aplicabilidade a todos os casos de cessão de direitos hereditários, de alienação de fração ou cota de herança indivisa, não se havendo que excepcionar situações casuísticas (como, por exemplo, de serem divisíveis os bens que a integram), tendo em vista as vicissitudes próprias do processo de inventário, que podem conduzir a imprevisíveis perplexidade e inconvenientes.*
- III – Em que pese à controvérsia existente no tema, merece ser prestigiado o entendimento segundo o qual a venda e a cessão de direitos hereditários, em se tratando de bem indivisível, se subordinam à regra do art. 1.139 do CC, que reclama seja dada preferência ao condômino co-herdeiro.*
- IV – Em linha de princípio, a orientação legal é no sentido de evitar o ingresso de estranho no condomínio, preservando-o de futuros litígios e inconvenientes.*
- V – A interpretação meramente literal deve ceder passo quando colidente com outros métodos exegéticos de maior robustez e cientificidade.*

Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1088.

Art. 475: A resolução do contrato por inadimplemento importa em que as partes retroajam ao estado anterior, mas a indenização por perdas e danos mencionada no referido artigo depende da imputabilidade da causa resolutiva.

Luiz Renato Ferreira da Silva: Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

JUSTIFICATIVA

Em que pese a leitura do art. 475 poder levar à idéia de que a resolução sempre enseja as perdas e danos, a doutrina tem-se endereçado por reconhecer que a cominação de sanções indenizatórias carece da imputabilidade do inadimplente.

Inegável que a resolução aplica-se tanto aos casos de inadimplemento culposo quanto aos do inadimplemento inimputável. Nestes, reconhecer-se uma indenização afrontaria a regra básica da responsabilidade tanto contratual quanto aquiliana, no sentido de só se carreamos responsabilidades para quem tenha alguma participação no evento. Do contrário, não haveria o nexo de imputação necessário.

Esse nexo de imputação ou bem é a culpa ou o dolo na responsabilidade subjetiva, ou bem é o risco criado na responsabilidade objetiva.

Em se tratando de resolução contratual, a regra a imperar é o nexo estar ligando o inadimplente por um comportamento imputável. Imagine-se a hipótese do art. 478 do novo Código Civil, que prevê a possibilidade de resolução por onerosidade excessiva. Aqui, o fato de o inadimplente não ter dado causa à situação onerosa, sendo-lhe estranha a causa, é essencial para que ele possa alegar a resolução. Em tal hipótese, impossível falar-se em perdas e danos.

A doutrina pátria que trata do assunto tem-se endereçado nesse sentido. Ensina o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr: *Só há indenização pelos danos para o caso de resolução com culpa do devedor. Nas situações em que há perda do interesse do credor por fato não imputável ao devedor, há resolução, mas não a indenização.*¹

Não é diferente o entendimento da doutrina estrangeira que versa o tema. Ensina Vincenzo Roppo: *La parte che ottiene la risoluzione può avere diritto, oltre che alle restituzioni, al risarcimento del danno. Cio accade quando la risoluzione dipende da un fatto del quale controparte debba rispondere, tipicamente dal suo inadempimento: la parte che lo subisce, infatti, 'può...chiedere...la risoluzione del contratto, salvo...il risarcimento del danno' (art. 1453). Il risarcimento si fonda su una responsabilità contrattuale ex artt. 1218 ss., e va calcolato secondo le regole corrispondenti: è risarcimento dell'interesse positivo, e copre danno emergente e lucro cessante.*²

1 “Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)”, AIDE, RJ, 1991, pág. 262.

2 “Il Contratto”, Giuffrè, Milão, 2001. pág. 949.

Considerando que a regra afirma caber a indenização sem fazer ressalva (parecendo induzir mais ao equívoco da presença constante da indenização, se considerada a redação do parágrafo único do art. 1.092 do Código Civil de 1916), parece ser razoável que se deixa explicitada a diferença de pretensão indenizatória e pretensão resolutória.

Aliás, em mais de um momento, o Código (tanto o novo quanto o de 1916) estabelece diferenças entre a pretensão da restituição e a indenização decorrente da culpa, servindo como exemplo a regra do art. 1.103 do Código Civil de 1916, reproduzida no art. 443 do novo Código Civil.

Arts. 317, 421 e 478: A onerosidade excessiva, que pode tornar a prestação desproporcional relativamente ao momento de sua execução, pode dar ensejo tanto à resolução do contrato (Código Civil, 478) quanto ao pedido de revisão de cláusula contratual (Código Civil, 317), mantendo-se o contrato, solução autorizada pelo fato de o juiz aplicar a cláusula geral da função social do contrato (Código Civil, 421).

Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery: Juíza do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo e Professora de Direito Civil da PUC/SP.

Art. 534: No contrato estimatório, o consignante transfere ao consignatário, temporariamente, apenas o poder de disposição da coisa consignada com opção de pagamento do preço de estima ou sua restituição ao final do prazo ajustado.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino: Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

JUSTIFICATIVA

O contrato estimatório, tipificado pelos arts. 534 a 537, representa uma das grandes novidades do novo Código Civil, que abriu a regulamentação legal com a definição do negócio jurídico como sendo aquele pelo qual “o consignante entrega bens móveis ao consignatário, que fica autorizado a vendê-los, pagando àquele o preço ajustado, salvo se preferir, no prazo estabelecido, restituir-lhe a coisa consignada”.

Pode também ser conceituado o contrato estimatório como aquele pelo qual uma pessoa (consignante, outorgante ou *tradens*) entrega bens a outra pessoa (outorgado, consignatário ou *accipiens*) com poder de deles dispor para venda em determinado prazo, pagando o preço estimado ou, facultativamente, restituindo-os.

Essa modalidade de contrato é muito utilizada no comércio de livros com a entrega das mercadorias pelas editoras às livrarias para venda em determinado prazo ou sua restituição. Também é bastante freqüente na venda de quadros e jóias. Eventualmente, aparece no comércio de automóveis usados, quando o proprietário entrega o veículo à loja especializada para venda por determinado preço estimado em determinado prazo.

A nota característica do contrato estimatório, que o diferencia de outros negócios jurídicos assemelhados, está na transferência pelo outorgante ao outorgado do seu poder de disposição sobre a coisa. Embora a propriedade da coisa permaneça nas mãos do consignante, o consignatário recebe não apenas a sua posse, mas também o poder de disposição, ou seja, pode dispor livremente da coisa recebida. Tal poder é amplo, tendo o consignatário liberdade para efetuar a venda por preço superior, igual ou inferior ao estimado e tendo também a possibilidade de ficar com a coisa para si ou de devolvê-la no final do prazo ajustado.

O consignante não pode dispor da coisa antes da restituição (art. 537) exatamente por ter transferido, temporariamente, esse poder ao consignatário. Entretanto, como os demais poderes inerentes ao domínio continuaram com o consignante, não poderão os credores do consignatário penhorar ou seqüestrar a coisa consignada (art. 536).

Art. 557: O novo Código Civil estabeleceu um novo sistema para revogação da doação por ingratidão, pois o rol legal previsto pelo citado artigo deixou de ser taxativo, passando a adotar o método exemplificativo.

JUSTIFICATIVA

A definição jurídica de ingratidão, extraída do art. 557 do novo Código, estabeleceu significativas alterações em relação à regra do art. 1.183 do Código de 1916. A noção jurídica continua sendo mais restrita que o conceito moral ou a noção popular de ingratidão. O conceito moral de ingratidão repousa no dever moral do donatário de ser grato em relação à pessoa que praticou em seu favor um ato de liberalidade. A noção popular de ingratidão é a do indivíduo mal agradecido, que não reconhece os benefícios recebidos de outrem, como a pessoa que, após receber uma ajuda financeira de outra, passa pela rua e não a cumprimenta.

O conceito jurídico, entretanto, esculpido pelo art. 557 do novo Código, prossegue sendo mais restrito, considerando-se ingratidão uma manifestação concreta do donatário de despreço pelo doador consubstanciada em fatos objetivos, consoante aqueles expressamente previstos no Código Civil (atentado contra a vida ou a integridade física do doador ou seu familiar próximo; ofensas à honra; recusa de alimentos).

No Código Civil novo, a diferença é que o conceito de ingratidão deixou de ser taxativo, como ocorria com o art. 1.183 do Código anterior, passando a ser exemplificativo. Na vigência do Código Civil de 1916, a doutrina era pacífica no sentido de que o elenco legal era taxativo (Agostinho Alvim, *Da Doação*, p. 275), entendendo-se que a enumeração dos casos de revogação por ingratidão fora feito *numerus clausus* pelo legislador.

Efetivamente, o *caput* do art. 1.183 dizia expressamente: “Só se podem revogar por ingratidão as doações...”. Assim, não havia espaço para maior discussão em torno do caráter taxativo, em face da clara adoção pelo legislador do método casuístico.

O novo Código Civil procedeu a uma significativa alteração na redação do *caput* do art. 557 ao estatuir: “Podem ser revogadas por ingratidão as doações...”. A aparentemente singela mudança operada na redação do texto legal, suprimindo-se apenas as duas primeiras palavras (“só se...”) alterou de modo substancial a natureza do rol das causas de revogação da doação por ingratidão. O rol legal deixou de ser taxativo, abandonando-se o método casuístico e passando-se para o exemplificativo.

Karl Engisch (*Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6ª ed. Lisboa: Fundação Calousete Gulbenkian, 1983, p. 231) lembra que o método exemplificativo representa uma combinação entre a casuística (enumeração taxativa) e as cláusulas gerais (conceitos abertos). Assim, passou a ser admissível a revogação da doação por outros casos não previstos expressamente na lei, desde que se mostrem graves e configurem ingratidão. Por exemplo, um furto praticado pelo donatário contra o doador configura um modo de ingratidão, apesar de não se enquadrar em nenhuma das hipóteses do art.

557 do novo Código. No sistema do Código de 16, a doação seria irrevogável.; agora, poderá ser revogada, pois o rol legal passou a ser exemplificativo.

Note-se que o legislador buscou ampliar as hipóteses de ingratidão, passando a admitir a revogação da doação por fatos ofensivos a parentes próximos do doador (art. 558 do novo CC), além de estender a legitimidade ativa aos herdeiros na hipótese de homicídio do doador (art. 561). Essas modificações têm explicação histórica. O sistema fechado adotado pelo Código Civil de 1916, de estabelecer um rol taxativo de fatos caracterizadores de ingratidão, era objeto de contundente crítica doutrinária.

O próprio Agostinho Alvim (op. cit., p. 274), responsável pela redação da parte do projeto de Código Civil referente ao Livro das Obrigações, em sua obra específica acerca do contrato de doação, deixou expresso o seu desagrado com a opção feita pelo Código Civil de 1916 acerca do tema, chegando a manifestar a sua preferência pela pura e simples abolição da possibilidade de revogação por ingratidão, conforme previsto no Esboço de Teixeira de Freitas. Preconizou, alternativamente, a adoção de um modelo aberto semelhante ao estatuído pelo Código Civil alemão (BGB), que, em seu § 530, adota uma cláusula geral de ingratidão, atribuindo ao juiz, no exame do caso concreto, a verificação da ocorrência de ato que a caracterize: "A doação pode ser revogada quando o donatário se torne culpado por falta grave contra o doador, ou um de seus parentes próximos, de uma grande ingratidão. O herdeiro do doador não tem o direito de revogação a não ser no caso em que o donatário tenha, intencionalmente ou ilegalmente, causado a morte do doador, ou o tenha impedido de revogar a doação."

Ao elaborar a sua parte no projeto que redundou no novo Código, Agostinho Alvim promoveu as alterações indicadas, que, ampliando as hipóteses para sua caracterização, forjaram um novo conceito de ingratidão. Não se chegou ao extremo do modelo alemão de adoção pura e simples de uma cláusula geral de ingratidão, em que pese a simpatia do legislador de nosso novo Código pelos modelos abertos.

Entretanto, avançou-se em relação ao modelo fechado do método casuístico do art. 1.183 do Código Civil de 1916, podendo-se identificar, a partir das hipóteses estatuídas pelo art. 557, outros casos de ingratidão além daqueles previstos no texto legal.

O importante é que esses fatos devem ser objetivos e graves, guardando correlação com as quatro hipóteses expressamente previstas pelo novo Código como caracterizadoras da ingratidão (homicídio doloso, lesões corporais dolosas, ofensas à honra e recusa de alimentos).

Arts. 406 e 591: No novo Código Civil, os contratos de mútuo em geral, destinados a fins econômicos, presumem-se onerosos (art. 591), ficando a taxa de juros limitada ao disposto no art. 406 com capitalização anual.

JUSTIFICATIVA

A regra do art. 591 do novo Código Civil, que altera substancialmente o

conteúdo da norma correspondente do art. 1.262 do Código Civil de 1916, estabelece como regra que o mútuo para fins econômicos presume-se oneroso. A explicação está na unificação das obrigações civis e comerciais levada a efeito pelo novo Código Civil, revogando toda a primeira parte do Código Comercial de 1850, inclusive os arts. de 247 a 254, que versam acerca do mútuo e dos juros mercantis.

Assim, o mútuo mercantil passou a ser regulado pelas normas dos arts. 586 a 592 do novo Código Civil, inclusive, naturalmente, a permissão de cobrança de juros. O legislador, corretamente, estabeleceu, como regra ampla, que todo o contrato de mútuo destinado a fins econômicos presume-se oneroso, havendo incidência de juros.

Por exceção, o mútuo civil clássico, como contrato benéfico, não sofrerá a incidência de juros. Isso somente ocorrerá naqueles contratos de mútuo em que claramente não esteja o intuito de lucro do mutante.

Houve, assim, significativa mudança em relação ao disposto no art. 1.262 do Código Civil de 1916, em que a presunção era de que o mútuo fosse gratuito, embora permitisse a incidência de juros, desde que pactuados de modo expresso no contrato.

A regra do art. 591 apresenta-se como uma daquelas com maior importância prática do novo Código e, com certeza, das mais polêmicas. Exatamente por isso deveria ter sido redigida com maior clareza para evitar as controvérsias que certamente florescerão na doutrina e na jurisprudência acerca da extensão do âmbito de incidência do controle das taxas de juros.

O legislador, porém, foi além, estabelecendo limitações para a cobrança de juros nos contratos de mútuo em geral. Limitou a taxa de juros ao estipulado no art. 406 do novo Código e estabeleceu sua capitalização como anual. Esse novo mecanismo de controle dos juros revoga parcialmente a Lei de Usura (Decreto nº 22.626, de 7/4/1933), passando a regular os contratos de mútuo em geral.

A grande polêmica será a sua incidência em relação aos negócios jurídicos celebrados por instituições financeiras. A forma flexível como foi redigida a regra do art. 591 do novo Código permite inferir que poderá incidir também sobre os contratos financeiros.

Finalmente, poder-se-á argumentar a sua inconstitucionalidade frente ao art. 192, § 3º, da Constituição Federal de 1988, que limita os juros reais em 12% ao ano. Na realidade, parece ser o art. 591 a regulamentação desse dispositivo constitucional.

Art. 944: A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida pelo parágrafo único do referido artigo, deve ser interpretada restritivamente por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano.

JUSTIFICATIVA

A regra no Direito brasileiro continua sendo o princípio da reparação integral

do dano, que restou consagrado pelo *caput* do art. 944 do novo Código Civil: "A indenização mede-se pela extensão do dano." Por isso, a norma do parágrafo único desse artigo, que abre uma perigosa exceção a esse princípio, deve ser interpretada restritivamente.

Diz o parágrafo único do art. 944 do novo CC: *Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.*

Trata-se de regra excepcional que deve, por isso, ser interpretada restritivamente. Sua aplicação é restrita aos casos de responsabilidade subjetiva (art. 186 do novo CC). Não se aplica às hipóteses de responsabilidade objetiva previstas no novo Código ou em leis especiais, pois, nas demandas correspondentes, não há discussão acerca da culpa do agente.

Na responsabilidade objetiva, o agente responde pelos danos causados à vítima independentemente da ocorrência de culpa. Fazem exemplo os casos de responsabilidade objetiva consagrados pelo novo Código Civil. Constituem também exemplos a responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º, da CF) e a responsabilidade civil do fornecedor (artigos 12 e 14 do CDC).

Não se justifica, nessas hipóteses, que se introduza, para efeito de quantificação da indenização correspondente ao dano, uma nova polêmica em tomo do elemento subjetivo que teria norteadado a conduta do agente (culpa). Além disso, há um argumento de ordem prática. Se não houver uma limitação à incidência da regra do parágrafo único em comento, será ela invocada em todas as ações de indenização. Por isso impõe-se a conclusão de que a interpretação dessa norma deve ser feita de modo restritivo como exceção à regra geral, que é o princípio da reparação integral do dano.

Arts. 710 e 721: Representante Comercial ou Agente. Suprimir os referidos artigos, ou, quando não, alterar o título do capítulo e substituir, nos textos correspondentes deles, o nome “Agência e Distribuição” por Representação Comercial.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto: Professor Titular da Universidade Federal do Paraná.

JUSTIFICATIVA

A representação comercial veio a ter seu regime jurídico alterado pela Lei nº 8.420, de 1992, depois, portanto, de o Código Civil ter sido aprovado pela Câmara dos Deputados. Nessa alteração, várias conquistas foram obtidas pela categoria. Nenhuma delas está estampada no texto do Código Civil. Não faz sentido que se regule um pouco da representação e se deixe o resto para a lei especial. É melhor manter a lei tal como ela está, para evitar as confusões que irão decorrer da interpretação. Afinal, a referida lei retrata, mais do que o novo Código Civil, o quadro atual dos representantes comerciais no Brasil.

O Código não regula quase nenhum contrato interempresarial, pois não trata da franquia, da concessão mercantil, da ‘faturização’ e de tantos outros. A própria representação não está nele tratada por inteiro.

Há, contudo, uma questão mais séria. A troca do nome “representação comercial”, consagrado há precisos 37 anos no direito interno brasileiro, por “agência” não se justifica, a não ser por uma homenagem à fonte inspiradora, que é o Código Civil italiano de 1942. No Brasil, o termo agência tem outros significados (agência de viagem, agência reguladora etc.). Por que alterar o nome de um contrato já enraizado na tradição jurídica brasileira? O mais grave, ainda, é que se reputa modalidade de representação a distribuição, definida como aquela em que o agente fica com a coisa a ser negociada em seu poder. Ora, isso tem o nome de consignação.

Designar-se de distribuição a representação comercial com consignação trará fatalmente uma brutal confusão entre essa figura contratual e a dos atuais assim denominados contratos de distribuição (de bebidas, de fornecimento, de derivados do petróleo e assim por diante), em que há aquisição para revenda de produtos, ou seja, haverá confusão entre figuras totalmente distintas pelo fato da brusca alteração, certamente não pretendida pelos que atuam nesses negócios.

Art. 768: Contrato de seguro. Agravação do risco. Julgamento por equidade. Incluir o seguinte parágrafo único ao mencionado artigo.

Parágrafo único - No aplicar da pena do art. 768, procederá o juiz com equidade, atentando nas circunstâncias reais e não em probabilidades infundadas quanto à agravação dos riscos.

Munir Karam: Juiz do Tribunal de Alçada do Paraná e Professor da Universidade Federal do Paraná.

JUSTIFICATIVA

O novo Código Civil, lamentavelmente, exclui um dos mais belos preceitos do Código Civil de 1916: o de permitir ao juiz proceder com equidade ao apreciar a agravação do risco por parte do segurado.

Propõe-se que este preceito seja restabelecido mediante o acréscimo de um parágrafo ao art. 768 que reproduza o inteiro teor do art. 1.456 do Código Civil de 1916.

Como bem preleciona Clóvis Beviláqua, em se tratando de responsabilidade, seja qual for a hipótese, *jámais pode a sentença fundar-se em probabilidades infundadas*. O que se apura desse dispositivo é que, no contrato, domina a equidade porque é de sua essência a boa-fé-, por isso o juiz aprecia os fatos equitativamente (Código Civil, vol. 5, pág. 165 - Rio: Liv. Freitas Bastos, 1957).

Tal dispositivo estaria em consonância com o critério de **eticidade**, que junto com a *sociabilidade* e a *operacionalidade* constituem o tripé sob o qual se pretende assentar o novo diploma legal.

A *equidade* está inserida no âmbito da eticidade, juntamente com outros princípios, como os de boa-fé, probidade, finalidade social do direito, equivalência das prestações etc. A sua introdução seria ponto de equilíbrio na relação contratual, além de atender o espírito da nova codificação.

Art. 781: Contrato de seguro. Valor determinado. Opção ao segurado. Alterar a redação do referido artigo para:

Havendo perda total do bem segurado, a indenização será paga pelo valor determinado na apólice, ou pelo valor do interesse no momento do sinistro, como as partes o convencionarem, sendo que, em hipótese alguma, ultrapassará o limite máximo da garantia contratada, salvo mora do segurador.

Munir Karam: Juiz do Tribunal de Alçada do Paraná e Professor da Universidade Federal do Paraná.

JUSTIFICATIVA

O Código Civil de 1916, em seu art. 1.462, consagrava o princípio do **valor determinado**, dispondo que, quando o seguro se fizesse por esse valor, por ele ficaria o segurador obrigado a pagar o valor da indenização.

As seguradoras, porém, introduziram o chamado **valor de mercado**, sempre abaixo do valor constante na apólice, pela desvalorização com o uso do bem. Embora tivessem recebido o prêmio pelo valor determinado, pagavam a indenização abaixo do que constava na apólice.

Houve recursos aos tribunais, firmando-se jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de prevalecer o valor ajustado na apólice (REsp n. 176.890 / MG, rel. Min. Waldemar Zveiter; REsp n. 208.605 / SC, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp n. 63.543, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, dentre outros). As seguradoras, então, modificaram os seus planos, passando a admitir as duas modalidades, tomando como base valor de mercado apurado por instituição idônea.

Pois bem, vem agora o novo Código Civil a regular a espécie na contramão da situação existente, fazendo prevalecer, em seu art. 781, apenas o chamado valor de mercado. Dispõe o referido dispositivo legal que **“a indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador”** (grifo nosso).

Significa dizer que, se faço o seguro pelo valor de R\$ 10.000,00 mas, na data do sinistro, ele estiver valendo R\$ 8.000,00, receberei a indenização com 20% de desvalorização. Ao contrário, se, na data do sinistro, o bem estiver valendo R\$ 12.000,00, receberei apenas R\$ 10.000,00, porque a indenização não pode ultrapassar o *limite máximo da garantia fixado na apólice*.

O dispositivo confronta-se diretamente com os princípios protetivos das relações de consumo, especialmente o equilíbrio recíproco entre as prestações e a vedação do enriquecimento sem causa, já que o prêmio foi pago em relação ao limite máximo da garantia fixado na apólice (indenização total).

É importante também que o dispositivo seja adequado à realidade do mercado.

Art. 884: A expressão “se enriquecer à custa de outrem”, que compõe o suporte fático do enriquecimento sem causa, segundo o mencionado artigo, não significa que só haverá enriquecimento sem causa quando houver diminuição patrimonial daquele à custa de quem se enriqueceu; é admitido, portanto, o enriquecimento por intromissão em direito ou bem alheio.

Cláudio Fortunato Michelin Júnior: Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

JUSTIFICATIVA

A maioria da doutrina e da jurisprudência comparadas consideram que o “empobrecimento” de alguém é requisito indispensável para que esse alguém tenha direito ao enriquecimento sem causa (juntamente com o “empobrecimento”, a doutrina aponta o enriquecimento, a ausência de causa jurídica, a correspondência fática entre empobrecimento e enriquecimento e a inexistência de outro remédio apropriado **com o requisitos fundamentais para o surgimento de um direito à restituição**).

Todavia, após vacilação inicial, a doutrina nacional e comparada chegou à conclusão de que o empobrecimento, compreendido seja como uma diminuição patrimonial, seja como uma barreira a um ganho esperado, não seria sempre requisito necessário para que se configurasse o enriquecimento sem causa.

Com isso, tornou-se possível incluir, nos casos de enriquecimento sem causa, o chamado enriquecimento por intromissão, em que o locupletamento decorre da utilização de bem ou direito de outrem que, embora não gere diminuição patrimonial, gera enriquecimento para outra parte.²

Assim, a utilização de terreno baldio como depósito de materiais para a construção não provoca necessariamente diminuição no patrimônio do proprietário, nem em seu sentido positivo (o valor do patrimônio não diminui), nem em seu sentido negativo (se, por exemplo, fica comprovado que o proprietário não procurou utilizar o terreno para aumentar o seu patrimônio no período de intromissão).

Por essa razão, em vez de falar-se de “empobrecimento”, talvez fosse me-

1 Um inventário dos requisitos na doutrina e jurisprudência brasileira, portuguesa e francesa foi elaborado por Almeida, L. P. Moitinho de. *Enriquecimento sem causa* 3a. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 50-51.

2 O enriquecimento por intromissão (o “*eingriffserwerb*” dos autores alemães) é admitido na maior parte dos sistemas jurídicos continentais. Assim, tanto pela jurisprudência (vide sentença do Superior Tribunal de Justiça de 23-3-1999, publicada no B.M.J. 485, p. 396) quanto pela doutrina portuguesa (entre muitos outros, Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral vol. 17a*. ed. Coimbra: Almedina, 1991, pp. 490-491) pela jurisprudência francesa (citada por Moitinho de Almeida em sua já citada obra à p. 62) e pelo direito espanhol, com as ressalvas que lhe faz Xabier Basozabal Arrue em seu *Enriquecimiento injustificado por intromision en derecho ajeno* Madrid: Civitas, 1998, *passim*.

lhor designar esse requisito “suporte” no patrimônio ou na pessoa de outrem. Ainda que seja mantido o termo “empobrecimento” para designar o requisito, é de cardinal importância que “empobrecimento” não seja concebido como diminuição positiva ou negativa de patrimônio.³

A razão que subjaz a essa interpretação mais abrangente da expressão “à custa de outrem” é o próprio fundamento do instituto do enriquecimento sem causa, a saber, o princípio da conservação estática dos patrimônios.⁴

3 Agostinho Alvim opina que ou bem o empobrecimento poderia por vezes faltar, ou bem seria necessário dar à expressão “empobrecimento” significado diferente do que possui na teoria do patrimônio de *Do Enriquecimento sem Causa* Revista Forense vol. 173 (fascículos 651-652), setembro/outubro de 1957, p. 58.

4 José G. do Valle Ferreira, em seu clássico *Enriquecimento sem causa* (Belo Horizonte: Livraria Oscar Nicolau, s/d, pp. 48 e ss.) inventaria as opiniões de vários defensores da teoria patrimonial que, com ligeiras correções para incluir no patrimônio os seus frutos, parece ser a melhor teoria disponível sobre o fundamento último do enriquecimento sem causa.

Art. 886: Tal artigo, que versa sobre a subsidiariedade do direito à restituição pelo enriquecimento sem causa, não exclui o direito à restituição do enriquecimento nem nos casos em que os meios alternativos conferidos ao lesado para se ressarcir do prejuízo encontrarem obstáculos de fato que impeçam a eliminação do enriquecimento, nem nos casos em que os meios alternativos conferidos ao lesado não forem suficientes para desfazer a totalidade do enriquecimento.

Cláudio Fortunato Michelin Júnior: Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

JUSTIFICATIVA

Há, no Direito comparado, duas formas rivais de conceber a subsidiariedade do direito à restituição por enriquecimento. Em primeiro lugar, pode ser concebida abstratamente, ao estilo da interpretação dada pela doutrina e jurisprudência italianas ao art. 2.042 do Código Civil italiano. *Subsidiarietà* significa que haverá direito à restituição por enriquecimento injustificado somente quando não houver previsão no ordenamento de outro remédio jurídico apto e princípio a sanar o enriquecimento ocorrido no caso concreto. Assim, se o locatário contrata um pedreiro para melhorar a cozinha e o banheiro e não paga pelo serviço, o pedreiro não pode, em nenhuma hipótese, pedir a restituição do enriquecimento indevido ao proprietário, porque há um remédio jurídico contra o locatário para ver seu crédito satisfeito.¹

Em segundo lugar, a regra de subsidiariedade pode determinar, como na França, que a existência de outro remédio jurídico previsto abstratamente no ordenamento para sanar o enriquecimento ocorrido no caso concreto não é suficiente: remédio abstratamente previsto deve ser suficiente no caso concreto para desfazer o enriquecimento. Assim, nos casos nos quais fosse inócua a existência de outro direito, como no caso de insolvência do devedor e nos quais o enriquecido não seja o próprio devedor, caberia ação de locupletamento contra o enriquecido. No exemplo anterior, caberia a ação de locupletamento do construtor contra o proprietário, em caso de insolvência do locatário, de seu desaparecimento, ou no caso de ocorrer outra situação fática relevante.

Convém lembrar que o princípio adotado pela *Cour de Cassation*² francesa exclui os obstáculos jurídicos (como a prescrição ou a usucapião) como obstáculos que justificariam a aplicação subsidiária do enriquecimento sem causa. Somente a inexistência de outros remédios jurídicos ou a existência de obstáculos de fato aos

1 Schrage, Eltjo *Restitution in the new Dutch Civil Code* in Paul W. L. Russell (ed.) *Unjustified Enrichment: a comparative study of the law of restitution* Amsterdam: VU University Press, 1996, p. 40.

2 Loussouarn, *Revue Trimestrielle du Droit Civil* (1971), p. 842.

remédios jurídicos existentes poderiam ensejar um direito à restituição do enriquecimento sem causa.

Fica imediatamente claro que a primeira concepção de subsidiariedade é menos abrangente do que a segunda, restringindo muito os casos de aplicação do enriquecimento sem causa como fonte autônoma de obrigações.

A melhor interpretação do art. 886 é a que exclui o direito ao enriquecimento somente naqueles casos em que há um remédio jurídico que não encontra obstáculos de fato e que é capaz de instrumentalizar a restituição. Essa conclusão deflui dos princípios estruturantes do novo Código Civil, notadamente a noção de 'eticidade' nas relações civis.

A noção de equilíbrio foi, desde Aristóteles³ até o início da modernidade, o fundamento último do direito privado. Com a modernidade, veio a ascensão do voluntarismo no âmbito das relações privadas. O fundamento dos deveres nas relações privadas passou a ser, a partir de então, não a noção de equilíbrio, mas a vontade do indivíduo.

O novo Código rejeita o voluntarismo novecentista e restabelece a noção de equilíbrio como um dos princípios subjacentes do direito privado. Essa preocupação com o equilíbrio pode ser constatada não apenas nas declaradas intenções dos elaboradores do projeto⁴, mas nos diversos dispositivos que consagram salvaguardas ao equilíbrio nos negócios jurídicos em geral (v.g. a inserção do instituto da lesão no art. 157), nas regras gerais sobre o adimplemento (arts. 317), nos contratos em geral (arts. 478 e ss) e mesmo na responsabilidade civil (art. 944), entre outros.

O enriquecimento sem causa é, portanto, além de fonte autônoma de obrigação, expressão de um dos princípios fundantes do direito civil, inspirando regras não apenas no campo das obrigações mas também regras distribuídas em outros campos do direito civil, como é o caso das regras sobre aluvião e sobre a especificação.

Em sua função específica de fonte de obrigações, o enriquecimento sem causa é o suporte fático responsável pela correção residual de todas as insuficiências da regulamentação específica que procura eliminar situações de desequilíbrio. Essa sua natureza fundante do direito civil é razão suficiente para adotar a concepção de subsidiariedade que seja mais apta a resolver situações concretas de desequilíbrio, não bastando, para afastar o princípio geral, a previsão abstrata de um remédio faticamente inútil para desfazer o enriquecimento.

3 Na ética nicomaquéia, Aristóteles define a justiça corretiva, cujo âmbito de aplicação é o das relações privadas, como "o meio ~~entre o maior e o menor~~" (*Ética à Nicômaco*, 32a).

4 Miguel Reale apontou como uma diretriz orientadora da Comissão na elaboração do novo CC a diretriz da "eticidade" (*Visão Geral do novo Código Civil in novo Código Civil Brasileiro* 2a. ed. São Paulo: RT, 2001, p. XII). Judith Martins-Costa identifica dentro dessa diretriz um mandamento de equidade que manda privilegiar o equilíbrio entre as partes (*O novo Código Civil Brasileiro: em busca de uma "Ética da Situação"* in *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 139-141).

Há, todavia, uma segunda razão, ainda mais forte, para preferir a interpretação sugerida no enunciado. O novo Código é estruturado em torno da noção de que a regra jurídica deve estar aberta aos ditames da realidade. A regra jurídica não existe fora de sua concretização histórica. A maior expressão disso são as várias cláusulas gerais que podem ser encontradas no novo Código (o art. 884 é apenas uma delas).

Se o novo Código tanto se esforçou para vencer o paradigma formalista, não faria sentido, dentro de seu espírito, defender que remédios abstratamente previstos na norma, mas ineficazes para desfazer o enriquecimento sem causa no caso concreto, possam afastar a aplicabilidade do art. 884, que teria o condão simplesmente de eliminar um tal enriquecimento, gerando uma obrigação de restituir o indevidamente auferido.

Por essas mesmas razões, quando os remédios disponíveis não forem suficientes para eliminar o enriquecimento, há dois direitos cumuláveis, a saber, o direito específico e o direito à restituição no que diz respeito ao valor residual. Isso é especialmente importante nos casos em que as regras de responsabilidade civil determinarem uma indenização menor do que o enriquecimento havido pelo responsável civilmente (seja porque o dano foi menor do que o enriquecimento, como nos casos de enriquecimento por intromissão, seja nos casos em que a indenização é menor do que o dano (como no caso da redução proporcional ao grau de culpa art. 944, parágrafo único).⁵

4 Antunes Varela. *Das Obrigações em Geral*. vol. I 7a. ed. Coimbra: Almedina, 1991, pp. 490-491.

Arts. 884 a 886: Do enriquecimento sem causa. Fonte expressa e subsidiária de obrigação nos termos dos arts. 884 a 886 do Código Civil brasileiro. Análise sistemática dos dispositivos legais que alteram a concepção abstrata dos negócios jurídicos. Influência de tal alteração na previsão do enriquecimento sem causa.

Ana Rita Vieira Albuquerque: Defensora Pública no Rio de Janeiro.

JUSTIFICATIVA

A inexistência, até a edição do novo Código Civil, de um texto especial no Código Civil brasileiro de 1916 diante da posição de Clóvis Beviláqua relativa à impossibilidade e à desnecessidade da regulação expressa do enriquecimento sem causa começou a ser questionada com os argumentos de Orosimbo Nonato e de Carvalho de Mendonça. Os críticos do instituto não o reconhecem como um instituto de regulamentação autônoma, pois dotado de alto grau de abstração, além de estar contemplado em institutos específicos, podendo o exegeta recorrer à teoria das nulidades ou outros institutos, como o da responsabilidade civil.

Não obstante a existência de corrente contrária à expressa disposição legal do princípio, Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, encarregados da elaboração do anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, inseriram um dispositivo regulando o enriquecimento sem causa. Em 1965, Caio Mário da Silva Pereira também dedicou a ele um capítulo específico em seu Projeto de Código de Obrigações. Em 1972, Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro consignaram, no anteprojeto do Código Civil, o enriquecimento sem causa.

O Código Civil brasileiro de 2002 consagrou a tese da possibilidade da autonomia dogmática do enriquecimento sem causa, embora consagrados autores já o concebessem como princípio geral de Direito, ainda que não constasse expressamente da lei.¹ A dificuldade em face do nosso Direito se coloca, não obstante, em um primei-

1 ALVIM, Agostinho. *Do Enriquecimento sem causa*. Revista Forense, vol. 173.p. 17., 1957. “Efetivamente, ainda quando não conste da lei, de modo expresse e genérico, aquela condenação tem sempre lugar importante, como fonte de obrigação, nos sistemas dos países adiantados, donde ser um princípio geral de Direito.” No mesmo sentido NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Enriquecimento sem causa - Aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 55-III, Lisboa, 1995, p. 841: “Retrospectivamente, conclui-se que o enriquecimento sem causa vem sendo concebido, doutrinária e jurisprudencialmente, como um princípio implícito no sistema normativo. Como tal poderíamos dizer que é ele um daqueles princípios que conferem ao ordenamento um *nexo de sentido*, na expressão de Larenz, ou, como refere Reale, indispensável à *unidade axiológica* do ordenamento. A qualificação do enriquecimento sem causa como um princípio, por si só, já é indicativa da amplitude que se lhe pretende dar. Os princípios, sejam eles implícitos ou explícitos, são assim reconhecidos como entidades normativas superiores às normas não principiológicas.”

ro plano, pela própria concepção 'anticausalista' do nosso sistema de obrigações, que, seguindo em parte o direito germânico, não inclui a causa como elemento constitutivo do negócio jurídico, portanto não tem ela uma função essencial dentro do negócio, não produzindo a sua nulidade, mas apenas repercutindo em seus efeitos.

Diante da abstração da relação contratual no sistema germânico, ao contrário do sistema francês, que classifica como causal o negócio jurídico, assumiu o problema do enriquecimento sem causa, naquele direito, aspecto da mais alta relevância principalmente no campo processual, em que o empobrecido deve provar a falta de causa, pois a sua existência é presumida até prova em contrário. Já no sistema francês, que adotou a teoria 'causalista', a causa constitui elemento do negócio jurídico e integra-se na declaração de vontade, sendo a sua falta passível de ação de nulidade. Neste sistema, o enriquecimento sem causa é tido como um princípio implícito do ordenamento, sendo de relevar que a falta de texto expresso não tem obstado o seu reconhecimento pela doutrina e jurisprudência.

Como salienta Agostinho Alvim, em face do nosso Direito, a causa tomada como motivo determinante do ato não exerce nenhuma influência no ato jurídico, exceto na hipótese prevista no art. 90 do Código de 1916: "Só vicia o ato a falsa causa quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição."

Sabemos que, além do sentido de motivo determinante do ato, pode a causa compreender o sentido de causa final, ou o fim imediato que as partes têm em vista. Ou seja: a causa sempre existe nos negócios jurídicos, ainda que naqueles abstratos ou formais como a letra de câmbio, se tomada na acepção de contraprestação. O que varia é que, dependendo de sua acepção, ela pode se manter apenas oculta no negócio jurídico.

A regulação expressa do enriquecimento sem causa não alterou, contudo, a concepção adotada pelo direito brasileiro do negócio jurídico abstrato em negócio jurídico causal, porquanto, em face da teoria do enriquecimento, a causa assume a acepção de contraprestação, conforme define a doutrina clássica francesa. Tomemos as lições de Agostinho Alvim: "Causa, portanto, é aquilo que pode explicar o enriquecimento; é a contrapartida. Se não há causa, ou se a causa não é justa, o enriquecimento está condenado."²

Em que pese à diferenciação exposta por eminentes doutrinadores como Leite de Campos do conceito de causa como elemento do negócio jurídico e como elemento do princípio do enriquecimento injustificado, temos que hoje, diante da importância da causa como elemento de validade do negócio jurídico, sendo esta injusta, há de se compor o enriquecimento daí obtido, confundindo-se ambos os conceitos. A causa como elemento que empresta, portanto, o sentido de equidade ao enriquecimento, deve estar presente no negócio jurídico.

2 ALVIM, Agostinho. Ob. cit. p. 61.

Assim sendo, diante da análise sistemática dos dispositivos constantes do novo Código Civil, podemos vislumbrar que a *causa* erige-se em requisito de validade e essencial do negócio jurídico, assumindo um sentido objetivo e não mais subjetivo, “conceituando-se como a função econômico-social do negócio, que o direito reconhece como relevante para seus fins.”³

Com a passagem da importância da *causa* da vontade interna para o negócio jurídico, com as implicações previstas no art. 166, incisos III e IV, do novo Código Civil, pode-se concluir que a previsão expressa do enriquecimento sem causa como fonte de obrigação encontra-se dentro da sistematicidade proposta, ou seja, insere-se dentro da relevância do aspecto funcional do contrato como integrante do conceito de causa. Além, vem efetivar explicitamente o seu papel de princípio geral de direito já há muito consagrado no ordenamento jurídico, ainda que implicitamente.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

ALMEIDA, L. P. Moitinho de. *Enriquecimento sem causa*. Coimbra, Almedina, 2000.

3 AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*, p. 407.

Arts. 887 a 903: Títulos de crédito. Suprimir os mencionados artigos do novo Código Civil.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto: Professor Titular da Universidade Federal do Paraná.

JUSTIFICATIVA

Essas disposições confrontam com a Lei Uniforme de Genebra. Não há necessidade de alterar os critérios para aplicação a outros eventuais títulos de crédito a serem criados, pois as cambiais têm legislação própria e os demais títulos cambiariformes, segundo as respectivas disposições, reportam-se à lei cambial para suprir eventuais lacunas da lei de regência.

Não me parece nada conveniente a criação de um novo regime jurídico para conviver com o já existente em matéria de títulos de crédito.

Responsabilidade pessoal de membros do Ministério Público por atos praticados no exercício da função

Mário Sérgio de Albuquerque Schimer: Professor da Universidade Estadual de Maringá.

As funções do Ministério Público ampliaram-se bastante nos últimos tempos, destacando-se que lhe foram conferidas diversas atribuições com potencial de transformação social. Esses novos misteres exigiram uma mudança de perfil da instituição e de seus membros, que foram obrigados a ter uma atuação mais ativa, incompatível com uma postura descompromissada e equidistante em relação às demandas que ajuízam. Porém, ao mudar seu foco de atuação, o Ministério Público passou a atingir interesses dos poderosos, até então longe da ação da Justiça, o que gerou reação por parte de pessoas que desejam fazer tudo voltar a ser como antes. Entre os instrumentos dessa reação, verifica-se a propositura de ações de responsabilidade civil contra membros da instituição em razão de atos praticados no exercício de suas funções.

Diante de tal conjuntura, percebe-se a necessidade de ser estudada a responsabilização civil de membros do Ministério Público por atos praticados no exercício das funções institucionais, para que sejam definidos e delimitados os contornos jurídicos desse instituto.

Seja qual for o tema jurídico tratado, seu estudo, por evidente, deve iniciar pela análise das normas constitucionais.¹ O art. 37, § 6º, da Constituição regula a responsabilidade civil do Estado por atos praticados por seus agentes, quando agem nessa qualidade. A norma aplica-se a todos os agentes públicos, não só porque a Carta Magna não discrimina expressamente, mas também porque o dispositivo constitucional utiliza a expressão agente.² Então, tal preceito aplica-se, também, aos membros do

1 Neste sentido: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 384; DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p. 222.

2 Na linguagem técnica, a expressão agentes públicos quer significar todo aquele que exerce, permanente ou transitoriamente, função pública, independente do tipo de vínculo que o liga à entidade estatal, sejam agentes políticos, servidores públicos ou particulares em colaboração com o Estado (nesse sentido: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: RT, 1990, p. 6, bem como em *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1997, p. 149. CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 71-72 e *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 453, 454 e 455. DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1990, p. 14. PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. *Direito Administrativo*. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 1996, p. 353. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 1994, p. 361-362. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 69 e 374. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 578). Ressalte-se que não se está ignorando que, na interpretação constitucional, em face dos princípios da inicialidade e da supremacia das normas constitucionais, os vocábulos insertos na Carta Magna devem ser tomados, de regra, pelo seu sentido comum, ou, quando a Constituição utiliza-se de termos técnicos, estes devem ser interpretados de acordo com a tradição, como enfatiza a doutrina (a respeito: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 103-105. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed., Lisboa: Livraria Almedina, 1998, p. 1106. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 127-128). Ademais, também no sentido coloquial, a expressão agente público tem sentido mais largo.

Ministério Público.³

A norma extraída do art. 37, § 6º, da Constituição fixa a responsabilidade objetiva do Estado, que independe de dolo ou culpa do agente público, e a responsabilidade subjetiva do agente público, esta vinculada à existência de dolo ou culpa deste⁴, verificada em ação regressiva.

Em que pese existirem opiniões em sentido contrário⁵, a pretensa vítima só pode propor a ação de indenização contra o ente estatal, não se admitindo a inclusão, desde logo, do agente público no pólo passivo da demanda, pois este só responde perante o Estado em ação regressiva. Como aponta Hely Lopes Meirelles, “o legislador constituinte separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado regressivamente”, pois a pretensa vítima não tem relação jurídica com o agente público, apenas com o Estado, e este, por sua vez, é que tem relação jurídica com o agente público.⁶ A reforçar tal entendimento, veja-se que o citado dispositivo constitucional, quando trata da responsabilidade do agente público, fala, expressamente, em direito de regresso. Ademais, levando-se em conta um dos conteúdos do princípio da impessoalidade, previsto no art. 37 da Constituição, tem-se que os atos e ações da Administração Pública são imputáveis ao órgão ou entidade pública respectiva, não ao agente público que os determina⁷, o que está em consonância com a teoria do órgão⁸, razão pela qual, quando os agentes públicos agem nessa qualidade, as consequências do agir não são imputadas a eles próprios, mas, exclusivamente, ao ente estatal do qual fazem parte. Dessarte, pode-se extrair da norma constitucional que o particular que se julgar prejudicado por atos cometidos por membros do Ministério Público no exercício da função só pode ajuizar ação de indenização contra o Estado, não podendo direcionar a demanda contra o agente ministerial pessoalmente, pois este só responde perante o Estado em ação regressiva, nos casos de dolo ou culpa.

Contudo, como observado por Carmen Lúcia Antunes Rocha, a culpa que acarreta para os agentes públicos o dever jurídico de indenizar o Estado, em ação regressiva, por atos ilícitos praticados no exercício da função, tem peculiaridades. Como

3 Em sentido contrário: MAZZILLI, Hugo Nigro. *Interesses Difusos em Juízo*. 4ª ed., São Paulo: RT, 1991, p. 271 e 272, entendo que a citada norma constitucional não se aplica aos agentes políticos.

4 Dentre outros: MEIRELLES, *in op. cit.*, 25ª ed., p. 606. PIETRO, *in op. cit.*, p. 414. DALLARI, *in op. cit.*, p. 137 e 139.

5 Como de DALLARI, *in op. cit.*, p. 136-137.

6 Em edições anteriores do clássico *Direito Administrativo Brasileiro*, o autor consignava este ponto de forma categórica (MEIRELLES, *in op. cit.*, 16ª ed., p. 555). Em edição mais recente, atualizada após a morte do autor, o clássico *Direito Administrativo Brasileiro* conserva a mesma posição, muito embora o texto tenha perdido a ênfase e a clareza das edições anteriores (MEIRELLES, *in op. cit.*, 25ª ed., p. 606). São da mesma opinião, dentre outros: ROCHA, *in op. cit.* p. 392. DECOMAIN, *in op. cit.* p. 220-222. SILVA, *in op. cit.*, p. 575.

7 A respeito: SILVA, *op. cit.*, p. 570. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Princípios Constitucionais da Administração Pública* (de acordo com a Emenda Constitucional n. 19/98), *In: Os Dez Anos da Constituição Federal*, Coordenador Alexandre de Moraes. São Paulo: Ed. Atlas, 1999, p. 154-155.

8 Sobre a Teoria do Órgão: MEIRELLES, *in op. cit.*, 25ª ed., p. 62-63, nota 21.

diz, à culpa *stricto sensu* deve ser agregada a reprovabilidade de sua conduta para caracterizar uma culpabilidade normativa. A autora explica que somente pode ser imputada responsabilidade civil ao agente público por ato praticado no exercício da função, quando sua conduta for reprovável, censurada pelo sistema jurídico e prejudicial à sociedade. Ao reverso, quando sua conduta é juridicamente aceita, não censurada, não-reprovável, não há culpabilidade normativa.⁹ Portanto, para os agentes públicos, somente advém o dever de indenizar o Estado, em ação regressiva, por prejuízo causado a terceiro em razão de ato praticado no exercício da função, quando sua conduta for dolosa ou culposa. Porém a caracterização da culpa nessa hipótese possui requisitos que vão além daqueles necessários para caracterização da culpa *stricto sensu*, ou seja: a conduta do agente público deve ser reprovável, contrária ao sistema jurídico, caracterizando uma culpa normativa.

Por sua vez, a caracterização da culpa normativa dos agentes do Ministério Público tem requisitos ainda mais específicos quando comparada àqueles necessários para a caracterização da culpa normativa dos demais agentes públicos. Essas especificidades são decorrentes das atribuições conferidas à instituição, as quais são singulares, mormente quando confrontadas com as funções administrativas do Estado.

A primeira diferença aparece na responsabilização do Estado por atos lícitos praticados por seus agentes no exercício da função. Ao contrário do que ocorre em relação aos atos praticados por agentes públicos no desempenho de atribuições administrativas, as atuações lícitas dos membros do Ministério Público perante o Poder Judiciário não trazem ao Estado a obrigação de indenizar, até porque esse atos “somente atingem os particulares após encampados pelo Judiciário”.¹⁰ Com efeito, quando intervém num processo judicial, seja qual for a natureza da atuação, o membro do Ministério Público está sempre cumprindo uma função que constitucional ou legalmente lhe é atribuída, está apenas impulsionando o Poder Judiciário a recompor um dano, razão pela qual sua conduta não é reprovável. Nessa atuação, a reprovabilidade só poderia aparecer em certas situações que viessem a desnaturar a atuação do agente ministerial, como o dolo ou uma culpa tão grave a ponto de tornar censurável a atitude do membro do Ministério Público de exercer sua função perante o Judiciário.

Uma segunda singularidade de atuação do *Parquet* é a independência funcional de seus integrantes, prescrita no art. 127, § 2º, da Carta Magna. Esse princípio garante aos membros do Ministério Público liberdade de atuação no desempenho de

9 A respeito: ROCHA, *in op. cit.*, p. 385-386.

10 Neste sentido: CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 647. FRONTINI, Paulo Salvador. A responsabilidade civil do órgão do Ministério Público, *in Revista Justitia* n. 83, out-dez de 1973, pág. 38-39. Neste sentido também tem caminhado a jurisprudência, não admitindo, nos casos de atuação lícita, a condenação do Ministério Público nos ônus da sucumbência. Dentre outros julgados: STJ, 1ª T., Resp 164462-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j.5.5.1998, v.u.RT 756/198, cf. NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Extravagante em Vigor*. 5ª ed., São Paulo: RT, 2001, p 1562. STJ, 3ª T., Resp n. 61.367-1/MG, registrado sob o n. 95085844, relator Ministro Nilson Naves.

suas funções, de modo que, na interpretação de normas jurídicas e dos fatos que constituem substrato de medidas judiciais, eles não estão sujeitos a quaisquer ordens ou comandos, mas apenas à sua convicção.¹¹ Acontece que a interpretação de fatos e normas jurídicas nem sempre é uniforme, tanto que a jurisprudência cataloga decisões em sentidos diversos, até contraditórios.¹² Por isso, perfilhar esta ou aquela interpretação sobre fatos ou normas jurídicas é uma atividade lícita aos agentes ministeriais, não podendo ser considerada uma atitude reprovável, até porque seria antagônico ao princípio da independência funcional que qualquer erro de interpretação pudesse levar à responsabilização pessoal do membro do Ministério Público, pois isso poderia tolher sua atuação, justamente o que pretende evitar o princípio da independência funcional.¹³ Dessarte, o erro de interpretação, fática ou jurídica, não caracteriza a culpa normativa do agente ministerial.¹⁴

Além das duas características apontadas, deve-se lembrar que as funções atribuídas ao Ministério Público constituem deveres de atuação para seus membros. Assim, quando um agente ministerial está convencido de que houve agressão ao patrimônio público ou ao meio ambiente, por exemplo, tem ele o dever de acionar o Judiciário, visando à satisfação do interesse respectivo.

Ou seja, convencido da necessidade da atuação, o membro do Ministério Público não tem a mera faculdade de atuar, mas o dever de atuar. Nessas circunstâncias, sua atuação não pode constituir uma atitude reprovável, de forma que não caracteriza culpa normativa.

Em razão da independência funcional e da impossibilidade de interpretações uniformes para fatos e normas jurídicas, com base no art. 85 do Código de Processo Civil, boa parte da doutrina nacional tem entendido que a responsabilização civil de agentes do Ministério Público por atos praticados no exercício da função só pode advir de dolo ou fraude, excluindo-se o ato culposos, ainda que a culpa seja grave.¹⁵ Contudo, em que pese ao acerto das premissas de que partem esses autores, mormente a

11 Neste sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 57. DECOMAIN, *in op. cit.*, p. 19-20. MORAES, Alexandre de. *Ministério Público e Poder Judiciário: Aspectos Constitucionais, Estrutura e Organização Federal e Estadual*. São Paulo: MPM, p. 10. GONÇALVES, Edilson Santana. *O Ministério Público no Estado Democrático de Direito*. Fortaleza, 2000, p. 83.

12 Sobre este ponto, lembra MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 394 que não existe em nenhum país jurisprudência fixa, intangível e intransformável.

13 Neste sentido: GONÇALVES, *in op. cit.*, p. 193. MAZZILLI, *Interesses Difusos...*, p. 271 e 272, e *Regime Jurídico...*, 1993, p. 241-242. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 568-569.

14 Neste sentido, veja-se lição de MIRANDA, *in op. cit.*, p. 394-395 (em comentários ao art. 133 do CPC, que, apesar de disciplinar a responsabilidade do magistrado, é em tudo semelhante ao art. 85 do CPC, que define a responsabilidade do membro do Ministério Público, tanto que o autor, ao comentar este artigo, remete o leitor aos comentários do art. 133)

15 Desta posição: BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 233. MACHADO, *in op. cit.*, p. 568-569.

impossibilidade de responsabilização civil do membro do Ministério Público que agir de boa-fé, não se pode desprezar o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição e dizer que ele não pode ser responsabilizado civilmente por ato culposo praticado no exercício da função, pois o intérprete não pode chegar a uma conclusão que não esteja contida no programa normativo.¹⁶ Portanto, mesmo concordando que os membros do Ministério Público não possam ser responsabilizados civilmente por erros cometidos de boa-fé no exercício da função, não se pode concordar com que não respondam por culpa, pois a Constituição diz, expressamente, o contrário. A questão não é excluir a responsabilidade civil por culpa, haja vista que o programa normativo contido no art. 37, § 6º, da Carta Magna não permite a conclusão, mas definir no que consiste a caracterização da culpa normativa por atos praticados no exercício da função.

Levando-se em conta as singularidades da atuação do órgão e a impossibilidade de interpretações fáticas e jurídicas uniformes, entende-se que a culpa normativa capaz de responsabilizar pessoalmente os membros do Ministério Público por atos praticados em exercício é uma culpabilidade normativa especial, que reside na má-fé presumida.

O art. 16 do Código de Processo Civil prescreve que “responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé, como autor, réu ou interveniente”. O art. 17 do mesmo diploma legal arrola as hipóteses que caracterizam a litigância de má-fé. Em princípio, a noção de má-fé conduziria ao dolo¹⁷, mas percebe-se que as situações previstas nos incisos I, IV, V e VI do citado artigo (deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; opor resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; e provocar incidentes manifestamente infundados) não são necessariamente dolosas. Por isso, a doutrina tem observado que as legislações, tal qual o art. 17, equiparam a má-fé à culpa grave ou ao erro grosseiro, para apanhar situações em que, mesmo sem a intenção de causar ou gravar, o erro seja de tal monta que se considera indesculpável, o que se tem denominado má-fé presumida.¹⁸

Diante do exposto, chega-se à conclusão de que o membro do Ministério Público pode ser responsabilizado civilmente por atos praticados no exercício da função, desde que tenha agido com dolo ou má-fé presumida (que caracteriza a culpabilidade normativa); sendo que essa responsabilização somente pode ser feita pelo Estado em ação regressiva, não podendo o particular pretensamente prejudicado aforar a demanda em face do agente ministerial.

16 A respeito: HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 31-49. CANOTILHO, in *op. cit.*, p. 1086 e 1089. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 438-440. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997: p. 37, 43-49, 56, 58 e 78.

17 Neste sentido viu CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 351.

18 Assim definido por NERY JUNIOR e NERY, in *op. cit.*, p. 396. CARVALHO FILHO, in *op. cit.*, 352-353.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*, São Paulo: RT, 1989.

Arts. 927 e 931: Na responsabilidade civil, o novo Código traz a contemplação genérica da teoria do risco como uma resposta de ordem prática e social necessária às inúmeras situações em que se tornava incólume o agente responsável pelo prejuízo alheio por insuficiência da teoria da culpa.

Zilan da Costa e Silva: Acadêmico de Direito da Universidade Católica de Salvador – UCSAL.

JUSTIFICATIVA

A responsabilidade é uma tradução do conceito de *neminem laedere*, que surge do princípio da incolumidade das esferas jurídicas individuais. A ninguém é dado interferir na esfera jurídica alheia sem o consentimento de seu titular ou autorização do ordenamento jurídico. Daí vem o dever genérico de não causar dano aos outros. Responsabilidade é um conceito de justiça que traduz uma relação entre evento de um imputável e o conseqüente resultado (dano) contrário a direito, com o conseqüente dever de reparar, restituir ao *status quo ante* o patrimônio material ou moral do indivíduo ou da sociedade, atingido.

É um conceito fundamental na sociedade moderna e está associado, inseparavelmente, à idéia de liberdade e à sua contrapartida racional de se assumirem as conseqüências dos atos. Envolve, antes de mais nada, dano, prejuízo, desequilíbrio de patrimônio alheio. Dano que não cause prejuízo não-indenizável.

O fim de qualquer ordenamento jurídico é a obtenção de uma justiça social, por isso andou bem o legislador nacional ao adotar uma teoria mista de responsabilidade civil, prevendo a responsabilidade objetiva em conjunto com a responsabilidade subjetiva.

O novo Código Civil traz, em seu art. 927, parágrafo único, e no art. 931, a teoria do risco proveito ou risco profissional:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Apesar da supremacia do princípio da culpa na obrigação de indenizar, já se afigura claramente a responsabilidade objetiva, como podemos extrair do texto legal acima; a obrigação de indenizar surge do risco de uma atividade, ação, evento que tenha a participação do agente e em que exista risco de causar dano a outrem.

A palavra risco vem do baixo latim *risicu*, *riscu* e passou ao italiano antigo como *risicare*, que significa ousar. Assim, risco é uma opção, não um destino; é das ações que ousamos tomar, dependentes de nosso grau de liberdade de opção, que define o que é um ser humano. Dessa opção exsurge a responsabilidade de arcar com suas conseqüências, pois somente um temerário faz opções baseadas nas probabilidades de um resultado sem considerar seus efeitos.

Responsabilidade objetiva é, portanto, conduta do agente que, mesmo procedendo conforme o direito, causa dano a outrem sem a intenção de prejudicar. Tal conduta deve, contudo, ter, em seu cerne, a probabilidade de causar dano, mesmo sendo este desconhecido pelo agente. Toda decisão racional deve ser tomada tendo como pressuposto básico a análise de risco e esta deve conter a plena informação, tentativas independentes e a relevância da avaliação quantitativa.

Como somente no mundo intelectual é possível essa plenitude de informações e, mesmo assim, decisões sejam necessárias no dia-a-dia do mundo real das relações humanas, é preciso ter em mente que sempre haverá a probabilidade do erro, do dano em algum momento. Assim, nada mais lógico do que a necessidade de repará-lo, quando ocorrer.

Então, para que nasça essa obrigação de indenizar, há que existir, antes de tudo, um dano. Depois, é preciso que ele tenha sido causado pela ação, atividade de um agente que dela obtenha ou tenha a probabilidade de obter benefícios e que haja um liame, nexos de causalidade, entre ação e resultado que possa ser deduzido logicamente, *a posteriori*, da cadeia de eventos e atribuído ao agente, direta ou indiretamente. Com isso, dizemos que é inseparável, para aquele que frui do *bônus*, arcar com o eventual *ônus* das realidades probabilísticas das decisões tomadas.

Com efeito, a reparação do dano sem culpa é um aspecto de justiça social, mas a sua aplicação é sobremaneira difícil. Disso resulta que o novo Código encontrará, na sua aplicação, enormes dificuldades e críticas, mas, se a norma é apta para os fins a que se destina, é a menos gravosa possível para que se atinjam esses fins e, ainda, cause maiores benefícios do que as desvantagens que proporcionará, terá cumprido a sua razão de ser.

Contudo resta saber como deverá comportar-se o juiz quando julgar entre interesses e direitos. Como fará ele justiça quando um dano real estiver sob exame e quando a hipótese estiver tutelada por dois princípios jurídicos distintos que apontem para soluções divergentes.

A solução será a aplicação de um método que busque um ponto que maximize a justiça e imponha um mínimo de restrição a cada interesse protegido. Deverá o juiz estabelecer um peso específico a cada um desses interesses, a partir de um peso genérico de cada um dos princípios e, no caso concreto, julgar para obter um máximo social.

Falamos de pesos de forma metafórica, já que interesses e valores não são grandezas quantitativamente mensuráveis e não poderão ser utilizados como critérios de uma lógica formal, mas sim em um contexto de "lógica do razoável". Não há verdades apodíticas, somente escolhas razoáveis que podem ser justificadas racionalmente,

obtendo a aceitação social. Afinal, é o direito um meio de harmonia social e não um fim em si mesmo.

O processo de codificação da atualidade difere sobremaneira daquele do século XIX. Vivemos hoje em um período de “além positivismo”, no qual a obra legislativa deve ser interpretada, valorada por princípios, e muitos princípios implícitos serão ainda descobertos. A sua aplicação deve ser feita sob a égide de uma igualdade substancial em que a justiça se realize. Mas ainda temos, como conjunto social, que definir os parâmetros de sua aplicação para minimizar os riscos, sempre presentes, de se fazer uma injustiça.

Art. 927: O novo Código Civil institui duas cláusulas gerais de responsabilidade extracontratual. Uma é reproduzida do Código em vigor, qual seja, aquela que tem por fonte da obrigação de reparar o dano o ato ilícito clássico (art. 927). O seu fundamento é a culpa (art. 186) ou o abuso de direito (art. 187). A outra tem por princípio um fator de risco. Qualquer pessoa, no curso de uma atividade lícita, pode, sem intenção, provocar danos a terceiros. Ao se materializar o dano, o causador terá obrigação de reparar o prejuízo, independentemente de culpa.

Adalberto Pasqualotto: Professor de Direito Civil e de Direito do Consumidor da PUC-RS.

JUSTIFICATIVA

O presente enunciado tem por foco a cláusula geral de risco.

1. O fator de risco é dimensionado em duas escalas no novo Código Civil. A primeira encontra-se no art. 927, parágrafo único. Tem caráter geral, decorrendo de lei ou de situações concretas.

1.1. Em alguns casos, a lei avalia o risco inerente a uma certa atividade e regulamenta a responsabilidade pelos danos que lhe forem conseqüentes, delimitando o seu perímetro. É o que se verifica, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor, que estipula o defeito do produto como fator de imputação da obrigação reparatória (art. 12). O risco industrial reside na possibilidade de que alguns produtos escapem ao controle de qualidade e exponham a perigo os seus usuários.

A ocorrência de um dano proveniente de fato do produto traduz a concretização do risco, fazendo presumir a existência do defeito. Pode, porém, o fornecedor liberar-se mediante a prova de uma das excludentes arroladas no art. 12, § 3º (que não lançou o produto no mercado, que o produto não tinha defeito ou que o dano teve como causa um fato exclusivo da vítima ou de terceiro). Fica assim delimitada a responsabilidade do fornecedor pelo lançamento no mercado de produto defeituoso que cause dano aos consumidores, sem que tenha havido fato exclusivamente imputável aos próprios lesados ou a terceiros.

Técnica análoga estampa-se na Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977. Ocorrendo dano de natureza nuclear, é instituída desde logo a responsabilidade civil do explorador da atividade causadora, independentemente de culpa (art. 4º), limitada pelos fatores previstos no art. 8º (conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza). A fonte da obrigação, nesses casos, é um fato legalmente regulamentado.

1.2. Mesmo que não haja regulamentação legal específica, a criação de um risco para terceiros pode ser fonte de obrigação para qualquer pessoa, desde que se verifique ser a atividade do autor do dano, normalmente desenvolvida, inerentemente perigosa. É o caso de um parque de diversões, que expõe os seus freqüentadores a situações de perigo controlado. A ocorrência do dano trará como conseqüência a obri-

gação de indenizar, independentemente da apuração da diligência do dono do parque na preservação dos limites de segurança. Nessa hipótese, o risco funciona como cláusula geral, devendo ser verificado em concreto, caso a caso.

2. A segunda escala do risco encontra-se no art. 931 do Código Civil de 2002 e é particular, dirigida a quem exerce atividade econômica organizada, ou seja, às empresas e aos empresários individuais, definidos no art. 966. Subsistirá responsabilidade, independentemente de culpa, se houver danos causados pelos produtos postos em circulação.

2.1. Já nesta dimensão não importa se a atividade é inerentemente perigosa. Haverá que se verificar tão-somente a presença do fator de risco, que é a simples colocação do produto em circulação. Nesse passo, a lei adota a teoria do risco integral. Ressalvam-se "*outros casos previstos em lei especial*" (grifamos), vale dizer: além dos fatos que envolvam empresários e a colocação de produtos no mercado, haverá casos extravagantes de responsabilidade independente de culpa, mesmo que a atividade geradora do dano não seja considerada perigosa (se o fosse, incidiria o art. 927), desde que lei especial assim o preveja. É o que ocorre com os danos ao meio ambiente (objeto da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1991), que não são necessariamente causados por atividades que envolvam riscos para terceiros.

2.2. No dispositivo em apreço, ressalta o contraste com o Código de Defesa do Consumidor, pois não é exigido o defeito do produto como condição de responsabilidade do empresário.

É o caso então de indagar:

a) a regra mais rígida do Código Civil derroga a regra mais branda do Código de Defesa do Consumidor?

b) a regra mais branda do Código de Defesa do Consumidor prevalece por ser lei especial?

Atendendo-se que "a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior" (art. 2º, § 2º, da LICC) e sendo Código Civil lei geral, as disposições do Código de Defesa do Consumidor, lei especial, continuarão a reger as relações de consumo. Todavia o novo Código Civil poderá aplicar-se a situações não explicitamente reguladas no Código de Defesa do Consumidor, como é o caso dos chamados riscos do desenvolvimento.

Importam os riscos do desenvolvimento em saber se o fabricante ou o produtor é responsável pelos danos causados *a posteriori* pelo seu produto se, *ab initio*, ao tempo do lançamento no mercado, o estágio da ciência e da técnica não permitia detectar a sua nocividade.

O Código de Defesa do Consumidor, por não se deter na questão de modo explícito, dará margem à aplicação do art. 931 do novo Código. Esta regra, de mais largo espectro do que a do CDC, carrega à empresa o risco de que um produto não considerado perigoso no momento da sua entrega ao mercado, porque estava conforme o estágio da arte de sua fabricação, venha a causar dano futuro, gerando à empresa, por tal fato, a obrigação de indenizar.

Art. 927: No Direito Privado, evoluiu-se da responsabilidade civil subjetiva, vinculada à culpa (art. 159 do CC), à responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco, visto que haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar um ônus maior a pessoa determinada que aos demais membros da coletividade (art. 927, parágrafo único).

Maria Lúcia Lencastre Ursaia: Juíza Federal em São Paulo.

Arts. 927 e 931: Sendo objetiva e solidária a responsabilidade pelo defeito do produto comercializado, é lícito ao consumidor escolher entre o vendedor e o fabricante para ver reparado o dano.

Lindoal Marques de Brito: Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Goiás.

JUSTIFICATIVA

A obrigação de reparar o dano de um produto defeituoso decorre da negligência na sua fabricação, surgindo o direito de o consumidor acionar o fabricante ou o comerciante independentemente de culpa, havendo a previsão do art. 927 e parágrafo único da Lei n. 10.406, de 10/1/2002, instituidora do novo Código Civil, o qual faz referência à especificação em lei.

Assim, prevê o Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade, independentemente de culpa, do fabricante, produtor, construtor, nacional ou estrangeiro, e do importador pela reparação dos danos causados ao consumidor por defeito no produto, consoante estabelece o art. 12, caracterizando a responsabilidade objetiva e solidária, enquanto o art. 13, referindo-se especificamente ao comerciante, parece estipular a responsabilidade do vendedor somente nos casos em que aquelas pessoas não puderem ser identificadas, não houver identificação clara delas ou não conservar (o comerciante) adequadamente os produtos.

As mencionadas restrições, no entanto, não esgotam a responsabilidade de quem comercializa o produto defeituoso, seja porque não está o consumidor obrigado a acionar terceiros com quem não fez relação jurídica direta, seja porque o ampara a cláusula de proteção ao hipossuficiente, seja, ainda, pelo fato de ser o comerciante considerado como fornecedor da mercadoria, como dispõe a parte final do art. 3º da Lei n. 8.078/90.

A jurisprudência dos nossos tribunais firmou-se em tal sentido e qualquer insurgência contra a responsabilidade objetiva e solidária do vendedor do produto defeituoso passa a ser superada pelo novo Código Civil, cujo art. 931 preceitua: *Reservados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.*

Por outro lado, a responsabilidade do fabricante, nacional ou estrangeiro, sobre ser irrestrita pelo defeito, contempla a possibilidade de ser arcada pela matriz, filiais ou sucursais, porquanto há de se observar a finalidade social a que se destina a norma jurídica (LICC, art. 5º), visando o § 2º do art. 28 da Lei n. 8.078/90 a proteger o comprador, eis que *as sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.*

Em decisão vanguardista, em que pese à respeitabilidade da douta minoria, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a um comprador de produto eletrônico

estrangeiro junto a um estabelecimento comercial no exterior, quando em viagem a outro país, o direito de ver resguardada a garantia da mercadoria que se apresentou com defeito de fabricação, imputando-se a responsabilidade à empresa industrial brasileira, embora não tenha sido ela a fabricante ou, de qualquer forma, intermediado o negócio jurídico de venda e compra.

Entendeu a Superior Corte de Justiça que a fábrica brasileira deveria ser responsável pelo conserto, pois estava vinculada à reputação do nome da indústria japonesa, auferindo vantagens e lhe competia, em consequência, sofrer ônus decorrente da marca da multinacional, observando o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao acompanhar a divergência vencedora, que *as dificuldades que decorrem da diversidade de modelos são próprias do negócio e devem ser resolvidas por quem participa do mercado e lucra com os seus produtos, pouco importando o lugar da venda ou da residência do consumidor, desde que existente aqui a extensão do grupo empresarial fabricante* (RESP 63.981/SP).

Em seu voto, inaugurando a divergência, disse o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, designado relator para o acórdão:

Dentro dessa moldura, não há como dissociar a imagem da recorrida 'Panasonic do Brasil Ltda' da marca mundialmente conhecida 'Panasonic'. Logo, se aquela se beneficia desta, e vice-versa, devem uma e outra arcar igualmente com as consequências de eventuais deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável que seja o consumidor, a parte mais frágil nessa relação, aquele a suportar as consequências negativas da venda feita irregularmente, porque defeituoso o objeto.

Entendemos, portanto, estar a relação de consumo amparada pelo novo Código, estando o direito do consumidor respaldado pela obrigação da reparação de danos segundo a previsão dos arts. 927 e 931, os quais reconhecem a responsabilidade civil objetiva e solidária na forma prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Arts. 927/954: Responsabilidade civil.

Roberto Rosas: Conselheiro Federal da OAB.

1. A obrigação de indenizar deriva do ato ilícito – “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito **e** causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”. Decorre dessa redação que há violação de direito cumulado com dano (**e**), ao contrário da atual redação (art. 159 – **ou**). Também se admite o dano **exclusivamente** moral (Código Civil – 2002 – art. 186), superada a antiga discussão da necessidade da repercussão patrimonial (aliás vencida na melhor doutrina e jurisprudência).

2. Estabelece distinção nítida entre a responsabilidade **com** culpa e a responsabilidade **sem** culpa na divisão responsabilidade **objetiva** e **subjetiva**, tantas vezes confundida no atual Código, porém com construções pretorianas sobre a **objetiva**, a partir da década de 40, principalmente na responsabilidade objetiva do empregador (CC – art. 1.521, III, e Súmula STF – 341).

O novo Código admite a responsabilidade **sem** culpa nos casos indicados em lei, ou então derivada do chamado risco criado. Ela, por sua natureza ou atividade de risco, traz benefícios e vantagens para o causador, porém também a responsabilidade pelos danos (art. 927, parágrafo único). Portanto pode-se acertar que o novo Código Civil tem como regra a responsabilidade **com** culpa.

3. Na responsabilidade do empresário (sem culpa) pelos **produtos** postos em circulação, perguntar-se-á se os serviços serão abrangidos.

4. O novo Código Civil abranda a relação dano/quantum, porque facilita ao juiz a redução da indenização se houver desproporção entre a culpa e o dano, limitada à regra geral da medida da indenização pela extensão do dano (art. 944).

5. Privilegia-se a restituição **in natura**, a reposição natural ou específica, sobre a reparação financeira (art. 947).

6. Há ênfase sobre a indenização decorrente de atividade profissional. A dicção é do sujeito **paciente**, portanto naquelas profissões inerentes à saúde (médico, dentista etc.) (art. 951).

7. Expresso o dever de indenizar no abuso do direito. Extrai-se do atual Código o abuso de direito no exercício irregular de um direito (art. 160); doutrina e jurisprudência dão indenização nessa hipótese. Agora, o novo Código Civil aponta o dever de indenizar no exercício de um direito, com excesso manifesto dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187).

8. Destaque-se que a responsabilidade civil do Estado veio antes no Código Civil (art. 15) e somente depois nas constituições, como ocorre hoje (art. 37). Novamente se contempla, com mais amplidão, essa responsabilidade (art. 43).

9. Note-se a fixação da **prescrição** para a reparação civil em três anos (art. 206, § 3º, V), diminuindo o longo prazo vintenário (art. 177).

10. No capítulo do direito da empresa, buscamos várias hipóteses especiais

de responsabilidade – do sócio em votação contrária à sociedade (art. 1.010, § 3º); do administrador perante a sociedade (art. 1016); do preposto (art. 1.177, parágrafo único).

11. Sobre os tutores ou curadores, recai a responsabilidade na administração dos bens do tutelado e curatelado (art. 1.752).

Art. 927: Responsabilidade civil.

Sílvio de Salvo Venosa: Juiz aposentado, Advogado e Professor de Direito Civil da Faculdade Autônoma de Direito de SP.

O novo Código Civil introduziu, no art. 927, parágrafo único, a possibilidade de ser definida como responsabilidade objetiva a conduta do ofensor no caso concreto. Sem que se alongue em demasia o tema, que será objeto de discussão e debates, podemos afirmar que, durante todo o século passado, dependemos da lei para definir os casos de responsabilidade objetiva. Nunca tivemos efetivamente problemas com essa situação, mormente levando em conta que o Código de Defesa do Consumidor alargou enormemente a responsabilidade sem culpa entre nós. Como regra, todas as situações que mereçam ser tratadas como responsabilidade objetiva no país já estão contempladas em lei.

Desse modo, não se afigura conveniente e oportuno relegar-se à jurisprudência e aos casos concretos a tipificação da responsabilidade objetiva, trazendo incerteza e discussões inócuas aos milhares de processos indenizatórios, inclusive de natureza processual. Assim sendo, propõe-se que seja excluído o parágrafo único do art. 927.

Art. 928: A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no referido artigo, traduz um dever de indenização eqüitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Em consequência, há de ser interpretado extensivamente, servindo de parâmetro normativo para o sistema de responsabilidade civil.

Gustavo Tepedino: Procurador Regional da República da 2ª Região.

Anderson Schreiber: Professor de Direito Civil da PUC – RJ.

JUSTIFICATIVA

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Ao tratar da responsabilidade subsidiária do incapaz, o novo Código Civil exige, por meio do parágrafo único do art. 928, que a indenização seja eqüitativa, não podendo privar “do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”. Embora a redação e a posição topográfica do dispositivo pudessem indicar sua incidência restrita às hipóteses de responsabilidade do incapaz, é preciso reconhecer que a norma consagra um limite humanitário ao valor das indenizações, informada pelos valores constitucionais. Tem, portanto, aplicação ampla, de modo a constituir-se em imperativo da responsabilidade civil contemporânea.

Com efeito, a Constituição de 1988, ao elevar a fundamento da República o princípio da dignidade humana, não impôs apenas a proteção aos diversos atributos inerentes à pessoa, mas exigiu também que se garantam a cada indivíduo os meios necessários para o desenvolvimento da sua personalidade e para a manutenção de uma vida digna. É de se reconhecer, dessa forma, com o apoio da doutrina mais atenta (Luiz Edson Fachin, *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, *passim*), independentemente de previsão infraconstitucional regulamentar, um núcleo patrimonial imune (e superior) aos interesses de qualquer credor. Necessário se faz, portanto, que não apenas a obrigação de indenizar imposta ao incapaz nos termos do art. 928, mas que qualquer obrigação de indenizar seja eqüitativa, não podendo privar o seu devedor dos meios necessários a uma vida digna, noção que não deve ser interpretada de forma restritiva.

Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade. Essa a interpretação que deve ser atribuída à expressão “não dispuserem de meios suficientes” contida no *caput* do art. 928.

Arts. 932 e 933: A única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais ocorre se tiver sido emancipado aos 16 anos de idade.

Antonio Marson: Juiz do Primeiro Tribunal de Alçada de São Paulo.

JUSTIFICATIVA

Os pais respondem pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia (Código Civil, art. 932, I), ainda que estes não tenham discernimento. Mesmo por ser o agente inimputável, tal fato não retira seu caráter de ilicitude, como tem entendido a jurisprudência (cf. RT 641/132).

A responsabilidade paterna independe de culpa (Código Civil, art. 933). Está sujeito à reparação do dano, por exemplo, o pai que permite ao filho menor de 18 anos dirigir automóvel. Se o filho, culposamente, provoca acidente de trânsito, o lesado tem direito a acionar o pai para obter indenização. Da mesma forma, responde pelo ressarcimento do dano causado pelo filho o pai que não o educa bem ou não exerce vigilância sobre ele, possibilitando-lhe a prática de algum delito, como incêndio, furto, lesão corporal e outros. Em todos esses casos, comprovado o ato ilícito do menor, dele decorre, por consequência e independentemente de culpa dos pais, a responsabilidade destes.

Sendo solidariamente responsáveis com os autores as pessoas designadas no art. 932 do Código Civil (cf. art. 942), poderia a vítima, em tese, mover ação contra o menor de 18 anos ou contra seus pais ou contra ambos, em litisconsórcio passivo.

Entretanto, segundo o critério adotado pelo novo Código, a responsabilidade do incapaz é subsidiária e mitigada, pois só responde pelos prejuízos que causar a terceiros se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de o fazer ou não dispuserem de meios suficientes.

A indenização, nesse caso, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privá-lo do necessário ao próprio sustento ou ao das pessoas que dele dependem (Código Civil, art. 928 e parágrafo único).

Assim sendo, a única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais ocorre se tiver sido emancipado aos 16 anos de idade.

Fora dessa situação, a responsabilidade será exclusivamente dos pais ou exclusivamente do filho, se aqueles não dispuserem de meios suficientes para efetuar o pagamento e este puder fazê-lo sem privar-se do necessário (responsabilidade subsidiária e mitigada como já foi dito).

Esclareça-se, ainda mais, que, além da eventual responsabilidade solidária entre pai e filho e diversa da hipótese do enunciado, é a cumulação que poderá ocorrer de responsabilidade paterna com a de terceiros, como no caso de o menor provocador do acidente estar dirigindo veículo que lhe foi emprestado por outrem.

ENUNCIADO: O contrato de seguro por danos pessoais compreende o dano moral.

JUSTIFICATIVA

Na celebração de um contrato de seguro, o que se escolhe, em primeiro lugar, é sua modalidade.

Verifica-se na prática gama variada de seguros. Há o seguro típico, o seguro-pecúlio, a contribuição periódica visando ao recebimento posterior de um valor a título de aposentadoria privada e muitos outros.

Por sua vez, os bens segurados são também diversos: seguro de bens materiais: furto, roubo ou dano a veículos, aeronaves, equipamentos industriais, condomínios, residências, etc.; seguro de danos pessoais: vida, incolumidade física, partes do corpo, imagem.

Não está fora de cogitação a aceitação de celebrar contrato com cobertura mista, ou seja, danos materiais e pessoais e de responsabilidade civil perante terceiros.

Ocorre que, até então, por ser o Direito dinâmico e em razão da rápida mutação social e da renovação de comportamentos, nem sempre a legislação consegue acompanhar as rápidas modificações.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e, agora, do novo Código Civil, no qual se assegurou, mais do que o direito à reparação por dano moral, a inviolabilidade dos direitos relativos a intimidade, vida privada, honra imagem, sentimentos internos e, enfim, o resguardo integral da personalidade, inaugurou-se uma nova fase de garantias para uns e de obrigações para outros.

Assim, na interpretação da lei e dos contratos segundo a Constituição e o Código Civil, no conceito de danos pessoais, encontram-se resguardados os bens materiais e os extrapatrimoniais ou imateriais.

Desse modo, quando o segurado contrata seguro para ressarcir-se dos danos pessoais que vier a suportar, não há como não se incluírem, nesses danos pessoais, os prejuízos de ordem material e moral.

E a razão, que para nós parece simples, deriva de a ofensa moral traduzir-se em dano à pessoa posto como direito subjetivo interno, quer da pessoa física, quer da pessoa jurídica.

Ao falar em dano à pessoa, está-se particularizando de modo a excluir dano a coisas. E, quando se causa dano à pessoa, esse dano bifurca-se e busca duas vertentes: o dano material à pessoa e o dano moral à pessoa.

Por isso, salvo se da apólice de seguro constar expressamente a exclusão da reparação ou a compensação por dano moral, nos contratos de seguro por danos pessoais, a contratada deverá compor também esses prejuízos de ordem moral.

Além disso, referida exclusão, que deverá ser expressa, será estabelecida de tal forma a não deixar dúvidas, obrigada a seguradora a dar conhecimento prévio ao contratante do conteúdo do instrumento de contrato, de acordo com o art. 46 do

Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como da proposta prévia.

Para afastar dúvidas, será melhor que o contrato contenha cláusula nesse sentido, incluindo ou excluindo a obrigação de compor danos morais.

Se o contratante tiver interesse em ver-se segurado com cobertura ampla e abrangente, mediante pagamento de um acréscimo no custo da garantia, essa circunstância deverá constar da avença.

Arts. 934, 935, 944 e 950.

Eugênio Facchini Neto: Juiz Corregedor do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Art. 934. (redação proposta) “Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu absoluta ou relativamente incapaz.”

Parágrafo único. O patrão ou preponente não poderá agir regressivamente contra seu empregado ou preposto quando este não tiver agido com dolo ou culpa.

JUSTIFICATIVA

Art. 934. (redação atual) Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

Sugiro incluir parágrafo único, restringindo a possibilidade de ação regressiva do patrão em relação ao empregado quando este não tiver agido com culpa. Seria o caso, por exemplo, de dano causado pelo empregado em estado de necessidade ou em legítima defesa com *aberratio ictus*. Nessas hipóteses, o ordenamento jurídico (arts. 929 e 930) prevê o dever de indenizar, por se tratar de casos de responsabilidade objetiva. Não tem sentido, em tais casos, a ação regressiva do patrão contra o empregado.

Art. 935. (redação proposta) A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem categóricamente decididas no juízo criminal.

JUSTIFICATIVA

Art. 935. (redação atual) A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

O novo artigo praticamente reproduz o antigo art. 1.525 do Código Civil, o que aparentemente levaria a crer não ter havido qualquer inovação a respeito. Acontece que, posteriormente ao Código de 1916, foi editado o Código de Processo Penal, cujo art. 66 disciplina a matéria de forma diversa.

Tratando de norma posterior da mesma hierarquia e tratando do mesmo assunto, o entendimento mais abalizado acabou por apontar para a parcial revogação do art. 1.525. A questão, na verdade, diz respeito à influência, na esfera cível, das

sentenças criminais absolutórias, que devem estar ancoradas em algum dos incisos previstos no art. 386 do Código de Processo Penal. Isso porque o juízo criminal poderá absolver o réu por entender que não há prova suficiente de sua participação no evento delituoso, sem restar afastada, porém, a possibilidade de que, na esfera civil, tal prova venha a ser produzida. A esse respeito, para ser breve, invoco os ensinamentos doutrinários (Revista AJURIS, n. 55, e obra monográfica) dos professores e desembargadores Adroaldo Furtado Fabrício e Araken de Assis a respeito do tema, os quais têm tido acolhida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando se detém sobre a matéria.

Art. 944 (redação proposta): “A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir” ou majorar, “eqüitativamente, a indenização”.

JUSTIFICATIVA

Art. 944 (redação atual). A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Proponho alterar o parágrafo único de modo permitir, em determinados casos, a majoração da indenização. A novidade introduzida no parágrafo único é elogiável, pois permite que o juiz reduza a indenização nos casos em que a uma culpa levíssima corresponda um dano elevado. Todavia, o dispositivo não permite solução inversa, ou seja, quando a uma culpabilidade intensa (ou até mesmo dolosa) corresponda um dano de pequena expressão. Pense-se na hipótese da tentativa de homicídio em que alguém descarregue sua arma contra a vítima, com evidente *animus necandi*. Suponha-se, porém, que apenas uma das balas atinja a vítima e, ainda por cima, de raspão. Neste caso, a um dolo intenso corresponderá um dano ínfimo e a indenização devida será circunscrita ao valor do dano (ressalvada a hipótese de danos extrapatrimoniais por eventual trauma psicológico). Com a alteração que pretendemos sugerir, o juiz poderia, nessa hipótese, fixar uma indenização superior ao montante dos danos sofridos como forma de punir o agente (função punitiva da responsabilidade civil, principalmente no âmbito dos direitos da personalidade).

Art. 950. (redação proposta). “Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”.

Parágrafo único. A pedido do prejudicado, a indenização poderá ser arbitrada e paga de uma só vez, a critério do juiz, se as circunstâncias do caso e as condições econômicas do réu assim o recomendarem.

JUSTIFICATIVA

Art. 950. (redação atual). Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

É necessário alterar o parágrafo único de forma a afastar a vinculação da manifestação de vontade do prejudicado. Na forma como está, basta que o prejudicado manifeste sua preferência pelo pagamento antecipado para que o juiz fique vinculado a esse desejo. Parece óbvio que, se a vítima puder escolher entre receber a indenização em forma de parcelas mensais ou receber tudo de uma só vez, optará pela última alternativa. Acontece que, muitas vezes, essa solução poderá ser impraticável (pense-se na situação em que o agente responsável não tenha patrimônio suficiente para fazer frente a uma indenização global, embora tenha condições de efetuar pagamentos mensais – seria o caso da esmagadora maioria da população brasileira, creio eu). Outras vezes, poderá tal solução não ser conveniente para a própria vítima (pense-se nas pessoas desacostumadas a lidar com muito dinheiro que, frente a uma indenização volumosa, estarão tentadas a dissipar parte do valor da indenização em aquisições supérfluas e desnecessárias, consumindo rapidamente um numerário que poderá fazer falta mais adiante).

Art. 944: A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida pelo parágrafo único do referido artigo, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino: Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

JUSTIFICATIVA

A regra, no Direito brasileiro, continua sendo o princípio da reparação integral do dano, que restou consagrado pelo *caput* do art. 944 do novo Código: “A indenização mede-se pela extensão do dano.” Por isso, a norma do parágrafo único desse artigo, que abre uma perigosa exceção a tal princípio, deve ser interpretada restritivamente.

Diz o parágrafo único: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.”

Trata-se de regra excepcional que deve, por isso, ser interpretada restritivamente. Sua aplicação é restrita aos casos de responsabilidade subjetiva (art. 186 do novo Código). Não se aplica às hipóteses de responsabilidade objetiva previstas no novo Código ou em leis especiais, pois, nas demandas correspondentes, não há discussão acerca da culpa do agente.

Na responsabilidade objetiva, o agente responde pelos danos causados à vítima independentemente da ocorrência de culpa. Fazem exemplo os casos de responsabilidade objetiva consagrados pelo novo Código Civil. Constituem também exemplos a responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º, da CF) e a responsabilidade civil do fornecedor (arts. 12 e 14 do CDC).

Não se justifica, nessas hipóteses, introduzir-se, para efeito de quantificação da indenização correspondente ao dano, uma nova polêmica em torno do elemento subjetivo que teria norteadado a conduta do agente (culpa).

Além disso, há um argumento de ordem prática. Se não houver uma limitação à incidência da regra do parágrafo único do art. 944, será ela invocada em todas as ações indenizatórias. Por isso, impõe-se a conclusão de que a interpretação dessa norma deve ser feita de modo restritivo como exceção à regra geral, que é o princípio da reparação integral do dano.

Arts. 186 e 187: A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

João Maria Lós: Desembargador do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

JUSTIFICATIVA

O novo Código Civil brasileiro trará significativo avanço ao consagrar, como figura autônoma, o abuso de direito, ainda que o tenha qualificado como ato ilícito.

Com efeito, o art. 187 do novel Código Civil prevê: **“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”**

Diferentemente do previsto no art. 160, I, do atual Código, o abuso de direito passará a ser conteúdo de norma expressa. Não resultará de uma análise a *contrario sensu*. Ou seja, seria lícita a conduta não-abusiva. Além disso, seus preceitos normativos, de ordem ontológica e cunho subjetivo, fixados no texto no art. 187, deram os contornos precisos do instituto do abuso de direito.

E, apesar de, topograficamente, incluído no título reservado ao ato ilícito, fica evidente sua autonomia em relação a essa figura. Primeiro porque, ao definir ato ilícito no art. 186, como já o fazia no vigente art. 159, o legislador atrelou sua configuração à noção de culpa *lato sensu*.

Todavia o mesmo não fez no concernente ao abuso de direito. A simples interpretação literal do dispositivo sugere que a caracterização do ato abusivo resulta de dados objetivos e, quando não, de aspectos subjetivos totalmente diversos daqueles exigidos para o ato ilícito como tal.

Melhor teria feito se tivesse consagrado o instituto em título próprio. Entretanto, do modo como está posto, estampa-se um progresso, em consonância com a moderna doutrina que trata do assunto.

Desse modo, tem-se que o abuso de direito prescinde da noção de culpa, ou seja, não se indaga se o agente agiu intencionalmente, ou se foi imprudente ou negligente ou imperito. Questiona-se se o ato praticado extrapolou os limites impostos pelo seu fim econômico ou social. E, no plano subjetivo, se houve má-fé ou feriram-se os bons costumes.

Naturalmente que a boa ou má fé necessita de exame da intencionalidade do ato, mas esta não direciona para o resultado danoso, cinge-se tão-somente ao ato em si. É que, diversamente do que ocorre com ato ilícito praticado com culpa, a previsão do dano é elemento normativo do tipo. Tanto é assim que, no próprio texto do art. 186, alude-se à violação de direito e à ocorrência de dano a outrem.

Reforça esse argumento o disposto no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, ao asseverar que haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei.

De outra parte, a doutrina acerca do assunto, embora sustente que o abuso de direito situar-se-ia muito melhor não como uma figura jurídica, mas como um fenômeno social, reconhece que deve ser visto como categoria jurídica.

O que importa é saber, do ponto de vista prático, como devem ser regulados os seus efeitos. E, nesse ponto, por ser uma transgressão de um direito, suas consequências deverão ser assemelhadas às consequências mesmas do ato ilícito. Essa a lição de Sílvio de Salvo Venosa (*in Direito Civil, Teoria Geral*. São Paulo: Atlas. 1984, pp. 435 e seguintes). Isso não significa circunscrevê-lo às noções de culpa e dolo, pois, se assim fosse, bastaria a regulamentação específica do ato ilícito.

Conclui-se, portanto, com Sílvio de Salvo Venosa: *O projeto, de forma elegante e concisa, prescinde da noção de culpa (...) para adotar o critério objetivo-finalístico. Fica, portanto, válida a afirmação feita supra de que o critério de culpa é acidental e não essencial para a configuração do abuso* (op.cit., pág. 442).

Art. 944: Se o agente causador do dano tiver agido com culpa leve ou levíssima, poderá o juiz reduzir com base na equidade o valor da indenização, caso haja desproporção entre o dano e a culpa.

JUSTIFICATIVA

A responsabilidade nada mais é do que o dever de indenizar o dano, que surge quando alguém deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou quando deixa de observar o sistema normativo que rege a vida do cidadão.¹

E foi a *Lex Aquilia de Damno* que veio cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano atrelada à prova da culpa do agente, rompendo com a determinação contida na Lei de Talião, segundo a qual a reparação do dano deveria ser feita nos mesmos moldes da ofensa recebida (*olho por olho, dente por dente*). E toda a essência aquiliana era traduzida por esta máxima: *A culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar*.

Essa é ainda hoje (Lei n. 3.071/16) a regra que norteia a determinação do *quantum* indenizatório, já que a indenização se mede pela extensão do dano, pouco importando se o agente causador atuou com culpa grave, leve ou levíssima.

Por falar na pluralidade dos graus da culpa, convém trazer à colação a lição do Prof. Yussef Sahid Cahali²: 1) culpa grave (grosseira ou lata): é a cometida de modo tal que até o mais descuidado ou medíocre dos homens a teria evitado. Alguns autores, em razão desse fato, equiparam-na ao dolo; 2) culpa leve (ligeira): é a que teria sido

1 Cf. Álvaro Villaça Azevedo. *Teoria geral das obrigações*. 6ª ed., São Paulo: RT, 1997, p. 272.

2 CAHALI, Yussef Sahid. *Culpa (direito civil)*, verbete. Enciclopédia Saraiva do Direito 22/21-28. São Paulo: Saraiva, 1977.

evitada com a atenção ordinária, com a adoção de diligências próprias do *bonus pater familias*; 3) culpa levíssima: é a que só seria evitável com atenção extraordinária ou por especial habilidade e conhecimento singular; para não incorrer nela, necessitaria a pessoa ter agido com cuidado metuculoso, ou prevendo fatos somente previsíveis a indivíduos muito atilados.

Felizmente a Lei nº 10.406/2002 (o novo Código Civil) trouxe substancial alteração no critério a ser utilizado para a aferição do *quantum* indenizatório. Permitiu o julgamento por equidade, levando em consideração sobretudo os graus da culpa.

Com efeito, o parágrafo único de seu art. 944 diz:

Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Dessarte, com a vigência do novo Código, o juiz poderá, com base na equidade, valer-se da perquirição a respeito do grau da culpa do agente causador do dano a fim de reduzir o valor indenizatório se for o caso, o que representa grande avanço, já que permitirá ao julgador, valendo-se das circunstâncias peculiares de cada caso, distribuir a justiça com equanimidade.

A ilustre Prof. Maria Helena Diniz³, a respeito da novidade legislativa, comentou:

Para a grande maioria dos juristas a gravidade da culpa não exerce qualquer influência na reparação do dano. Todavia, o novo Código Civil, no artigo 944 e parágrafo único, ***acertadamente***, autoriza o magistrado a decidir por equidade, em casos de culpa leve ou levíssima (grifo não do original).

Portanto tem-se como possível que o juiz, agindo por equidade, leve em consideração além dos graus da culpa, as circunstâncias pessoais das partes, as poses do agente causador, a existência de seguro e demais elementos particulares, emprestando interpretação liberal e mais extensa à aludida norma. Resta aguardar o entendimento jurisprudencial desse importante preceito.

3 Curso de Direito Civil brasileiro, Responsabilidade Civil, 7º volume, 16ª ed, Ed. Saraiva, 2002, p. 42.

Art. 945: O referido artigo, que não encontra correspondente no Código Civil de 1916, não exclui a aplicação da “teoria da causalidade adequada”.

Antônio José Silveira Paulilo: Juiz do Primeiro Tribunal de Alçada de São Paulo.

JUSTIFICATIVA

Estabelece o art. 945 do novo Código Civil: *Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada, tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.*

Observa Regina Beatriz Tavares da Silva: “A concorrência de culpas do agente causador do dano e da vítima, que, segundo esse artigo, deve ser levada em conta na fixação da indenização não era prevista no Código Civil de 1916, mas já estava consagrada na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Assim, outras formas de expressão do direito já mencionavam que ‘se houver concorrência de culpas, do autor do dano e da vítima, a indenização deve ser reduzida’ (cf. Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1971, v. 5, p. 414; Rui Stoco. *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial* 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 68 e 69); “se a vítima não age com a cautela necessária para atravessar a rua em local apropriado, vindo a ser atropelada, justificável a redução proporcional do valor indenizatório, em razão da culpa concorrente” (RT, 609/112); “a partilha dos prejuízos, que se impõe nos casos de concorrência de culpas, deve guardar proporção ao grau de culpa com que cada protagonista concorreu para o evento. Reconhecida a igualdade na proporcionalidade das culpas dos agentes, deve cada parte responder pela metade dos prejuízos causados à outra, e a partilha dos prejuízos não se faz através de mera compensação dos danos, que podem ser diversos e desproporcionais” (RT 588/188); “tendo ambas as partes concorrido para o evento danoso, a responsabilidade deve ser dividida” (RT, 567/104); “a culpa concorrente não altera a natureza da indenização, mas apenas restringe parcialmente a responsabilidade” (RT, 599/260) (cf. Ricardo Fiúza e outros, *novo Código Civil Comentado*, Saraiva, 2002, pág. 843).

Nesse sentido a lição de Caio Mário da Silva Pereira: “É de se entender, portanto, que se a vítima concorre para fato seu, para o evento danoso, terá também de suportar os efeitos. Se não chegar a elidir totalmente a responsabilidade do agente, a indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano” (cf. *Responsabilidade Civil* Forense, 4ª ed., 1993, pág. 83). No mesmo diapasão, a voz sempre autorizada de Orlando Gomes: “Não deixa de ser ilícito o ato em que houver concorrência de culpa. Nessa hipótese, a obrigação de ressarcimento é diminuída quantitativamente. Diminuição se impõe, também, quando o dano poderia ser evitado, se quem o sofreu houvesse empregado a diligência ordinária – *qui ex culpa sua damnum sentit non intelligitur domnum sentire* (cf. *Introdução ao Direito Civil*, Forense, 6ª ed., 1979, pág. 545). Não discrepa de tal entendimento o pensamen-

to de Silvio Rodrigues: "Nessa hipótese apresentam-se dois elementos causadores do acidente. De um lado, a culpa presumida do guarda; de outro, a culpa concorrente da vítima. Em tais casos deve haver uma divisão da responsabilidade"(cf. *Direito Civil*, Saraiva, 2ª ed., 1977, vol. 4º, pág. 123).

Como se vê, o critério do novo Código é o de que, em havendo concorrência de culpas, o valor da indenização é informado pela gravidade da culpa da vítima em comparação com a culpa do causador do dano.

Pois bem, se assim é, ficou muito mais fácil no novo sistema a visualização da aplicação da chamada *teoria da causalidade adequada*.

Leciona Aguiar Dias:

"É a teoria norte-americana da causa próxima, *the last clear chance*. Por ela, a parte que teve por último a oportunidade de evitar o dano, não obstante a negligência ou imprudência da outra, é responsável pelo evento. Assim, nega-se, nos Estados Unidos, a indenização reclamada pela vítima que falta ao dever de observar (*duty to look and list*)."

Essa doutrina pode ser aperfeiçoada mediante sua transposição do tempo para o espaço. Em lugar de se apurar quem teve a *última* oportunidade, deve-se verificar quem teve a melhor ou a mais eficiente, isto é, quem estava em melhores condições de evitar o dano, de quem foi o ato que decisivamente influenciou para o dano. Isso, aliado à indagação da idoneidade da culpa na produção do dano, dará critério seguro para a solução exata ao tormentoso problema da concorrência de culpas ou concorrência de atos produtores do dano.

Em acórdão do Supremo Tribunal (5-8-1942), mostrou o Ministro Orozimbo Nonato ser esse o bom critério, assentando: "Se, apesar da imperfeição dos freios de um bonde, o desastre só se dá por culpa da vítima, não haverá, nessa hipótese, que invocar aquela circunstância, desrelacionada com o fato, exclusivamente provado pela vítima: assim, por exemplo, quando esta se põe contra um bonde em disparada" (*Diário da Justiça de 21-1-43, pág. 356*)" (cf. *Da Responsabilidade Civil*, 5ª ed., Forense, 1973, tomo II, pp. 314 e 315, nota 1241).

Deixa o autor mais clara a sua idéia:

"Quando fique precisamente apurada essa proporção em que as respectivas culpas intervieram no evento danoso, é fácil, na liquidação, atribuir a cada um os ônus que decorrem da sua responsabilidade. Muitos casos há, porém, em que a proporção não fica estabelecida, embora se reconheça que houve culpa de ambas as partes. Se o problema não é outro que precisar o grau de culpa, não há senão repartir os prejuízos. Se, entanto, a questão envolve indagação mais importante, como a de saber, por exemplo, se a culpa de determinado agente excluiria, ou não, a culpa de outro, então, o exame da matéria há de ser feito na ação. E, para nós, não pode obedecer a outro critério senão ao da autonomia das culpas. Se, embora culposo, o fato de determinado agente era inócuo para a produção do dano, não pode ele, decerto, arcar com prejuízo nenhum.

Não defendemos a teoria da causa eficiente, como pareceu a Martinho Garcez Neto (*Prática da responsabilidade civil*, página 48), mas, exatamente, a doutrina apoia-

da pelo eminente autor. Falamos em oportunidade melhor e mais eficiente de evitar o dano e não em causa. Consideramos em culpa quem teve não a *last chance* mas a *melhor oportunidade* e não a utilizou. Isto é, se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não aproveita, torna o fato do outro protagonista irrelevante para a sua produção.

O que se deve indagar é, pois, qual dos fatos, ou culpas, foi decisivo para o evento danoso, isto é, qual dos atos imprudentes fez com que o outro, que não teria conseqüências de si só, determinasse, completado por ele, o acidente. Pensamos que sempre que seja possível estabelecer inocuidade de um ato, ainda que imprudente, se não tivesse intervindo outro ato imprudente, não se deve falar de concorrência de culpa. Noutras palavras: a culpa grave necessária e suficiente para o dano exclui a concorrência de culpas.

Assim, parece-nos censurável decisão da Justiça argentina que, ao julgar o caso de um menor atropelado e morto por um automóvel, quando tentava, aflitamente, atravessar rua de grande movimento, após assentar que a diminuição da marcha do veículo teria evitado o desastre, conclui pela concorrência de culpas.

A responsabilidade é de quem interveio com culpa eficiente para o dano. Queremos dizer que há culpas que excluem a culpa de outrem. Sua intervenção no evento é tão decisiva que deixam sem relevância outros fatos culposos porventura intervenientes no acontecimento. A questão, reconhecemos, não ganha em clareza, com a aplicação desse critério. Isto é, doutrinariamente, esse esquema não satisfaz. Estamos certos, todavia, de que só o exame do juiz, de caso a caso, poderá decidir sem risco de injustiça se a culpa concorrente da vítima deve ou não influir na atribuição dos prejuízos" (*cf. ob.cit., pp. 314/316*).

Não há razão, efetivamente, para que o causador do dano responda, se sua conduta foi inócua para a ocorrência do evento danoso. Suponhamos o exemplo de um motorista que trafegue, em excesso de velocidade, a 110 quilômetros horários onde a velocidade máxima permitida é de 100 quilômetros por hora – com violação, pois, do Código de Trânsito Brasileiro e, conseqüentemente, com manifesta imprudência –, por rodovia dotada de pista dupla, com quatro faixas de rolamento em cada pista e com suas laterais externas protegidas por muretas que impeçam, como regra, o ingresso de quem quer que seja. Imagine-se, ainda, que, em lugar ermo, um ciclista, aproveitando-se de exíguo espaço em ambas as muretas, deixado para fins de engenharia, transpôssa uma das pistas, correndo em sua bicicleta, surpreendendo por completo o motorista que sequer tivera a oportunidade de vê-lo antes, dado que escondido pela mureta, e que veio a colhê-lo causando-lhe danos pessoais além dos danos materiais na bicicleta. É evidente que a culpa do ciclista por si só causou o acidente porquanto tanto fazia ao motorista transitar a 110 km/h ou 100 km/h que o evento ocorreria de qualquer forma e com danos na mesma intensidade. Em termos de gravidade de culpas, o ciclista foi imprudente e negligente em altíssimo grau. Sabia que jamais poderia atravessar a rodovia naquele lugar; sabia que poderia ser colhido por um automóvel; sabia que seu ingresso na pista não seria pressentido; sabia que motoristas poderiam estar acima do limite de velocidade; sabia que é muito difícil calcular a velocidade de um

automotor de frente. Como, pois, responsabilizar o motorista pelos seus 10 quilômetros a mais por hora absolutamente inócuos?

A exegese que se extrai, pois, do art. 945 do novo Código Civil é a de que a gradação da culpa, em termos comparativos, pode chegar ao extremo de excluir a concorrência de culpas se a culpa de um dos envolvidos for de tal forma grave que, por si só, possa implicar a ocorrência do evento danoso.

Art. 950: A condenação ao pagamento “de uma só vez” da pensão prevista no referido artigo, e seu parágrafo único, do Código Civil, deverá ter por base a gravidade da culpa (de ofensor e ofendido) e a extensão do dano, obedecendo, ainda, ao princípio da razoabilidade e respeitando a condição financeira do ofensor, do ofendido e a redução do valor inerente ao pagamento antecipado da dívida.

Lyssandro Norton Siqueira: Procurador do Estado de Minas Gerais.

JUSTIFICATIVA

O art. 950 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, praticamente repete a redação dada ao art. 1.539 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916:

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

À exceção da expressão “capacidade de trabalho”, constante na atual redação, a qual substitui “valor do trabalho”, os dispositivos são idênticos.

A inovação fica por conta do parágrafo único do referido artigo:

O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

No ordenamento jurídico vigente, a análise da questão impõe a combinação do disposto no citado art. 1.539 com o disposto no art. 602 do Código de Processo Civil:

Art. 602. Toda vez que a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, condenará o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento.

§ 1º. Este capital, representado por imóveis ou por títulos da dívida pública, será inalienável e impenhorável:

I – durante a vida da vítima;

II – falecendo a vítima em consequência de ato ilícito, enquanto durar a obrigação do devedor.

§ 2º. O juiz poderá substituir a constituição do capital por caução fidejussória, que será prestada na forma dos arts. 829 e seguintes.

§ 3º. Se, fixada a prestação de alimentos, sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte pedir ao juiz, conforme as circunstâncias, redução ou aumento do encargo.

§ 4º. Cessada a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará, conforme o caso, cancelar a cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade ou exonerar da caução o devedor (Redação dada ao artigo pela Lei 5.925, de 1º -10 - 1973).

Tal combinação não é, em verdade, imprescindível, cumprindo ao magistrado exarar condenação expressa nesse sentido, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, com destaque para o seguinte julgado:

PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO – CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL – ART. 602, CPC – AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO – TRÂNSITO EM JULGADO INCLUSÃO NA EXECUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO – A condenação prevista no art. 602, caput, CPC, deve constar da sentença proferida no processo de conhecimento, não podendo ser postulada na fase ou no processo de execução do julgado (STJ – RESP 268666 – RJ – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 20.11.2000 – p. 303).

Com a entrada em vigor do parágrafo único do art. 950, terá o ofendido, segundo o texto, a opção de pleitear o pagamento do valor da indenização de uma só vez.

Tal preferência torna prejudicada a aplicação do art. 602 do Código de Processo Civil, que continua subsistindo na hipótese do pagamento parcelado.

A aplicação do inovador dispositivo encontrará, contudo, alguns obstáculos. Senão, vejamos.

O *caput* do art. 950 da Lei nº 10.406/02, conforme já exposto, repete os critérios já determinados para a fixação da pensão mensal que deverá corresponder “à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”.

Fixado o valor mensal da pensão, bem como os termos inicial e final, não parece sequer razoável que, para atender a eventual opção do ofendido (o recebimento de “uma só vez”), proceda-se a simples cálculo aritmético para alcançar o pretendido valor total.

O texto do parágrafo único contraria o objetivo assistencial do *caput* do próprio art. 950, razão pela qual não se pode ter em consideração os mesmos parâmetros para a fixação do *quantum debeatur*.

A referida opção pelo recebimento integral remete o aplicador da norma ao texto dos arts. 944, 945 e 946 do mesmo capítulo H:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Art. 946. Se a obrigação for indeterminada e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

Retirada da norma a intenção de prover a subsistência do ofendido, impõe-se a análise dos critérios retro expostos para a fixação do valor da indenização. O simples cálculo aritmético mostra-se, assim, inadmissível para esse fim.

Há de se ressaltar, ainda, que a imposição ao ofendido de tamanho encargo mostrar-se-ia contrária ao entendimento jurisprudencial que sequer admite a

aplicabilidade do disposto no art. 602 do Código de Processo Civil. Destaque para o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO – INDENIZAÇÃO – CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL PRECEDENTES 1. Esta Corte tem afastado a exigência do art. 602 do Código de Processo Civil quando a condenação recai sobre empresa estável, caso dos presentes autos. 2. Quanto ao seguro obrigatório, não configura legalidade a fixação da indenização com base no valor da apólice. 3. Agravo regimental improvido. (STJ – Ac. 199900073460 – AGEDAG 223943 – SP – 3ª T. – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU 17.12.1999 – p. 00361).

Conclui-se, pelo exposto, que, para atender a “preferência” prevista no parágrafo único do art. 950 da Lei nº 10.406/02, deverá o operador do direito analisar a gravidade da culpa (de ofensor e ofendido) e a extensão do dano, obedecendo, ainda, ao princípio da razoabilidade e respeitando a condição financeira do ofensor, do ofendido e a redução do valor inerente ao pagamento antecipado da dívida.

Art. 1228: O abuso de direito caracteriza-se objetivamente, salvo quanto ao direito de propriedade, em que necessária a prova da intenção de causar o dano, nos termos do § 2º do referido artigo.

Cláudio Antônio Soares Levada: Juiz do 2º Tribunal de Alçada de São Paulo.

Sociedade Limitada à Luz do novo Código Civil

Francisco Willo Borges Cabral: Juiz do Tribunal de Justiça do Ceará.

1 INTRODUÇÃO

A legislação referente às sociedades empresárias em geral está bastante defasada; cabe à doutrina e aos aplicadores do direito importante papel na interpretação de seus dispositivos, adequando-os aos tempos atuais e, muitas vezes, até criando conceitos que o legislador não concebeu.

A sociedade por quotas de responsabilidade limitada foi introduzida no Direito brasileiro pelo Decreto nº 3.708/19. Eivado de lacunas e imperfeições, seus dispositivos deram margem a fervorosas discussões doutrinárias e causaram insegurança jurídica até mesmo sobre seus pontos capitais.

A fim de atender aos reclamos sociais, a Lei nº 10.406/2002 (novo Código Civil) surge no ordenamento jurídico pátrio, com vigência a partir de 11 de janeiro de 2003; suas normas tratam de maneira pormenorizada o direito societário, em especial as sociedades objeto do presente estudo, capituladas de "sociedades limitadas".

Dentro desse contexto, este enunciado propõe-se a promover um estudo comparativo, cotejando o Decreto nº 3.708/19 frente às disposições reformadoras do Código Civil e abordando os pontos cruciais reguladores desse tipo societário.

Convém justificar que, em face da atualidade do tema, a doutrina que se dispôs a tratar do assunto ainda não o fez de forma definitiva, razão pela qual se ousa apresentar considerações a respeito dos dispositivos alterados.

2 SOCIEDADES LIMITADAS

As sociedades por quotas de responsabilidade limitada, que serão denominadas apenas "sociedades limitadas" com a vigência do novo Código Civil, desde sua criação até os dias atuais, têm enorme aceitação no meio empresarial, sobretudo em virtude de dois fatores: a garantia dos sócios contra os indesejáveis efeitos patrimoniais que ocorriam nas sociedades ilimitadas do Código Comercial e a simplificada forma de sua constituição (ao contrário da estrutura complexa das sociedades por ações).

A sociedade limitada introduzida no Direito brasileiro pelo Decreto nº 3.708, de 1919, repita-se, perdura até hoje de modo bastante sucinto, reportando-se a outros textos normativos como o Código Comercial e a Lei das Sociedades Anônimas.

O Código Civil dedicou 36 artigos e um capítulo próprio para as sociedades limitadas, abordando o tema de forma detalhada, dirimindo questões polêmicas e preenchendo diversas lacunas ostentadas pelo Decreto nº 3.708/19. Muitas das alterações consistiram em consolidar posições que a doutrina e a jurisprudência vinham adotando para eliminar controvérsias geradas pelo decreto.

3 CONCLUSÃO

Por representarem as sociedades limitadas hoje a grande maioria das sociedades em funcionamento em nosso país, atraindo principalmente empresas de pequeno e médio porte mercê de sua simplificada forma e constituição e limitação da responsabilidade dos sócios, é que se justifica o estudo comparativo dos institutos de antanho com o inovador atual, no fito de consolidar as modernas posições sobre o tema, que os novos tempos exigem.

Novo Código Civil: Ao alargar o âmbito de incidência do Direito Comercial e promover a alteração de paradigmas – atos de comércio e atos de empresa –, o referido Código estabelece que a atividade negocial se caracteriza pelo exercício profissional de atividade econômica organizada, ressalvada a atividade intelectual para a produção e circulação de bens e serviços.

César Pontes Clark: Advogado da União no Distrito Federal.

JUSTIFICATIVA

A definição das relações acobertadas pelo Direito Comercial passou por inúmeras fases, desde o advento da teoria subjetiva-corporativa – na qual o comerciante ocupava o primeiro plano, dentro de uma concepção fechada e classista –, passando pela teoria objetiva, centrada na prática habitual de atos de comércio, e chegando-se à teoria subjetiva moderna, na qual o direito mercantil toma corpo como o direito das empresas.

A tendência doutrinária veio a ser acolhida pelo novo Código Civil, que consagrou o Direito Empresarial, segundo o qual a atividade negocial não mais se caracteriza pela prática de atos de comércio (intermediação habitual na troca, com o fim de lucro), mas pelo exercício profissional de atividade econômica organizada, salvo a atividade intelectual, para a produção e circulação de bens e serviços. O tradicional conceito de comerciante foi, então, substituído pelo de empresário.

Elemento antes tido como objeto da atividade comercial, o conceito de empresa toma novos contornos e é relevante destacar que o novo Código Civil espanca a antiga confusão entre tal conceito e o de estabelecimento comercial ou fundo de comércio, entendido este como todo complexo organizado de bens, corpóreos ou incorpóreos, necessários ao funcionamento da empresa, reunindo capital, trabalho e organização; verdadeiro instrumento da atividade empresarial e universalidade de fato.

Na tentativa de superar a dificuldade de estabelecer o conceito jurídico de empresa, a doutrina vinha identificando-o sob vários aspectos ou perfis, a saber: subjetivo; objetivo, funcional e corporativo, que correspondiam, respectivamente, a empresário, estabelecimento, atividade e, por fim, a instituição.

É sob a influência do chamado perfil subjetivo que o novo diploma legal conceitua o empresário (art. 966), verdadeiro sujeito de direitos e titular da atividade empresarial, cujos traços mais preponderantes podem ser elencados como: a) exercício de atividade econômica centrada na criação de riqueza pela produção de bens ou de serviços para circulação; b) atividade organizada através da coordenação dos fatores da produção; c) exercício profissional.

O cerne dessa teoria está, portanto, nesse ente economicamente organizado que se chama “empresa” (fato jurídico em sentido amplo), cujo espectro de atuação abrange, de forma indistinta, atividades tipicamente comerciais e as que outrora não eram consideradas como tais, a exemplo do que ocorre com a prestação de serviços

ou agricultura. A empresa representa, outrossim, uma categoria diferenciada (sem personalidade jurídica) relativa à atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou serviços, equivalente ao perfil funcional da mencionada teoria.

Desloca-se, dessa forma, o foco, que se afasta da pessoa do comerciante e dos atos de comércio. Outrossim, o termo “empresário” não corresponderá ao antigo comerciante, mas se estenderá, também, ao produtor rural (empresa rural), ao prestador de serviços, ao Estado (empresas públicas), todas alterações que tornam a incidência do Direito Comercial mais abrangente, com especial relevo prático aos institutos jurídicos da falência e da concordata, respeitados os direitos dos consumidores e a livre iniciativa.

A revogação da primeira parte do Código Comercial de 1850, com a introdução do Direito de Empresa no Livro II do novo Código Civil, é um avanço que merece reconhecimento pela subsunção do conceito de comerciante ao de empresário voltado para a atividade econômica, leitura que se mostra mais consentânea aos tempos atuais, buscando não a tutela do comerciante, mas a tutela do crédito e da circulação de bens e serviços.

Novo Código Civil: Naquilo que é compatível, subsiste a autonomia jurídica do Direito Comercial, não obstante a inserção de matéria mercantil no novo Código Civil.

JUSTIFICATIVA

O novo Código Civil destaca-se por disciplinar matéria civil e também comercial, realizando no país a unificação formal ou legislativa do Direito Privado tradicional e suscitando dúvidas quanto à permanência da autonomia jurídica do Direito Comercial.

A partir de 2003, ficam revogados o Código Civil de 1916 e a Parte Primeira do Código Comercial de 1850, que trata do “Comércio em Geral”. Tal revogação assume contornos explícitos de incompatibilidade legal de tratamento quanto à matéria de natureza comercial, hodiernamente regulada no Livro II da Parte Especial, que possui 229 artigos e denomina-se “Do Direito de Empresa”.

De pronto, percebe-se não se confundir a natureza comercial desses dispositivos com os demais artigos do Código, sendo este um dos fatores suficientes a afastar a afirmação de que haveria confusão entre a matéria comercial e a civil, evidenciando, ao contrário, a autonomia jurídica do direito comercial.

Criado o Direito Comercial para disciplinar a atividade profissional dos comerciantes, a sua evolução metodológica revestiu-o de características próprias, entre outras, a autonomia e a presença de princípios que lhe são específicos; todas essas observações haveriam de conduzir, inexoravelmente, o Direito Comercial como matéria independente, desatrelada do direito civil.

Entre as inovações introduzidas pelo novo diploma legal, pode-se citar, como

uma das mais relevantes, a apresentação de uma teoria a dispor sobre as atividades econômicas que estabelece a teoria da empresa como substituto à prevalecente a qual se estribava nos atos de comércio, há muito criticada pelos doutrinadores modernos.

Conseqüência lógica da assunção dessa nova teoria será o afastamento da atividade econômica como elemento característico da definição do ato comercial e, ato contínuo, afasta a dicotomia existente entre dois grandes regimes – o civil e o comercial –, que, a partir de então, se tornam regidos sob um único sistema.

Essa unificação, no entanto, restringe-se à parte geral dos atos de comércio, ambiente limitado, a deixar ao largo uma extensa gama de outras matérias de natureza eminentemente comercial que, nem por isso, ficarão sem regulamentação específica. Tome-se, por exemplo, temas como a falência e a concordata, os títulos de crédito em espécie, a sociedade anônima, os bens industriais (marcas de produtos ou serviços, desenho industrial, invenção e modelo de utilidade), a concorrência empresarial e vários contratos empresariais, como o contrato de *leasing*, representação comercial autônoma, franquia, *factoring*, locação empresarial e licença de direito industrial.

Outros temas, da mesma forma, são merecedores de trato específico, tais como, o registro de marcas e de desenhos industriais, a patente de invenções e de modelos de utilidade são tratados pela Lei nº 9.279, de 1996; a sociedade anônima continua a ser regida pela Lei nº 6.404, de 1976; os títulos de crédito típicos continuam disciplinados pela legislação correspondente (letra de câmbio e nota promissória – Dec. nº 2.044, de 1908, e Dec. nº 57.663, de 1966; cheque – Lei nº 7.357, de 1985; duplicata – Lei nº 5.474, de 1968); a concorrência desleal é disciplinada pela Lei nº 9.279, de 1996, enquanto a Lei nº 8.884, de 1994, disciplina a livre concorrência, tratando das infrações à ordem econômica e do controle dos atos de concentração empresarial no país; a falência e a concordata permanecem disciplinadas pelo Dec.-Lei nº 7.661, de 1945.

Dessarte, em consonância com a característica fragmentária do Direito Comercial, permanece a relevância das leis especiais, mais adequadas à dinâmica desse ramo jurídico, cuja tendência inovadora merece, muitas vezes, estar disciplinada fora da estrutura pesada e estática de um código.

Ressalte-se que esse procedimento unificador decorre de uma vontade política do legislador, a qual, de forma alguma, pode ser tomada como uma tentativa de extrair do Direito Comercial a sua autonomia – jurídica, científica e didática –, detentora de normas que lhe são próprias, a despeito de encontrar-se, formalmente, disposta em um código único. E a razão de ser pela defesa de suas características autônomas esbarra obrigatoriamente na leitura do art. 22, inciso I, da Constituição da República de 1988, que, em seu conteúdo, distingue nitidamente o Direito Civil do Direito Comercial.

Com a vigência do novo Código Civil brasileiro, o Direito Comercial continuará como disciplina jurídica autônoma no país, assim como ocorre na Itália e na Suíça, países em que o direito privado foi também unificado sob o aspecto legislativo.

O grande trunfo do novo Código Civil em relação ao Direito Comercial foi a adoção da teoria da empresa, que se mostra mais adequada às atuais conjunturas econômicas e permite a ampliação da abrangência do direito comercial, acentuando,

ao contrário do que pretendem alguns, sua importância, sendo irrelevante que a evolução desse ramo do direito se deva, ironicamente, à codificação civil.

Art. 50: A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - *disregard doctrine* - fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

JUSTIFICATIVA

Em que pese à clássica norma do art. 20 do Código Civil de 1916 sobre a individualidade própria das sociedades, que não se confundiriam com a pessoa dos sócios, a doutrina e a jurisprudência pátrias já haviam consagrado a teoria da desconsideração da personalidade jurídica como derrogação temporária e concreta daquela regra básica.

Aplicada aos casos em que a sociedade passava a ser mero objeto manobrado para fins fraudulentos, a *disregard of legal entity* possibilita a incidência sobre o patrimônio dos sócios, sem que essa medida implique ofensa à personalidade jurídica da sociedade.

O art. 50 do anteprojeto do Código Civil pretendia incorporar à lei a *disregard*, mas contrariava, em verdade, a finalidade originária da teoria, pois previa a **dissolução** da pessoa jurídica quando fosse utilizada para fraude ou abuso de direito.

A manutenção da redação original implicaria desbancar a suprema vantagem existente na teoria da desconsideração, qual seja, a de preservar a pessoa jurídica sem prejuízo da responsabilidade dos seus sócios na prática do ato ilícito fraudulento.

Da forma como se encontrava inserida no projeto, a desconsideração não atendia aos objetivos pelos quais foi criada, razão pela qual sofreu emenda no Senado, vindo a prevalecer nos seguintes termos: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, o juiz pode decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."

A redação atual do art. 50 preserva, portanto, a finalidade da teoria, não prevendo mais a dissolução da sociedade empresária, que acarretava, equivocadamente, o fenômeno da despersonalização e não o da desconsideração. Dessa forma, mantém-se a intenção do legislador de preservar a sociedade.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica só deve encontrar campo de incidência quando a pessoa jurídica se servir da fraude ou do abuso de direito como escusas para a negativa de assunção de sua responsabilidade patrimonial. A mera caracterização do prejuízo não deve servir de baliza para a aplicação da *disregard doctrine*, mas, ao contrário, os contornos dessa teoria encontram fundamentos mais

severos do que a mera inadimplência da sociedade.

Questiona-se a observância desses pressupostos de aplicação da teoria da desconsideração nas leis que a prevêem expressamente no Brasil (art. 28, Lei nº 8.078, de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, art. 18, Lei nº 8.884, de 1994 – Lei de Defesa da Livre Concorrência, art. 4º, Lei nº 9.605, de 1998 – nova Lei Ambiental). Tais pressupostos foram, contudo, expressamente acatados pelo novo Código, que exige sua caracterização.

Enfim, o novo Código Civil foi sensível aos anseios da sociedade ao positivar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, preservando a sobrevivência da empresa sem deixar desamparados os terceiros prejudicados pela atitude fraudulenta dos sócios que se escondem sob o manto da pessoa jurídica. A teoria, que antes ainda contava com certa relutância em ser acolhida, não pode mais sujeitar-se à aplicação vacilante, tendo em vista a realidade que paira sobre os aplicadores do Direito.

Capítulo IV, Título I, Livro II: A expressão “sociedade limitada” prevista no Código Civil não prejudica, nem guarda correspondência com as demais espécies societárias nas quais as responsabilidades dos sócios são limitadas ao valor de suas participações, devendo ser interpretada *stricto sensu* e guardar correspondência unicamente com o tipo societário das “sociedades por quotas de responsabilidade limitada”, previstas no Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919.

Carison Venicius Manfio: Advogado da União no Distrito Federal.

JUSTIFICATIVA

O novo Código Civil – Lei nº 10.406/02 –, no Capítulo IV, Título I, Livro II, alterou a denominação da espécie societária “sociedade por quotas de responsabilidade limitada” pela usual expressão “sociedade limitada”, tal qual é conhecida no meio comercial.

Entretanto entendemos que a redação do novo Código andou mal adotando a nova denominação, pois, ao proceder desse modo, deu azo a futuras confusões entre gênero e espécie de sociedades mercantis, visto que a expressão “sociedade limitada”, em sentido lato, poderá abranger outras espécies de sociedades comerciais em que a responsabilidade dos sócios é limitada ao valor das suas respectivas participações no capital social.

Como exemplo de outras espécies societárias nas quais a responsabilidade dos sócios é limitada ao capital social, podemos mencionar a sociedade anônima, tendo em vista que o art. 1º da Lei nº 6.404/76 determina expressamente que, nesta espécie societária, o capital é dividido em ações nas quais a responsabilidade dos sócios é limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, bem como a sociedade em comandita por ações, que possui o capital dividido em ações e apresenta duas espécies de responsabilidade social, caracterizada pela figura do sócio gerente, com responsabilidade ilimitada e subsidiária, e dos demais sócios, com a responsabilidade limitada ao preço de emissão das ações por eles adquiridas ou subscritas.

Assim sendo, smj, entendemos que a expressão “sociedade limitada” deixa a desejar por dar azo às confusões já mencionadas, sendo que a anterior denominação, “sociedade por quotas de responsabilidade limitada”, é mais apropriada à identificação do regime jurídico da sociedade mercantil à qual o Capítulo IV quis referir-se e, por conseguinte, a orientação sugerida pelo presente enunciado visa, ao menos parcialmente, ao saneamento da situação posta.

Novo Código Civil: No registro de sociedades simples, vale a declaração da atividade-fim como critério definidor do elemento empresa.

André Ricardo Cruz Fontes: Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

JUSTIFICATIVA

Apesar das inovações introduzidas pelo novo Código Civil, que vigorará a partir de 2003, tanto as sociedades empresariais quanto as simples poderão ser estruturadas como organizações empresariais no tocante a sua estrutura administrativa e método de trabalho, tendo como ponto de definição, a ser utilizado no ato do registro e junto ao órgão de registro, apenas a declaração da finalidade da empresa no seu contrato social. Entende-se da leitura do art. 966 que toda atividade econômica pressupõe organização, não sendo relevante para a definição da natureza da sociedade, a não ser quando sua atividade-fim for empresarial.

Art. 966: Suprimir a parte final do parágrafo único do referido artigo do novo Código Civil: “salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

Alfredo de Assis Gonçalves Neto: Professor Titular da Universidade Federal do Paraná.

JUSTIFICATIVA

O novo Código procura adotar um critério objetivo para separar a atividade empresária da não-empresária. As expressões que a proposta pretende excluir tornam fluida a distinção. Observe-se que, se a atividade intelectual for exercida sob forma de empresa, já está inserida no *caput* do artigo e não faz sentido a ressalva do parágrafo único.

Entender o que o legislador quis dizer com “elemento de empresa” não é simples; o texto é obscuro. (O anteprojeto, na redação original do seu então art. 1.027, era melhor: falava em elemento de atividade organizada em empresa.) Vários juristas já opinaram a respeito sem que tenham chegado a qualquer acordo. Qual a razão para instalar discussões quando a simples supressão aqui proposta tornaria clara a distinção?

De resto, não há razão para excluir umas e deixar outras pessoas que exercem atividade intelectual organizada num ou noutro regime jurídico regulador da atividade econômica. O ideal é que todos se subordinem a um só regime.

Novo Código Civil

Newton De Lucca: Desembargador do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Com o já ressaltado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira¹ dentre os pontos a merecer aplausos está o esforço concentrado desenvolvido pelo Parlamento em sua última etapa, com a inestimável contribuição da doutrina, sendo ainda de destacar-se a intenção já externada de aproveitar-se o tempo de vacatio legis para introduzir, no texto aprovado e sancionado, por meio de emendas retificativas, a exemplo do que ocorreu com o CPC de 1973, modificações de aprimoramento.

Em consonância com tal espírito, portanto, passamos a tecer as considerações seguintes. E, se deixamos de fazer, nesta oportunidade, muitas sugestões de alteração no novo diploma legal, assim procedemos por duas ordens de razões: em primeiro lugar, por julgarmos ser necessário preservar, tanto quanto possível, a estrutura fundamental do novo Código, embora venha a integrar a ordenação jurídica pátria, a nosso ver, muito serodidamente; em segundo, por entendermos que muitos de seus dispositivos deverão necessariamente ser lidos e interpretados em consonância com os parâmetros da Constituição de 1988, e não, evidentemente, o contrário, isto é, não serão os artigos desta que deverão ser objeto de exegese a partir do novo Código Civil.

Pedimos licença para tomar pública nossa sincera homenagem ao eminente Professor Miguel Reale. Embora um simples comercialista, não resistimos à tentação de cursar, durante o meu período de pós-graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a cadeira de Filosofia do Direito, de sua responsabilidade.

Como já salientamos em oportunidade anterior, era escusado observar o quanto lucrámos com a decisão tomada naquela época. Por causa do Prof. Reale, sem dúvida, pudemos tomar contato com a obra, não apenas de alguns dos grandes pensadores do Direito – dentre os quais ele mesmo sempre será um deles –, como de Récasens Siches, Kelsen, Del Vecchio, Nicolai Hartmann, Husserl e de tantos outros, além daqueles que se destacaram entre os maiores da própria humanidade, como Heidegger, Hegel e Kant.

Agradecer, pois, ao Prof. Reale por tudo aquilo que terá sido tão decisivo em nossa formação intelectual em geral e na de operador do Direito em particular é mais do que um simples reconhecimento indispensável de gratidão, mas, antes de tudo, constitui-se na imposição de uma espécie de dever moral...

Passamos, então, às considerações meramente introdutórias desta exposição.

1 *O novo Código Civil*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. VII.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Ao pensar-se na sociedade humana no contexto atual, não se consegue **imaginar algo mais importante do que a atividade empresarial. A empresa** “instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação”, tornou-se provavelmente o principal “elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea”, na arguta observação do eminente Professor Fábio Konder Comparato² – passou a ocupar, há muito tempo, o âmago do moderno direito mercantil.

E, como muito bem assinalado pelo citado jurista, não apenas relativamente à subsistência da maior parte da população ativa do país, à produção da maior parte dos bens e serviços consumidos pelo povo, à parcela maior de arrecadação das receitas fiscais por parte do Estado, à gravitação dos vários agentes econômicos não assalariados (tais como os investidores de capital, os fornecedores e os prestadores de serviços), ter-se-ão limitados os efeitos do fenômeno empresarial. Esse também terá sido decisivo na conformação comportamental de outras instituições que, até há pouco tempo, passaram *a latere* do alcance da vida empresarial.

Aduz o Professor Comparato, com razão, que “tanto as escolas quanto as universidades, os hospitais e os centros de pesquisa médica, as associações artísticas e os clubes desportivos, os profissionais liberais e as forças armadas – todo esse mundo tradicionalmente avesso aos negócios – viu-se englobado na vasta área de atuação da empresa”, para concluir que “a constelação de valores típica do mundo empresarial – o utilitarismo, a eficiência técnica, a inovação permanente, a economicidade de meios – acabou por avassalar todos os espíritos, homogeneizando atitudes e aspirações”.

Como terá reagido o mundo jurídico diante desse fenômeno paradigmático da história contemporânea?

É o próprio professor quem responde no sentido de que “o labor intelectual do jurista tem se limitado, pouco mais ou menos, à tradicional discussão de conceitos, visando encaixar o fenômeno da empresa no mundo fechado de suas categorias. Reproduzimos assim, no século XX, embora desprovidos de cultura humanística (o que é uma agravante), a estéril atitude dos juristas cultos do Renascimento, que tomaram o universo bibliográfico por substituto da realidade vital. O sábio Montaigne, que concebera de seus estudos secundários sagrado horror pela pedanteria livresca, já observara, então, que ‘despendemos mais esforços interpretando as interpretações do que interpretando a realidade, e escrevemos mais livros sobre livros do que sobre qualquer outro assunto’. E arrematava céptico: ‘O que fazemos é, tão-só, nos entreglosar’ (*Ensaíos, Livro III, cap. XIII*)”.

² *Revista de Direito Mercantil* nº 50, p. 57 e ss. e, posteriormente, in *Direito Empresarial*, Saraiva, 1990, p. 3

Escuso-me – ao mesmo tempo em que tento explicar-me – pelo evidente abuso dessas várias transcrições de textos do grande jurista pátrio. É que suas considerações, embora tecidas no já longínquo ano de 1983, por ocasião da inolvidável aula inaugural proferida nos cursos jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, servem à maravilha ao que se vai argumentar nas páginas seguintes.

Ninguém porá em dúvida, por certo, os inegáveis méritos dos autores da obra codificadora prestes a entrar em vigor. Há um reconhecimento generalizado em todo o país – além de tudo, profundamente justo – de que o Professor Miguel Reale, coordenador-geral dessa ciclópica obra que é o novo Código Civil, é um orgulho nacional e envidou os maiores esforços para proporcionar à nação brasileira um diploma legal de primeira grandeza.

O que se tem questionado – e isso não interfere, evidentemente, no valor da **obra produzida – é se a introdução desse novo corpus** legislativo representa, efetivamente, um avanço significativo no estágio atual da pesquisa jurídica.

Em plena era dos microssistemas jurídicos, em todo o mundo, indaga-se se não teria sido preferível, por exemplo, editar um microssistema da atividade empresarial, sem dele expulsar a sociedade por ações, como o fez o Código Civil de agora, que terminou por reconhecer, nesse modelo societário, uma especificidade própria não albergada pelo caráter generalizante do Código.

Tal idéia – adotada, por exemplo, em França, em 1966, com a edição de uma lei geral sobre as sociedades mercantis³ – foi defendida por numerosos “comercialistas” de renome, podendo ser destacado, dentre eles, o saudoso Prof. Rubens Requião.

Em pronunciamento feito na Câmara dos Deputados, na já distante década de setenta, escrevia o ilustre jurista pátrio⁴:

“Com a retirada da matéria relativa às anônimas do Projeto, presenciamos a confirmação de nossa tese de que o Direito moderno almeja uma legislação fragmentária, distribuída em vários códigos especializados, como pregou sabiamente o Prof. Waldemar Ferreira. Após as sociedades anônimas, há de se legislar, também, em sentido de modernização, sobre o direito cambiário, que, em face das Leis Uniformes de Genebra, está a reclamar uma completa reelaboração. A isso se furtou o Projeto, remetendo a matéria para a ‘legislação especial.’”

Veja-se, então, o conflito que se estabeleceu entre o projeto de Código Civil, surgido da área do Ministério da Justiça, com o projeto de lei de sociedades anônimas, do Ministério da Fazenda.

Quando, no início deste ano, foi-nos dado opinar sobre o anteprojeto de lei de sociedades anônimas, no preâmbulo de nossas sugestões, achamos de conveniência fixar o nosso pensamento. E dissemos: “Deixo aqui, inicialmente, registrado meu inconformismo em não termos, a exemplo da França e do México, uma lei geral de

3 Cf. Lei nº 66.537, de 24 de junho.

4 Cf. Revista de Direito Mercantil nº 17, Ano XIV, Nova Série, 1975, p. 137.

reforma, não só das sociedades anônimas, mas de todas as sociedades comerciais. Não tem sentido científico destacar as sociedades anônimas do futuro Código Civil unificado, e ali deixar enclausuradas as outras sociedades, pois elas também são instrumentos valiosos do desenvolvimento nacional, e estão a clamar por modernização.”

Também o Professor Fábio Konder Comparato, em exposição igualmente feita nessa Casa, depois de expressar o seu desapontamento diante da malograda tentativa do Código de harmonizar a disciplina civilística com o regime jurídico do direito empresarial, pôs em realce a inadequação dessa parte, asseverando que:

“O Livro consagrado à atividade negocial – disciplina dos empresários e das sociedades – surge como um corpo estranho no Código, sem ligação interna e necessária com as demais partes da obra. Se o empresário é definido como o que exerce, profissionalmente, atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, causa espécie que a Parte Geral, estendendo-se longamente sobre o negócio jurídico, segundo a tradição da pandectística alemã, não contenha uma única disposição sobre a atividade jurídica, que com aquele se não confunde. Tanto em matéria de capacidade quanto de validade ou de eficácia, a atividade se distingue de ato ou de negócio jurídico. Ora, o conceito de atividade empresarial, em substituição ao vetusto ato de comércio, constitui a pedra angular do moderno Direito Comercial.

Se isso sucede com o empresário em geral, algo de semelhante ocorre com as sociedades. O projeto as retira do Livro das Obrigações e do título dos contratos. Como ligá-las, então, com as demais categorias do Direito Privado? Ato jurídico coletivo ou contrato plurilateral? O projeto ignora totalmente esta última categoria, consagrada pelo Código italiano, e que é sem dúvida fundamental para a solução de várias questões particulares do direito societário, como o desfazimento parcial do vínculo – por resolução, rescisão ou resilição – e a sua invalidade parcial.”

Numa análise bastante serena, portanto, parece que teria sido preferível promover-se a unificação apenas da parte obrigacional tanto do direito civil quanto do direito comercial, na linha do que foi defendido e preconizado por numerosos juristas nacionais e como sucedeu na Suíça, com o Código das Obrigações daquele país.

A tentativa de tentar albergar o maior número possível das matérias mercantis num mesmo código de direito privado acabou resultando infrutífera como se pôde constatar, quer porque uma parte delas vem disciplinada por normas de caráter internacional, sendo pelo menos discutível a possibilidade de sua denúncia unilateral por parte do legislador interno do país signatário⁵; quer porque a matéria, objeto de polê-

5 É o caso, por exemplo, da letra de câmbio, nota promissória e cheque, dada a introdução em nossa ordenação jurídica interna das convenções de Genebra, pelos Decretos nº 57.595, de 7 de janeiro de 1966, e 57.663, de 24 de janeiro daquele mesmo ano, respectivamente, reconhecida como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no já distante ano de 1971. É o caso, igualmente, da matéria relativa à propriedade industrial, também objeto da Convenção da União de Paris, com todas as revisões que se seguiram. Deixa-se de lado, aqui – por extrapolar inteiramente o âmbito de tão singelo estudo – a árdua discussão sobre ser ou não possível a edição de norma legal interna posterior ao tratado internacional, contrariando-o total ou parcialmente, diante da jurisprudência, ainda um tanto quanto vacilante, das nossas cortes superiores.

mica interminável, estaria a emperrar o andamento da própria codificação pretendida⁶; quer, ainda, porque a dinâmica a elas inerente não se compadece com a função eminentemente estratificadora que caracteriza a edição dos códigos.

Vamos tomar alguns exemplos concretos.

A sociedade por ações – figurino jurídico do modelo empresarial brasileiro de médio e, sobretudo, de grande porte – foi contemplada com os dois artigos seguintes:

Art. 1.088. Na sociedade anônima ou companhia, o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir.

Art. 1.089. A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código.

Há cerca de dois anos, quando esse texto legal ainda se achava sob a forma de projeto, assim me manifestei⁷:

“Trata-se de dois dispositivos inteiramente inúteis, com o perdão da expressão. O primeiro reafirma o que é absolutamente consabido e o segundo estabelece algo que, na prática, restará inaproveitável. É que não há, na verdade, omissões na Lei nº 6.404/76 ou na Lei nº 9.457/97, que possam ser suprimidas por alguma norma constante do projeto. A idéia do projeto de ser fonte supletiva é plenamente aceitável, mas, no caso, torna-se inteiramente anódina.”

De lá para cá, foi editada a Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, que entrou em vigor no dia 4 de março de 2002, atualizando a nossa lei acionária, seja alterando e acrescentando dispositivos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, seja na Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976⁸.

Ora, se a matéria das sociedades anônimas sempre foi e continua sendo regida por diplomas legais específicos, resta saber qual sentido poderia remanescer para os dois artigos transcritos.

Poder-se-ia argumentar, em sentido contrário, que essa disposição do art. 1.089 seria de inegável utilidade prática sempre que houvesse alguma lacuna na atual disciplina normativa da sociedade por ações.

6 Nossa Lei Falimentar, por exemplo, ainda é o Decreto-Lei 7.661, de 1945, tendo sido vãs, até agora, todas as tentativas de reforma, não obstante o clamor unânime da doutrina pátria, desde a década de sessenta. Também a empresa unipessoal de responsabilidade limitada continua a ter a sua criação defendida entre nós, mas logrou prevalecer, no NCC, a tese de seu afastamento.

7 **DeLuca, Newton.** *A atividade empresarial no âmbito do Projeto de Código Civil*, Direito Empresarial Contemporâneo, obra coletiva, 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 47.

8 Curioso observar-se, relativamente à Lei nº 10.303/01, que ela teve vetado alguns de seus dispositivos que alteravam os arts. 5º, 6º, 16 e 18 da Lei nº 6.385/76. No mesmo dia 31 de outubro de 2001, no entanto – data da Lei nº 10.303 –, foi editada a Medida Provisória nº 8, dando nova redação a esses mesmos artigos vetados pela Presidência da República. E, antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 10.303, foi publicada a Lei nº 10.411, de 26 de fevereiro de 2002, que entrou em vigor no dia 27 de fevereiro do mesmo ano... Infelizmente, é assim que se continua a legislar nesta triste República...

Por mais que se tente, todavia, fica difícil imaginar qual dispositivo do Código Civil poderia, eventualmente, ser utilizado em alguma hipótese de lacuna da lei das sociedades por ações, seja porque esta, com mais de trezentos artigos e já objeto de várias alterações desde a sua redação original⁹, parece mais do que suficiente para bastar-se a si mesma, seja porque as disposições gerais do Código não parecem fornecer nenhum adinículo que efetivamente pudesse servir de norma subsidiária ao diploma acionário específico.

Mesmo o art. 421 do novo Código, segundo o qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, embora tenho sustentado, em palestras, a possibilidade de sua aplicação no que se refere à função social da empresa – à míngua de uma disposição específica dessa natureza no Livro II da Parte Especial, relativo à atividade empresarial, e, de outro lado, em definitivo reconhecida a natureza fundamentalmente contratual das sociedades –, conforme sustentar-se-á mais adiante, seria despidendo em matéria de sociedade por ações já que muito mais explícito e completo parece ser o parágrafo único do art. 116 da Lei nº 6.404/75, segundo o qual:

“O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

É claro que, a par de tais considerações, não há como se deixar de reconhecer a evolução operada em nossa ordenação jurídica com a matéria constante do mencionado Livro II, originalmente denominado *Da Atividade Negocial*.

Deve-se ela, como é sabido, à contribuição meritória do Prof. Sylvio Marcondes, de saudosa memória, que, com aquele seu *saber das experiências feito*, cuidou de introduzir em nosso direito positivo a moderna teoria da empresa, apresentando-a como o mais adequado sucedâneo à ultrapassada teoria dos atos de comércio.

Só por isso – não obstante as nossas severas críticas, no plano do direito comercial, ao novo Código Civil – tive ocasião de afirmar¹⁰:

“Bastaria isso, por si só, para que se reconhecesse, evidentemente, o diferente grau de atualização entre o velho e vetusto Código Comercial de 1850, ainda calcado naquela dogmática originária do Código napoleônico e o texto constante do projeto. Não há nenhuma dúvida, sob tal aspecto, de que uma eventual comparação – se fosse, efetivamente, de algum projeto fazê-la na atual quadra em que vivemos –

9 A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1975, foi alterada em alguns de seus artigos pelas citadas Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e 10.303, de 31 de outubro de 2001.

10 DE LUCCA, Newton. *A atividade empresarial no âmbito do Projeto de Código Civil*, Direito Empresarial Contemporâneo, obra coletiva, 1.ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 47.

entre a velha teoria da empresa conduziria necessariamente à conclusão de que esta última cumpriu uma função de importância assinalável já que propiciou o alargamento da aplicação das normas substantivas do Direito Comercial, passando-se de um sistema objetivo para uma nova forma subjetiva de encarar a realidade da atividade mercantil.”

Foi nessa mesma oportunidade, contudo – na qual tentáramos discutir o real alcance da significação do novo texto legal –, que questionamos a necessidade da sua entrada em vigor para que se consumasse no país a passagem definitiva da teoria dos atos de comércio para a teoria da empresa.

Na verdade, de há muito o nosso *direito comercial* já se transformara num verdadeiro direito *empresarial*.¹¹ E, a par dos fatores que concorreram para tal fim – e que serão, mais adiante, analisados –, deve-se insistir, à exaustão, que a realidade sócio-econômica sempre foi mais forte do que o Direito.

E isso aconteceu, de fato, pois a empresa, como unidade econômica fundamental na economia moderna, foi penetrando cada vez mais em nossa ordem jurídica, tanto no plano constitucional quanto infraconstitucional. Essa penetração deveu-se a variados fatores já expostos no citado estudo¹², sendo desnecessária, para os propósitos da presente exposição, a sua reprodução.

A FUNÇÃO SOCIAL DO EMPRESÁRIO

Um dos tópicos que estão a merecer atenção especial desta douda ouvidoria diz respeito à função social do empresário.

Nenhum jurista de nomeada ousaria discordar, ao que suponho, da necessidade de pôr em realce essa função. Afinal de contas, o parágrafo único do art. 116 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1975, disciplinadora da sociedade por ações, já dispusera de forma lapidar sobre o tema, conforme vimos.

Assim, nessa linha de raciocínio, poder-se-ia sugerir a inclusão de um § 1º ao atual art. 966, transformando-se o parágrafo único em § 2º, do seguinte teor:

§ 1º *O exercício da atividade empresarial, para ser legítimo, deve cumprir necessariamente a sua função social.*

É bem verdade que o art. 421 do Código Civil, como disposição geral dos contratos, estabeleceu que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, devendo-se entender ser essa disposição aplicável também às sociedades, já que nelas se reconhece a natureza jurídica eminentemente contratual, ainda que se trate, na lição inolvidável de Ascarelli, de um contrato plurilateral, e não simplesmente bilateral. Mas a inserção de um dispositivo específico

11 O que não significa dizer, evidentemente, que a substituição no texto, ocorrida durante a longa tramitação do projeto na Câmara dos Deputados, trocando-se a expressão *atividade negocial* por *atividade empresarial* seja digna de louvores. Cf., a propósito, as considerações de Waldirio Bulgarelli, *A Atividade Negocial no Projeto de Código Civil Brasileiro*, in *Revista de Direito Mercantil* nº 56, p. 113 e ss.

12 *Idem*, *ibidem*.

no Livro II apresentaria, a nosso ver, duas vantagens ponderáveis.

Em primeiro lugar, ela daria uma “demonstração de coerência interna e externa” do Código, como oportunamente destacado por Waldírio Bulgarelli.

Em segundo lugar, e sobretudo, pelo fato de que essa função social deve ser cumprida não apenas pelas sociedades em geral, mas igualmente pelo empresário individual. A norma do art. 421 alcança, tecnicamente falando, a figura das sociedades em geral – quer as empresárias, quer as não-empresárias –, mas não abarca a atividade do empresário individual que a exerce, como é curial, independentemente da existência de um contrato de sociedade.

TÍTULO VIII DO LIVRO I DA PARTE ESPECIAL, RELATIVO AOS TÍTULOS DE CRÉDITO

Relativamente à disciplina jurídica dos títulos de crédito – embora constante do Título VIII do Livro I da Parte Especial e não do Livro II, objeto de nossa análise –, a sua inclusão no Código Civil, a exemplo do que ocorreu na doutrina italiana, tem sido alvo de severas críticas.

Seja-nos permitido, a propósito, trazer a lume as considerações que iremos encartar em futura obra coletiva sobre o novo Código Civil, objeto de coordenação do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“Ninguém terá levado tão longe e de forma tão aguda as críticas de uma disciplina geral dos títulos de crédito, num texto de lei, quanto Messineo e Ascarelli, críticas essas que – talvez fosse escusado dizê-lo – têm inteira pertinência ao nosso Código.”

Para o primeiro desses autores, responsável pela obra quiçá de maior envergadura na doutrina italiana, a oportunidade de tal disciplina – expressa, na legislação peninsular, nos arts. 1.992¹³ e ss. do Código Civil – fora muito questionada quer pela falta de congruência dos princípios nela consagrados com os que existem para os títulos emitidos em massa; quer pela exagerada importância emprestada aos chamados títulos de pagamento, fundamentalmente títulos abstratos, descurando-se em especial dos causais; quer pela ausência de normas verdadeiramente gerais, tornando-se extremamente reduzida a margem de aplicação dessa disciplina normativa; quer, ainda, pela confusão que geram quando correlacionadas com as particularidades dos títulos de crédito regidos por lei especial de que é exemplo a disciplina das exceções extracartulares eventualmente oponíveis ao portador por parte do devedor; quer, finalmente, pela

13 Na ortografia original do Código Civil italiano, os arts. 1000 e seguintes aparecem grafados dessa forma, isto é, sem o ponto que separa as centenas das unidades de milhar. Como tal não ocorre no âmbito da legislação brasileira, todas as referências aos arts. 1.000 e seguintes são feitas com a devida pontuação.

grande dificuldade para o exegeta, com supedâneo apenas na disciplina geral, de considerar como sendo títulos de crédito os chamados títulos inominados¹⁴ ou atípicos.¹⁵

Para o segundo deles, autor dos estudos mais aprofundados que já se escreveram sobre os títulos de crédito, os óbices existentes para essa disciplina geral seriam ainda mais significativos. De forma grosseira, assim poderiam ser resumidas as agudas e percucientes considerações de Ascarelli (II problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica, Problemi Giuridici. tomo I, pp. 165 e ss. e, igualmente, em Personalità Giuridica e Problemi delle Società, Problemi Giuridici, tomo I, p. 311) ao transportar para as “Disposições Gerais” o conceito de título de crédito formulado por Vivante (e definitivamente consagrado pela tradição doutrinária universal¹⁶), o legislador dá azo a que duas hipóteses possam ocorrer. Na primeira delas, ele estaria simplesmente repetindo, sob designação genérica, as normas especiais de cada um dos títulos de crédito singularmente considerados. Na segunda, o legislador estaria abrindo a possibilidade de livre criação dos chamados títulos atípicos.

Descobrir qual seria a utilidade prática para essa primeira hipótese parece ter sido um exercício que ninguém terá levado adiante com êxito... Toda a construção exegética aponta, então, no sentido de que essa disciplina geral terá sido mesmo – seja na Itália, seja aqui no Brasil – destinada à previsão do livre surgimento de títulos nominativos e à ordem, assim como já existe para os títulos ao portador, consoante a disciplina constante do Título VI do Código Civil de 1917, art. 1.505 e ss.

Mas, como explicou Ascarelli, a interpretação de que essa disciplina geral destina-se à livre possibilidade de criação de títulos atípicos ou inominados conduz-nos a uma espécie de ‘círculo vicioso’: aplicar-se-iam as disposições gerais aos títulos de crédito, mas esses títulos sempre correspondem a uma ‘fatíspécie’ determinada, à qual não se aplicariam aquelas disposições gerais...

Com efeito, para cogitar-se da aplicação dessas disposições gerais seria ne-

14 Trata-se, da terminologia utilizada, entre outros, por Carnelutti (*Riv. Bancaria*, 1922, e *Teoria della circolazione*. II. p. 179).

15 Messineo (*I Titoli di Credito*, vol. 1, Cedam, Pádua, 1964, p. 78) afirma que os inominados ou atípicos são “os títulos que a prática excogita e que vivem sob uma disciplina jurídica criada pelos usos ou deduzida da aplicação analógica das normas predispostas para os títulos nominados.” Gualtieri (*I Titoli di Credito*, Unione Tipografico, Ed. Torinese, 1953, p. 87), por sua vez, ensina que os inominados são “títulos que podem ser criados independentemente dos esquemas previstos pela lei”.

16 A afirmação constante do texto principal mereceria, evidentemente, numerosas outras considerações adicionais, já que não se poderia afirmar, *tout court*, que a construção vivantiana não tenha sido objeto de longos e intermináveis debates. Asquini, por exemplo (*Titoli di Credito*, Cedam, Pádua, 1966, p. 25), que, sugestivamente, chamou a atenção de todos para o fato de que os títulos de crédito faziam recordar a história do “ovo de Colombo”, julgava faltar à definição de Vivante a função fundamental de circulação dos títulos de crédito, propondo, em seu lugar, em livre tradução de nossa parte, o seguinte conceito (ob. cit., p. 49): *o documento de um direito literal destinado à circulação, idôneo a conferir de modo autônomo a titularidade de tal direito ao proprietário do documento, e necessário e suficiente para legitimar o possuidor ao mesmo direito*. Mas a própria doutrina italiana (Ascarelli, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, em várias passagens desta sua obra; Pellizzi, *Principi di dir. cartolare*, p.) encarregou-se de elucidar que a emissão de um título de crédito – vale dizer, sua entrada em circulação – não vem a ser elemento constitutivo deste, mas sim uma *condictio juris* de sua eficácia. Conquanto apaixonante a polêmica, a ela não se amoldam os propósitos e, sobretudo, o âmbito do presente comentário. Remetemos o leitor, por isso, à bibliografia mencionada no final do presente capítulo.

cessário, preliminarmente, identificar-se a ‘fatispéci’ dos títulos de crédito. Se essa disciplina normativa, no entanto, apenas se destina aos títulos inominados ou atípicos, não há ‘fatispécie’ possível à qual se poderiam aplicar tais disposições gerais...

Numa desesperada tentativa de sairmos desse círculo vicioso, poder-se-ia afirmar, então, que a expressão ‘títulos de crédito’, no Código, não possuiria o sentido da tradição doutrinária, isto é, ela não corresponderia ao conceito vivantiano de ‘documentos necessários ao exercício do direito literal e autônomo neles mencionado’ e sim ao de documentos aos quais se aplicariam as normas dos arts. 1.992, 1.993 e 1.994 (no caso do Código italiano) ou dos arts. 887, 888 e 889 (no caso do Código brasileiro).

Demonstrou Ascarelli, no entanto, que nem assim lograr-se-ia sair do círculo vicioso porque, nessa última singular inversão do raciocínio, estar-se-ia afirmando que os documentos disciplinados pelos artigos 1.992, 1.993 e 1.994 (no caso do Código italiano) ou pelos arts. 887, 888 e 889 (no caso do Código brasileiro) – ‘títulos de crédito’, portanto, por causa de tal sujeição – estariam sujeitos ... à disciplina desses mesmos artigos 1.992, 1.993 e 1.994 (no caso do Código italiano) ou dos arts. 887, 888 e 889 (no caso do Código brasileiro).

Mas ainda não é tudo. Exaurindo todas as alternativas possíveis de construção exegética, insistiu Ascarelli em seu raciocínio, afirmando que não seríamos afastados do tal círculo vicioso se considerássemos serem títulos de crédito os documentos sujeitos à disciplina do art. 1.992 (art. 887 do Código brasileiro) e que tais títulos também se sujeitariam aos arts. 1.993 e 1.994 (arts. 888 e 889 do Código brasileiro).

Como se não bastasse a ausência de uma justificativa dogmática para essa última conclusão, o que se estaria afirmando, em última análise, de forma absolutamente tautológica, é que os documentos previstos no art. 1.992 (art. 887 do Código brasileiro) acham-se sujeitos à disciplina do art. 1.992!!!.

Assim exprimiu essa contradição, entre nós, o Prof. Fábio Konder Comparato (“O poder de controle na sociedade anônima”, Tese, p. 270, nota de rodapé nº 27)

“Ascarelli aplicou essa distinção conceitual, pela primeira vez, no artigo ‘Sul concetto di titolo di credito e sulla disciplina Del titolo V libro IV Del nostro Codice’, publicado em Banca Borsa e Titoli di Credito, em 1954, num fascículo em homenagem a Giacomo Molle, reimpresso em Saggi di Diritto Commerciale, cit., pág. 567. Sustentou então, que o conceito de ‘título de crédito’, tal como definido por Vivante, resumia o conjunto de elementos comuns a certos documentos jurídicos, disciplinados em lei. A partir do momento em que o legislador adotou esse conceito em ‘disposições gerais’, comuns a todos os títulos de crédito em espécie, das duas uma: ou ele repetiu, simplesmente, sob a forma genérica, as regras próprias de cada um dos documentos doutrinariamente considerados ‘títulos de crédito’ – o que é uma inutilidade, em texto de lei – ou então, caso se esteja permitindo a ‘criação’ de títulos de crédito atípicos, inominados, o legislador suscitou um autêntico círculo vicioso: essas disposições gerais se entendem aplicáveis aos ‘títulos de crédito’, e ‘título de crédito’ é uma expressão que designa os documentos disciplinados por essas disposições gerais. Ascarelli voltou ao assunto, com maior vigor, em ‘Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giurica’, em Problemi Giuridici, cit., I, pág. 165, e também na nota 76 do artigo

'Personalità Giuridica e Problemi della Società', em Problemi Giuridici I, cit., pág 311. O assunto mereceria um maior debate e aprofundamento entre nós, pois os elaboradores do Anteprojeto de Código Civil entenderam de reproduzir, substancialmente, o mesmo esquema normativo do Código italiano, nessa matéria (arts. 929 e segs.).'

Ao cabo dessas singelas considerações, permitimo-nos concluir no sentido de sugerir a esta DD. Ouvidoria:

I) a supressão de todo o Título VIII do Livro I da Parte Especial, relativo à disciplina jurídica dos títulos de crédito (arts. 887 a 926);

II) a supressão de todo o Título II do livro II da Parte Especial, relativo à disciplina jurídica das sociedades, com o propósito de transformá-lo num microsistema à parte, em conjunto com a matéria da sociedade por ações, tal como ocorreu, por exemplo, em França e, igualmente, no México; caso se prefira, no entanto, a manutenção dessa parte no Código, propõe-se a retirada, pelo menos – pela sua inutilidade e também pela simples possibilidade de gerar indevida interpretação de um de seus dispositivos –, dos arts. 1.088 e 1.089;

III) a supressão do art. 374, relativo à compensação das dívidas fiscais e parafiscais, por sua manifesta inadequação, uma vez que a relação entre o fisco e o contribuinte não é objeto de um Código Civil, regendo-se por normas especiais de Direito Tributário;

IV) a inclusão de um § 1º ao atual art. 966, transformando-se o parágrafo único em § 2º, do seguinte teor:

§ 1.º O exercício da atividade empresarial, para ser legítimo, deve cumprir, necessariamente, a sua função social.

V) a referência expressa aos textos legais revogados – conforme preceitua a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, alterada pela Lei Complementar nº 107, de 26 de abril de 2001, e regulamentada pelo Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, tais como o Capítulo XXIII da Lei nº 6.404, relativo à sociedade em comandita por ações e o Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, concernente às sociedades por quotas de responsabilidade limitada;

Tais eram as idéias que, de forma bastante singela, parecia oportuno trazer à apreciação. Parafraseando o saudoso e já citado Prof. Rubens Requião, seja-nos permitido dizer que tanto a nação brasileira quanto a nossa história estão confiantes de que o Parlamento nacional irá outorgar-lhes um diploma legal que não deslustre a memória de Clóvis Beviláqua e de Rui Barbosa.

Enunciados propostos sobre Direito da Empresa

Márcio Souza Guimarães: Promotor de Justiça do Rio de Janeiro.

- 1 O Título VIII do Livro I da Parte Especial do novo Código Civil (Dos Títulos de Crédito) deve ser revogado por apenas repetir diversas normas já existentes. Quando inova, faz de forma equivocada, como a vedação do aval parcial.
- 2 O conceito de empresário deve alcançar todas as atividades que dêem azo à produção ou circulação de bens ou serviços, não sendo razoável a restrição disposta no parágrafo único do art. 966.
- 3 A “averbação” disposta no § 2º do art. 968 deve ser substituída sob a forma de alteração contratual por não ter previsão no Regime de Registro Público de Empresas Mercantis.
- 4 O art. 977 está situado em local impróprio, por não se tratar de regra destinada à capacidade para ser empresário, mas sim para contrair sociedade (sócio).
- 5 O art. 980 apenas trata da separação judicial omissa quanto ao divórcio.
- 6 A sociedade em comum destoa do objetivo de fazer com que as atividades empresariais sejam exercidas de forma regular, inclusive quando cria regra de responsabilidade subsidiária.
- 7 A sociedade em conta de participação há muito não é considerada uma sociedade pelo seu caráter evidente de contrato.
- 8 O capítulo referente às sociedades simples deve ser enxuto por pretender criar uma regra geral para o direito societário, deslocando-se alguns dispositivos para o capítulo das disposições gerais.
- 9 Apesar de não estar explicitada a sociedade de capital e indústria, o inciso V do art. 997 e art. 1.006 do NCC assim dispõem, o que parece incongruente.
- 10 Fixação de *quorum* qualificado (unanimidade) para as deliberações (art. 999) deve ser exceção, sob pena de inviabilizar o bom desempenho do objeto social.
- 11 Imprimir caráter pessoal às sociedades simples (art. 1.002), bem como a qualquer tipo de sociedade vai de encontro à visão moderna de se dar ênfase à empresa/atividade (sua preservação).
- 12 O art. 1.016 é vago ao tratar de responsabilidade do administrador por culpa, diante dos dispositivos que o cercam, sendo que estes já tratam minuciosamente da responsabilidade do administrador das sociedades simples.
- 13 O art. 1.023 utiliza a terminologia equivocada “perdas sociais”, devendo ser substituída por “prejuízos”.
- 14 A responsabilidade dos sócios das sociedades simples, em regra, ilimitada, porém subsidiária e solidária, demonstra que a sua aplicação estará muito reduzida ou totalmente esvaziada, portanto deve ser repensado tal modelo societário.
- 15 A regra do art. 1.026 – penhora de dividendos – deve ser estendida para as demais sociedades.
- 16 A possibilidade de exclusão do sócio não pode resumir-se à via judicial (art. 1.030),

- sob pena de inviabilizar o desempenho das atividades sociais.
- 17 O art. 1.037 viola a Constituição da República (arts. 127 e 129) – Ministério Público desempenhando a função de liquidante extrajudicial das sociedades.
 - 18 A sociedade em nome coletivo e em comandita simples permanecerá no ordenamento jurídico como figurativa, não servindo tais modelos para desempenho da empresa, em virtude da responsabilidade dos sócios – ilimitada subsidiária e solidária.
 - 19 A terminologia “sociedade limitada” não é correta, sendo que toda e qualquer sociedade tem responsabilidade ilimitada (patrimonial), diferindo de modelo para modelo a responsabilidade dos sócios.
 - 20 A aplicação subsidiária da Lei nº 6.404/76 deve ser a regra legal, podendo o contrato estipular o contrário, invertendo-se o *caput* e parágrafo único do art. 1.053.
 - 21 **Com a exclusão do sócio rem isso, a forma de reembolso das suas cotas deve-se dar com base em balanço especial (de determinação) realizado na data de exclusão.**
 - 22 **A adm issibilidade de adm inistrador não-sócio (art. 1.061) é consentânea com o progresso social, m as a fixação de quorum** tão especializado (unanimidade) cria empecilhos à implementação.
 - 23 Deve ser explicitado que o administrador só pode ser pessoa natural, não obstante já esteja implícito no § 2º do art. 1.062.
 - 24 Deve ser fixada responsabilidade para o administrador da sociedade limitada em face da relevância do tema.
 - 25 Apesar de facultativa a criação de conselho fiscal, não deve a lei regulamentar tanto o mecanismo, deixando às partes a fixação das regras nos termos do porte e interesse social.
 - 26 O novo Código obriga que as deliberações sociais se realizem em assembléia ou reunião, mas não diferencia uma e outra. A fixação de regras para tais órgãos deliberativos não deve acarretar rigidez que engesse as sociedades limitadas.
 - 27 O parágrafo único do art. 1.085 deve ser revogado sob pena de não ser possível a exclusão extrajudicial com base em justa causa.
 - 28 O art. 1.088 repete regra inserta no art. 1º da Lei nº 6.404/76, portanto desnecessário.
 - 29 Não há razão para o tratamento das sociedades em comandita por ações por já se encontrar regramento na Lei nº 6.404/76, bem como em virtude do seu desuso.
 - 30 O sistema de registro de empresários deve ser unificado no Registro Público de Empresas (art. 1.150), facilitando o acesso ao registro.
 - 31 O empresário deve sempre utilizar designação precisa de sua pessoa ou do gênero de atividade (art. 1.156), atendendo ao princípio da veracidade.
 - 32 A vedação peremptória da alienação do nome empresarial (art. 1.164) parece totalmente inaceitável, criando regra de inalienabilidade sem qualquer motivação.

Art. 970: Pequeno empresário. Suprimir o art. 970 do novo Código Civil.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto: Professor Titular da Universidade Federal do Paraná.

JUSTIFICATIVA

O art. 970 do novo Código Civil é inútil e só causa confusão. Se vier uma lei, o tratamento ficará por ela assegurado. Não faz sentido uma lei (o Código) prever que outra lei irá assegurar qualquer coisa. O anteprojeto discriminava critérios para definir o pequeno empresário e previa decreto para tal tratamento (art. 1.031). O melhor é nada ficar dito aí, até porque gera dúvida sobre a necessidade de o pequeno empresário registrar-se ou não no Registro de Empresas Mercantis. Uma distinção o Código já fez quando dispensou o pequeno empresário do sistema de escrituração (art. 1.179, § 2º). Se for para criar outras facilidades, outra lei o fará. Acolhida a emenda, deve ser ajustada a redação do art. 1.179, § 2º, à mudança.

Art. 977: Sociedade entre marido e mulher. No referido artigo do novo Código Civil, deve-se substituir a expressão “desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória” por sem que possam utilizá-la para burlar (ou alterar) o regime de bens do casamento.

JUSTIFICATIVA

A sociedade entre marido e mulher é amplamente utilizada, e a doutrina já fixou o entendimento de que ela é válida e eficaz, desde que não seja utilizada para burlar o regime jurídico do casamento. A sugestão é adequar a regra à realidade e à orientação doutrinária hodierna, evitando, assim, inúmeros transtornos desnecessários e discussões quanto a direito adquirido na adaptação das sociedades já existentes a essa previsão absurda. Ver, a propósito, a regra do art. 2.031.

Art. 997: Sociedade simples de responsabilidade limitada. Suprimir o inciso VIII do referido artigo.

JUSTIFICATIVA

Esse inciso foi introduzido pela Emenda nº 84 do Senado Federal e quebrou todo o sistema. As sociedades não-empresárias são marcadas pela responsabilidade subsidiária e ilimitada de seus sócios. Assim é no regime das sociedades civis e assim é em todo mundo. A distinção está em que essa responsabilidade, ao contrário do que se dá com as empresárias, não é solidária, a não ser quando ajustada expressamente.

A regra está em antinomia com as dos arts. 1.023 e 1.024. Com a introdução desse inciso, que vale contra terceiros por causa do parágrafo único do mesmo artigo, cria-se uma sociedade limitada sem o mínimo cumprimento das severas exigências com que é tratada a genuína sociedade limitada, prevista e regulada pelos arts. 1.052 e seguintes (não há nada sobre capital social, a expressão "limitada" não precisa entrar na composição do nome empresarial, os terceiros que com ela contratam só podem conhecer da limitação da responsabilidade dos sócios pela análise do contrato social etc.).

Art. 982, parágrafo único, c/c 1.150 versus art. 1.093 c/c 983: registro das sociedades cooperativas. Conflito aparente de comandos contidos em artigos integrantes do novo Código Civil brasileiro.

Paulo Roberto Stöberl: Advogado no Paraná.

JUSTIFICATIVA

Com o advento da Lei nº 10.406 (novo Código Civil), que entrará em vigor em 11 de janeiro de 2003, modificou-se a estrutura do “disciplinamento” da pessoa jurídica no Brasil. As sociedades cooperativas passaram a ser tratadas no seio do Código Civil, trazendo à vida o anteprojeto de 1972, o que na época foi objeto de críticas de inúmeros autores, entre eles, Waldírio Bulgareli.¹

Existem alguns institutos, a exemplo da possibilidade de constituição de cooperativas sem capital social ou mesmo da subtração de princípios (art. 1.094) ou até mesmo da ampliação dos conceitos de responsabilidade dos cooperados, que representam um retrocesso aos ensinamentos da melhor doutrina de direito cooperativo², sendo apontada a própria Lei nº 5.764³, de 16 de dezembro de 1971, como marco de avanço em alguns pontos do anteprojeto que teve inspiração em 1965 – Código das Obrigações.⁴ O ressurgimento de idéias há muito abandonadas no corpo do Código Civil é fato que preocupa os estudiosos da sociedade cooperativa na medida em que se ressuscitou uma realidade de mais de trinta atrás, anacrônica, portanto.

Contudo a questão ora analisada, que se quer ressaltar, diz respeito à regulação do registro de documentos de constituição e funcionalidade das sociedades cooperativas; a dúvida encontra-se no apontamento de qual órgão é o competente para realizar esse “arquivamento de atos”, principalmente se deixarão de ser registrados pelas juntas comerciais e passarão para os cartórios de registro civil das pessoas jurídicas.

Tal dúvida encontra fundamento quando se compara o art. 1.150 combinado com o parágrafo único do artigo 982, ambos do novo Código.

O art. 1.150 determina:

O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária (grifo nosso).

1 Waldírio Bulgareli – As Sociedades Cooperativas e sua Disciplina Jurídica – SP, 1998.

2 Direito Cooperativo – Tese defendida por Fábio Luz Filho na obra O Direito Cooperativo – RJ, 1962.

3 Lei federal que regula as sociedades cooperativas no Brasil, recepcionada pela Constituição Federal – art. 5º, XVIII.

4 Waldírio Bulgareli – As Sociedades Cooperativas e sua Disciplina Jurídica, pág 86.

O parágrafo único do art. 982 determina:

Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

Em contrapartida, é mister elencar o contido no parágrafo único do art. 983, pois existem argumentos que indicam para um ou outro órgão de registro, trazendo dúvidas ao intérprete. Há ainda a interpretação do mesmo parágrafo que remete às leis específicas das sociedades de cota de participação e cooperativa.

Art. 983 (...)

Parágrafo único. Ressalvam-se as disposições concernentes à sociedade em conta de participação e à cooperativa, bem como as constantes de leis especiais que, para o exercício de certas atividades, imponham a constituição da sociedade segundo determinado tipo.

E ainda o contido no art. 1.093:

A sociedade cooperativa rege-se-á pelo disposto no presente capítulo, ressalvada a legislação especial.

Importante salientar neste momento o conteúdo regulador dessa matéria na Lei nº 5.764/71, art. 18, § 6º, que determina o registro a cargo das Juntas Comerciais:

Arquivados os documentos nas Juntas Comerciais e feita a respectiva publicação, a cooperativa adquire personalidade jurídica, tornando-se apta a funcionar.

Nossa tese é inclinada a afirmar que o registro de sociedades cooperativas continua a cargo das Juntas Comerciais, quer pelo fato de poderem assumir a “forma de sociedade empresária” e, como tal, poder-se-ia utilizar das regulamentações dessa forma societária, o que acarretaria seu registro nas Juntas Comerciais, quer porque o comando do § 20 do art. 20 do Decreto-lei 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil) determina que a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga, nem modifica a lei anterior.

Ademais há comando expresso do Código Civil em excetuar a lei regente das cooperativas, o que redundaria no fato de ser aplicado o capítulo VII, subsidiariamente a lei específica (Lei nº 5.764) e, no silêncio desta, o capítulo I, das sociedades simples.

Arts. 990, 1.009, 1.016, 1.017 e 1.091: Os sócios gestores e os administradores das empresas são responsáveis subsidiária e ilimitadamente pelos atos ilícitos praticados, de má gestão ou contrários ao previsto no contrato social ou estatuto, consoante estabelecem os referidos artigos.

Jorge do Canto: Juiz do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

JUSTIFICATIVA

O novo ordenamento civil trata da responsabilidade subjetiva dos sócios gestores da empresa e de seus administradores ao agirem com dolo nas práticas negociais, quer por excesso de poderes quer por infração à lei, contrato social ou estatutos, estendendo para a órbita privada regra de direito público prevista no art. 135, inc. III, do CTN.

Assim, a limitação da responsabilidade empresarial está adstrita apenas às práticas negociais regulares e lícitas, pois, toda vez que forem ultrapassados esses parâmetros, os sócios gestores e os administradores respondem civilmente sem qualquer limitação, podendo ser adentrado seu patrimônio particular, porquanto, na hipótese de praticarem atos ilícitos, respondem por culpa *ato sensu*.

Contudo, mesmo configurada a prática de ato ilícito, ainda assim a responsabilidade é subsidiária em virtude do benefício de ordem estabelecido no estatuto civil, tendo em vista que é a empresa a devedora principal devido à personalidade distinta da dos sócios, bem como a fim de não ferir o princípio da autonomia da pessoa jurídica.

A par disso, não pode servir a citada autonomia como meio para que os empresários ou sócios de empresas se utilizem desse expediente para se furtar ao cumprimento de deveres legais ou contratuais, buscando com isso se locupletar indevidamente com o descumprimento das obrigações.

A responsabilidade dos sócios ou dos administradores poderá ser direta se da lesão causada não resultou qualquer benefício à empresa, tendo aqueles se locupletado do uso indevido do nome desta.

Arts. 1.180, 1.183, 1.188, 1.192 e 1.194: Os registros contábeis são indispensáveis para o exercício da atividade empresarial, o que se estende ao pequeno empresário para a hipótese do livro diário; a falta ou incorreção daqueles acarreta ilícito civil e presunção relativa contra o empresário, conforme estabelecem os referidos artigos.

JUSTIFICATIVA

Fazem prova da atuação empresarial os registros contábeis, nos quais estão consignados todos os fatos relevantes do empreendimento, pois a falta ou incorreção de seus lançamentos importa em crime falimentar na hipótese de quebra, *ex vi* do art. 186, inc. VI, da Lei nº 7.661/45.

Assim, mesmo o pequeno empresário não pode furtar-se a manter a escrituração correta do livro diário, pois esse registro é a base do balanço contábil, sendo indispensável para a prática comercial, consoante estabelecem os arts. 10 e 11 do Código Comercial.

Portanto a falta de escrituração contábil mínima impediria aferir se a atuação empresarial é regular e se está dentro dos ditames legais e contratuais. Os empresários ou sócios de empresas comerciais que descumprirem essa obrigação arcam com o ônus da inversão probatória, pois inviabilizam que sejam perscrutadas a regularidade e a licitude de sua atuação profissional.

Art. 999: Princípio da maioria. Suprimir o referido artigo: “que tenham por objeto matéria indicada no art. 997, dependem do consentimento unânime de todos os sócios; as demais.”

Alfredo de Assis Gonçalves Neto: Professor Titular da Universidade Federal do Paraná.

JUSTIFICATIVA

Exigir deliberação unânime para qualquer alteração do contrato social é um absurdo. A unanimidade inviabiliza qualquer possibilidade de ajuste das divergências sociais e implanta a chantagem da minoria. Basta um sócio com percentagem ínfima do capital social discordar dos demais, para boicotar todos os interesses da sociedade.

A regra deve ser a deliberação por maioria de capital, permitindo-se que o contrato social restrinja ou altere o quórum para a tomada das decisões. Mas, nesse caso, os sócios, em razão das peculiaridades do caso concreto, resolvem manifestar expressamente a adoção de um regime mais rígido. Com a supressão ora proposta, ajusta-se a regra à orientação dominante da doutrina e da jurisprudência nacionais que têm prestigiado, amplamente, o princípio da maioria.

Art. 1.003: Princípio da maioria. Suprimir o citado artigo do novo Código Civil.

JUSTIFICATIVA

Vale a mesma justificativa da proposta anterior. É de todo conveniente deixar aos sócios liberdade para dispor a respeito da transferência de quotas, direito de preferência etc. Não há razão para prever uma norma cogente exigindo a unanimidade no caso de transferência de quotas.

Art. 1.007: Lucros do sócio de indústria. Substituir, no referido artigo, as expressões “na proporção da média do valor das quotas” por na mesma proporção do sócio capitalista de menor entrada.

JUSTIFICATIVA

Como redigida, a norma não fornece os dados para a base de cálculo da participação do sócio de indústria nos lucros sociais. Não há justificativa para alterar o critério atual, que está no art. 319, segunda parte, do Código Comercial, e 1.409, parágrafo único, do Código Civil de 1916.

Art. 1.011: Crimes de peita ou suborno. Substituir, no § 1º do mencionado artigo, as expressões “peita ou suborno” por corrupção, ativa ou passiva.

JUSTIFICATIVA

Há muito não existem mais os crimes de peita ou suborno. Simples questão de compatibilização com as normas penais vigentes.

Art. 1.015: Excesso e abuso de poder de administrador. Dar esta redação ao parágrafo único do citado artigo: Os atos praticados com excesso de poder pelos administradores ou estranhos ao objeto social obrigam a sociedade, salvo provando-se que o terceiro com quem contratou conhecia as restrições contratuais ou que agiu em concerto com o administrador em prejuízo da sociedade.

JUSTIFICATIVA

Segundo a doutrina e a jurisprudência atuais, os atos praticados com excesso de poder vinculam a sociedade. Vacila o entendimento quanto aos chamados atos *ultra vires*, isto é, estranhos ao objeto social, mas atualmente o entendimento dominante nos nossos tribunais é o de proteger o terceiro de boa-fé em detrimento da sociedade que deve suportar o ônus da má escolha do seu administrador.

A proposta visa priorizar os princípios da aparência e da boa-fé nos negócios e evitar surpresas para quem contrata com uma sociedade. Não é concebível que se passe a exigir do terceiro que mantém contato eventual com a sociedade uma busca no registro público para saber se aquele que se apresenta como administrador da sociedade tem poderes para praticar atos inerentes às atividades sociais. Também não é de se prestigiar a sociedade em detrimento de quem contrata com ela, quando o administrador utiliza-a para negócios estranhos. Nesse caso, cabe aos demais sócios apurar a responsabilidade do administrador, caso tenha resultado prejuízo social do ato por ele assim praticado.

Art. 1.019: Distinção entre administrador nomeado no contrato e por ato em separado. Quórum para destituição. Suprimir o referido artigo e seu parágrafo único do novo Código Civil.

JUSTIFICATIVA

Não faz (mais) sentido distinguir entre administrador nomeado no contrato e em ato separado, muito menos para efeito de sua destituição. Os administradores

permanecem nas funções só e enquanto gozarem da confiança da maioria, qualquer que tenha sido o modo de sua investidura ou eleição.

O quórum para a destituição, portanto, deve ser o da maioria, já consagrada e generalizada pela Lei de Registro das Empresas Mercantis e Atividades Afins, o que não impede que os sócios, se tal for seu interesse, disponham de outro modo no contrato social.

Arts. 1.052 a 1.086: Sociedades limitadas. Suprimir os artigos mencionados do novo Código Civil.

JUSTIFICATIVA

As disposições sobre limitadas são retrógradas e não resolvem uma série de problemas atuais. Para não ir longe, basta ver a questão dos diversos critérios de deliberação, com exigência de aprovação por quóruns variáveis, totalmente desvirtuados da realidade, que engessam a estrutura desse tipo societário.

O próprio Ministério da Justiça designou comissão para elaborar uma lei específica sobre as sociedades limitadas. O anteprojeto produzido por essa Comissão estava sendo discutido pela comunidade jurídica nacional e, embora apresentasse uma série de disposições discutíveis, continha vários avanços que não estão contemplados no texto do Código Civil. Aliás, nele se inclui a sociedade limitada unipessoal, que é reivindicação antiga da comunidade jurídica nacional e que, porque prevista em diretiva da União Européia, já existe ou foi implantada em diversos países do sistema europeu continental, como Portugal, França, Itália, Alemanha etc.

A sugestão é dar tratamento apartado, como ocorre com a sociedade anônima e com a cooperativa, as quais, embora referidas no Código Civil, têm tratamento em lei especial. A cooperativa tem seus princípios fixados no Código, mas, no mais, sua lei de regência é inteiramente respeitada (arts. 1.088, 1.089, 1.093 a 1.096).

Art. 1.057: Princípio da maioria. No referido artigo, suprimir “independentemente de audiência dos outros” e substituir “de mais de 1/4” por mais da metade.

JUSTIFICATIVA

Não sendo eliminado o capítulo das limitadas, deve haver a supressão acima indicada, pois, para a transferência de quotas sociais, é preciso alterar o contrato social por maioria. Não faz sentido permitir que ocorra transferência de quotas entre sócios sem que os outros saibam, até para melhor compor os interesses de todos. Por igual, não deve ser fixado um percentual inferior ao da maioria para o ingresso de estranho ~~no quadro social. Trata-se de sociedade~~ *em intuitu personae*, que não pode deixar o

poder de decisão nas mãos da minoria.

Arts. 1.061 e 1.063: Princípio da maioria. Suprimir o art. 1.061 e o parágrafo primeiro do art. 1.063 do novo Código Civil.

JUSTIFICATIVA

Não deve a lei fixar quórum distinto para situações iguais. Há muitas regras sobre percentuais para deliberações, os mais diversos, quando nunca houve qualquer dificuldade em solucionar as questões sociais por maioria de votos. Os administradores devem poder ser destituídos *ad nutum* quando não contentarem à maioria. Nada impede que os sócios disponham de outro modo, mas a norma, se mantida, é cogente.

Arts. 1.066 a 1.070: Conselho fiscal nas sociedades limitadas. Adequar as disposições dos mencionados artigos à Lei das Sociedades por Ações ou suprimir os arts. 1.067 a 1.070, dando a seguinte redação ao art. 1.066: A sociedade limitada pode instituir conselho fiscal, regido, no que couber, pelas disposições da Lei das Sociedades por Ações.

JUSTIFICATIVA

A Lei das Sociedades Anônimas regula de modo muito mais adequado o funcionamento do conselho fiscal. Não há razão para que tal conselho tenha tratamento diferente em se tratando de sociedade limitada. A proposta visa uniformizar o tratamento (com isso evita surpresas e facilita a compreensão do instituto pelo empresário) e normatizar o que já se passa na realidade presente, quando uma sociedade limitada adota esse modo de fiscalização.

Art. 1.076: Princípio da maioria. Alterar o referido artigo do novo Código Civil para dar-lhe a redação seguinte: As deliberações sociais serão tomadas por deliberação de sócios em maioria de capital, salvo se o contrato social dispuser de modo diverso.

JUSTIFICATIVA

A lei deve consagrar o princípio da maioria de capital como regra, deixando liberdade aos sócios para fixar quórum diferenciado para a aprovação de certas deliberações que julgarem conveniente. Como está, o art. 1.076 inviabiliza a flexibilidade que a sociedade deve ter para desenvolver suas atividades. Não há nenhuma razão para alterar o princípio da maioria consagrado pelo art. 15 do Decreto nº 3.708, de

1919, que, até hoje, não sofreu nenhuma crítica severa da doutrina.

Deve-se ter em conta o engessamento das sociedades já existentes, que serão colhidas de surpresa com essas disposições cogentes, jamais cogitadas pela doutrina nacional nem adotadas em contratos sociais desse tipo societário.

Art. 1.077: Direito de retirada. Alterar o citado artigo para dar-lhe a seguinte redação: Ao sócio que dissentir da modificação do contrato social é facultado retirar-se da sociedade nos trinta dias subseqüentes à data em que dela for formalmente comunicado, aplicando-se, no silêncio do contrato social, o disposto no art. 1.031.

JUSTIFICATIVA

Operações de fusão e incorporação implicam modificação do contrato social. A regra repete o disposto no art. 15 da Lei das Sociedades Limitadas, com o acréscimo da previsão de um prazo para o exercício do direito de recesso. Esse prazo deve ser contado da comunicação formal ao sócio que não assinou a alteração contratual e não da reunião que pode não haver, se vingar a proposta de torná-la facultativa.

Art. 1.089: Aplicação supletiva do código em matéria de sociedade anônima. Suprimir a parte final do art. 1.089 do novo Código Civil: “aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código.”

JUSTIFICATIVA

O Código, como lei geral, supre as lacunas da lei especial. O problema é que uma remissão expressa pode determinar a aplicação de regras societárias incompatíveis com a estrutura das companhias, como é o caso, para dar um só exemplo, da participação do casal em sociedades, não prevista na Lei do Anonimato e muito mal regulada pelo Código Civil. Imagine-se essa regra sendo aplicada em sociedades abertas, com ações cotadas em bolsa.

Arts. 1.113 a 1.122: Transformação, fusão, incorporação e cisão de sociedades. Suprimir dos arts. 1.114 ao 1.122 do novo Código Civil, dando ao art. 1.113 a seguinte redação: As operações de transformação, fusão, incorporação e cisão de sociedades devem observar o que a respeito estabelece a Lei das Sociedades por Ações.

JUSTIFICATIVA

A matéria está lacunosa e muito mal regulada. É tratada de modo mais completo e satisfatório pela Lei das Sociedades por Ações, que se aplica às sociedades em geral.

Observe-se que a cisão, embora lembrada no título do capítulo, não se encontra nele regulada. Só há referência aos efeitos. A incorporação não enfrenta os problemas da sociedade a ser incorporada. O art. 1.117 fala em sociedade incorporada quando devia referir-se a sociedade incorporadora e assim por diante.

Arts. 1.150 a 1.154: Registro público de empresas mercantis. Suprimir dos arts. 1.151 ao 1.154 do novo Código Civil, dando a seguinte redação ao seu art.

1.150: O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais consoante o disposto em lei própria; e a sociedade simples, ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

JUSTIFICATIVA

Depois de terem sido aprovadas pela Câmara dos Deputados, essas disposições foram revistas e consubstanciadas na Lei nº 8.934, de 1994, que adota sistema diferente. Não há razão de retornar ao que era antes. Só há o acréscimo da inscrição do empresário (arts. 967 e 968). Leve-se em conta que o registro civil de pessoas jurídicas também continuará sendo regulado pela Lei de Registros Públicos.

Art. 1.160: No conflito aparente de normas entre o art. 1.160, *caput*, do novo Código Civil e o art. 3º, *caput*, da Lei n. 6.404/76, prevalece este, continuando a operar efeito a vedação de a denominação da sociedade anônima ser acompanhada, ao final, da expressão “companhia”, bem como não se exigindo que ela designe o objeto social.

Marcelo Andrade Feres: Procurador Federal e Professor licenciado de Direito Comercial do Unicentro Newton Paiva/BH.

JUSTIFICATIVA

Referências legais: Arts. 1.089 e 1.160 do novo Código Civil, art. 3º da Lei nº 6.404/76 e art. 3º do revogado Decreto-lei nº 2.627/40.

Trata-se de enunciado que dispõe sobre o nome empresarial das sociedades anônimas no novo Código Civil. Para melhor compreendê-lo, é imprescindível uma breve síntese evolutiva do tema. Pelos idos da década de setenta, o governo militar pretendia levar a efeito amplas modificações no ordenamento brasileiro. Almejava-se uma alteração de todo o sistema implantado. Constituiu-se, então, uma comissão para elaborar o anteprojeto de Código Civil.

Discutiu-se sobre a situação da sociedade anônima, se deveria ser carreada ao bojo da projetada codificação ou se mereceria a confecção de uma lei especial. Prevaleceu o segundo entendimento e foi constituída uma comissão composta por Alfredo Lamy Filho e Bulhões Pedreira. Elaboraram eles projeto que, após intensas discussões, restou aprovado, sendo hoje a Lei nº 6.404/76.

Essa comissão, estudando a antiga Lei de Sociedades Anônimas, o já revogado Decreto-lei nº 2.627/40, com respeito ao nome empresarial, resolveu aperfeiçoar o sistema, modificando o conteúdo do *caput* de seu art. 3º, que dispunha: “A sociedade anônima será designada por denominação que indique os seus fins, acrescida das palavras ‘sociedade anônima’ ou ‘companhia’, por extenso ou abreviadamente” (grifou-se).

Na Lei nº 6.404/76, o *caput* do art. 3º passou a dispor: “A sociedade anônima será designada por denominação acompanhada das expressões ‘companhia’, ou ‘sociedade anônima’, expressas por extenso ou abreviadamente, mas vedada a utilização da primeira ao final.” Percebe-se que o aprimoramento da norma deu-se no sentido de vedar o uso da expressão “companhia” ao final da designação da sociedade, bem como deixou de exigir-se que ela identifique os fins sociais.

Segundo a exposição de motivos, que acompanhou o projeto da Lei nº 6.404/76, pugnou-se pela manutenção das normas do Decreto-lei nº 2.627/40, modificando-se apenas o que fosse necessário. Com respeito às alterações sobre o nome empresarial, expõe-se:

“d) dispensa a indicação dos fins da companhia na denominação (art. 3º), porque referências genéricas como, por exemplo, “indústria e comércio”, pouco infor-

mam; nas sociedades com produção diversificada de bens e serviços, a indicação do fim é impraticável, e nas grandes companhias, com marcas amplamente conhecidas no mercado, é dispensável;

e) veda o uso da palavra 'companhia' no fim da denominação, para evitar confusões com sociedades de pessoas (art. 3º)."

O anteprojeto de Código Civil que se converteu em projeto e, mais tarde, na Lei nº 10.406/2002, em sua redação original, cuja elaboração foi simultânea ao projeto da Lei nº 6.404/76, mencionou a sociedade anônima em três dispositivos, que versavam sobre as características do tipo societário, sua remissão à legislação especial e seu nome empresarial. Os preceitos delineados no projeto mantiveram o conteúdo do Decreto-lei nº 2.627/40. Não era objetivo da comissão de Código Civil introduzir qualquer modificação no regime das sociedades anônimas. Isso fica claro por força do expresse envio do tema a lei apartada (art. 1.089).

A título ilustrativo, cumpre destacar que, durante a tramitação do projeto de código no Congresso Nacional, em data recente, houve uma emenda que reparou uma impropriedade. O projeto afirmava ser a responsabilidade dos sócios da companhia limitada ao valor nominal das ações por ele adquiridas ou subscritas. A expressão "valor nominal" foi substituída por "preço de emissão", seguindo a cadência da Lei nº 6.404/76.

Contudo, no que toca ao *caput* do art. 1.160 do novo Código Civil, o legislador não procedeu à emenda devida. Ao que se apresenta, a previsão, por se encontrar fora do capítulo da sociedade anônima, passou despercebida, concretizando-se um grave equívoco. Esse artigo como que ressuscita o art. 3º do Decreto-lei nº 2.627/1940, não proibindo o uso da palavra "companhia" no fim da denominação, assim como exigindo que ela designe o objeto social, ignorando totalmente as razões que levaram os elaboradores da Lei nº 6.404/76 a alterar a sistemática do Decreto-lei nº 2.627/40.

É importante uma lembrança especial: o novo Código, ao não prever a proibição do uso de "companhia" ao final, incorre naquela "confusão com sociedades de pessoas" que os criadores da Lei nº 6.404/76 quiseram evitar, pois, no art. 1.157, referente a estas, dispõe que "a sociedade em que houver sócios de responsabilidade ilimitada operará sob firma, na qual somente os nomes daqueles poderão figurar, bastando para formá-la aditar ao nome de um deles a expressão 'e companhia' ou sua abreviatura" (grifou-se). Pela lógica, o uso da expressão "companhia" ao final de nomes empresariais deveria ser reservado às firmas ou razões sociais.

Desse contexto, emergem questões palpitantes, de grande repercussão, principalmente sobre o Registro Público de Empresas: em face do novo Código Civil, admite-se ou não o emprego da expressão "companhia" ao final do nome das sociedades anônimas? É necessário ou não que a denominação designe o objeto social?

A solução deve ser orientada pelos princípios da sucessão de leis no tempo. A nova codificação, no capítulo do nome empresarial, quis tratar do tema de maneira exaustiva. Em princípio, parece que, como lei posterior que trata exaustivamente do tema, o novo Código Civil revogaria o art. 3º da Lei nº 6.404/76. Entretanto não se

pode esquecer que o próprio Código remeteu a regência das sociedades anônimas à lei especial. Essas sociedades somente se regem pelas normas do novo Código quando for omissa a sua legislação peculiar (art. 1.089). Assim, surge mais um princípio: a lei especial anterior não é revogada pela lei geral posterior, principalmente porque o novo *codex* preserva a integridade da Lei nº 6.404/76. Deve prevalecer este segundo princípio, permitindo que a vedação do uso da expressão “companhia” ao final da denominação continue a operar seus jurídicos efeitos, bem como não exigindo que ela identifique o objeto social sob pena de condenar o nome das sociedades anônimas a ser regido por disposição de conteúdo idêntico àquele do obsoleto art. 3º do Decreto-lei nº 2.627/40.

Arts. 1.177 e 1.178: Contabilista e outros auxiliares. Suprimir a Seção III que precede o art. 1.177 do novo Código Civil.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto: Professor Titular da Universidade Federal do Paraná.

JUSTIFICATIVA

As disposições dessa seção referem-se genericamente a prepostos, quaisquer que sejam, não fazendo sentido a referência apenas a contabilista (*sic*) e outros auxiliares. Como está, pode dar margem a uma interpretação restritiva.

Novo Código Civil: A constitucionalização do Direito Civil, influenciando nitidamente nos conceitos de propriedade e posse, culmina com a modificação sensível na tônica de atuação desses institutos, sendo nítido exemplo das novas tendências de “repersonalização” e “despatrimonialização” do Direito Civil.

Marcos Roberto Araújo dos Santos: Juiz Federal da 4ª Vara Federal de Curitiba/Paraná.

JUSTIFICATIVA

O Direito Civil como único e exclusivo ramo do direito pátrio que tratava das relações intersubjetivas, de interesse da sociedade como particulares.

Há muito a distinção entre direito público e direito privado não mais se apresenta coerente, visto que existe nítida intervenção das normas de ordem pública em ramos do direito de cunho eminentemente privado, como no caso do Direito Civil. Isso se deve à elevação dos institutos de direito civil à categoria de normas constitucionais, ensejando uma mudança na tônica e apreciação deles.

Atualmente, todo o Direito Civil deve ser repensado e reinterpretado frente à Constituição Federal, que delinea, em seu art. 1º, a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.

Ora, os aspectos de absoluto individualismo do Código Civil de 1916 no tocante a conceitos como propriedade e posse devem ser abandonados. Não se permite a sua realização e efetivação sem a presença clara da proteção à pessoa humana.

A posse, antes mero ato-fato, hoje direito constitucional extraído dos preceitos de usucapião extraordinária da Carta Magna, bem como a propriedade, antes direito de usar, gozar e dispor de forma exclusiva e absoluta da coisa, hoje direito de exercer os atributos da propriedade de forma e cunho social, são os exemplos mais claros de mudança na ótica de institutos típicos de Direito Civil.

O novo Código Civil de 2002, embora inovador ao traduzir, no texto infraconstitucional, os avanços delineados pela Constituição, traz, ainda, vários preceitos repetidos do Código Civil anterior, sendo necessárias a análise e a atenção do intérprete para a sua correta aplicação frente ao texto constitucional.

Neste ponto, observo a necessidade de exame dos institutos “posse” e “propriedade”, tentando delinear até que ponto devem ser protegidos e, principalmente, quando devem ser afastados de seus titulares em prol da sociedade.

Apresento, assim, meu esforço em auxiliar nos trabalhos da Jornada de Direito Civil para tecer algumas considerações sobre a reinterpretção desses institutos no atual arcabouço do ordenamento jurídico pátrio.

Novo Código Civil: Não serão derogadas ou ab-rogadas as normas relativas ao direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade com a vigência das normas inseridas no referido Código referentes ao mesmo direito, as quais entrarão em vigor em 11 de janeiro de 2003, pois se cuida de institutos com vocações diversas, destinados a regular situações jurídicas diferenciadas.

Ricardo César Pereira Lira: Professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

A Posse como uma das Formas de Aquisição da Propriedade

Eduardo Kraemer: Juiz Corregedor do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Existe necessidade de rompimento com antigos paradigmas individualistas a respeito da posse. Não se mostra adequado que ela apenas se apresente como instrumento de proteção das relações de propriedade; deve ser um instrumento de concretização dos valores contidos na Constituição Federal.

Objetivando efetivar os valores constitucionais, especialmente a função social, é inevitável ampliar os efeitos da posse. Assim, é possível cogitar que o simples exercício da posse poderia constituir-se em modo de aquisição da propriedade, desde que agregado a algum negócio jurídico que viesse a justificar a aquisição do bem e logicamente a posse.

Propõe-se, portanto, a alteração dos efeitos desta, caso seja adquirida de forma onerosa. Ademais, é importante salientar que a valorização do seu exercício, de certa forma, já foi efetivada pelo Judiciário, conforme se depreende do enunciado n.º 84 do Superior Tribunal de Justiça. Caminha nesse sentido a valorização da cessão da posse como instrumento de direito real na Lei do Parcelamento do Solo Urbano, com as modificações introduzidas pela Lei Federal nº 9.785/99.

Arts. 1.196, 1.204, 1.205 e 1.267: A ausência de previsão explícita no novo Código Civil brasileiro acerca da aquisição e perda da posse de bens imóveis mediante o *constituto possessório* não exclui tal modalidade de transmissão possessória do âmbito dos negócios imobiliários.

Ou alternativamente:

A posse das coisas imóveis pode ser transmitida através do *constituto possessório*.

Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon: Desembargador do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

JUSTIFICATIVA

O presente enunciado visa esclarecer e antecipar, perante a comunidade jurídica, posicionamento acerca de questão que, sem dúvida, freqüentará o debate dos meios acadêmicos e judiciais relativamente à sobrevivência ou não do *constituto possessório* como meio de transmissão, isto é, perda e aquisição da posse das coisas imóveis.

A incerteza advém do fato de o novo Código Civil não ter erigido explicitamente a possibilidade de, mediante *cláusula constituti* (instrumento do *constituto*), proceder-se à transmissão da posse dessa particular espécie de bens como regra geral, tal como estabelece o Código Civil de 1916 em seus arts. 494, IV, e 520, V.

Rezam tais dispositivos:

Art. 494. Adquire-se a posse:

(...)

IV – Pelo constituto possessório.

(...)

Art. 520. Perde-se a posse das coisas:

(...)

V – Pelo constituto possessório.

O legislador do novo *codex* preferiu, atendendo os reclamos e críticas doutrinárias e observando a *teoria objetiva* da posse, inquestionavelmente revigorada e prestigiada no art. 1.196, disciplinar a aquisição e a perda da posse em dois dispositivos fundamentais, dos quais se extrai que a posse se adquire “desde o momento em que se torna possível o exercício em nome próprio de qualquer dos poderes inerentes à propriedade”, considerando-se perdida “quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196”.

Apesar de o conjunto desses dispositivos (1.196, 1.204 e 1.223) ter restaurado a necessária congruência do sistema de aquisição e perda da posse, o Código persistiu em elencar, no art. 1.205, hipóteses relativas à legitimidade material (subjéti-va) para a aquisição da posse, assim dispondo:

Art. 1.205. A posse pode ser adquirida:

I – pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante;

II – por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação.

O dispositivo repete parcialmente o art. 494 do Código de 1916, apenas excluindo o *constituto possessório*, o que mais acirra as dúvidas sobre sua manutenção como modalidade translativa da posse.

Entretanto, quer pela própria natureza jurídica da posse, considerada majoritariamente como um direito, ainda que para alguns agregada a um estado de fato (Moreira Alves, *Posse*, v. II, t. 1, pp. 78-99; Orlando Gomes, *Direitos Reais*, 1999, pp. 26-31; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, volume IV, 13ª ed., pp. 20-22; José de Oliveira Ascensão, *Direitos Reais*, 1973, pp. 294; Maria Helena Diniz, *Direito Civil Brasileiro*, 4º volume, 1991, pp. 42-44; Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, 3º volume, *Direito das Coisas*, pp. 16-24), quer pela interpretação sistemática do novo Código, a transmissão via *constituto possessório* parece ter sido mantida no ordenamento jurídico.

O *constituto possessório* é conceituado, na doutrina, como uma técnica de aquisição derivada, materializada em cláusula expressa através da qual se adquire a posse *convencionalmente*, dispensada a prática de atos materiais (Orlando Gomes, *op. cit.* p. 53). Trata-se de modalidade tão freqüente no trato negocial “que se emprega como fórmula tabelioa, inserta mecanicamente em toda escritura translativa da propriedade” (Caio Mário, *op. cit.* p. 39).

Sem prejuízo da conceituação albergada pelo art. 1.196 do novo Código, reconhecida a natureza jurídica da posse como um direito (irrelevante para a questão se real ou pessoal), deve-se reconhecer, paralelamente, sua transmissão, como direito que é, através das manifestações consensuais. Nesse sentido, o Código Civil de 1916 dispunha que se adquiria a posse “por qualquer dos modos de aquisição em geral” (art. 493, III), entendendo-se, evidentemente, que a posse poderia ser adquirida por qualquer dos modos através dos quais, em geral, se adquirem os direitos.

Mantida pelo atual Código a conceituação fundamental da posse, tal como se extrai do confronto entre os arts. 495 do Código de 1916 e 1.196 do novo Código, preceitos que, embora referentes ao *possuidor*, permitem a extração do conceito de *posse*, não há razão para, por mera omissão legislativa, deixar de reconhecer as consequências iminentes ao revigoramento conceitual.

Paralelamente e nada obstante a supressão do *constituto possessório* como modalidade translativa do elenco do art. 1.205 do novo Código Civil (dispositivo legal desnecessário e obnubilador da sistemática geral de aquisição e perda da posse), observa-se sua previsão expressa no Livro III, Cap. III, Tít. III, que disciplina a “aquisição da propriedade **móvel**”, especificamente na Seção IV, que cuida “Da Tradição”. Nesta seção, o art. 1.267, após repisar que “a propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição”, estatui, em seu parágrafo único: “subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo *constituto possessório*...”.

Não obstante tratar-se de regra inserida em capítulo disciplinador da tradição

das coisas *móveis*, deve ser interpretada como abrangente das situações possessórias pertinentes aos *imóveis* quer pelas razões antes expostas, suficientes para sustentar a permanência do *constituto possessório* como modalidade de transmissão da posse, quer pela inexistência de motivos para o trato diferenciado, quer, finalmente, pela inegável importância que tal cláusula assume na segurança dos negócios imobiliários, com repercussão, principalmente, na legitimidade para o manejo das ações possessórias.

Direito das Coisas

Edilson Pereira Nobre Júnior: Juiz da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

TÍTULO I – DA POSSE

~~Restou mantida pelo art. 1.196, com vista à caracterização da posse *interdicta*~~, a teoria objetiva de Jhering; igualmente o novo Código Civil não chegou a conferir à posse a natureza de direito real.

Mantido também o conceito de detentor pelo art. 1.198, com a novidade de, no seu parágrafo único, restar plasmada presunção relativa da qualidade de detentor.

No que concerne à perda da posse, o art. 1.223 do novo Código Civil, ao contrário do art. 520 da ordenança de 1916, gizou objetivo e genérico, de modo que tal ocorre quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder de fato sobre a coisa.

Diversamente do art. 508 do diploma de 1916, o novo Código Civil absteve-se de dispor acerca da disciplina inerente ao rito procedimental da tutela da posse, muito embora tenha tornado indubitosa, no seu art. 1.212, a possibilidade de ação de esbulho ou de indenização contra terceiro que recebera a coisa esbulhada consciente dessa circunstância.

Constitui novidade, ante o art. 505 da disciplina pretérita, a vedação *exceptio dominis* no âmbito do juízo possessório (art. 1.210, § 2º), seguindo tendência já esboçada pelo art. 923 do CPC, com a redação ofertada pela Lei nº 6.820/80.

O ressarcimento ao possuidor de boa-fé, com base no art. 1.222, far-se-á pelo valor atual das benfeitorias, abandonando-se a opção do art. 519 do Código Civil de 1916.

TÍTULO II – DOS DIREITOS REAIS

Ao traçar o rol dos direitos reais no art. 1.225, o novo Código Civil suprimiu a enfiteuse, sem embargo de pôr a salvo as situações anteriores (art. 2.038), e as rendas expressamente constituídas sobre imóveis, inserindo a superfície e o direito do promitente comprador.

TÍTULO III – DA PROPRIEDADE

Depois de enunciar os poderes do proprietário (art. 1.228, *caput*) na linha do art. 544 do Código Civil francês, procedeu à adaptação da propriedade, outrora *sacré et inviolable*, aos imperativos advindos do constitucionalismo hodierno de observação, pelo seu titular, da sua função social, a ser cumprida pela realização das finalidades econômicas e sociais da coisa, harmonizada com o respeito ao meio ambiente; em

decorrência disso, vedou a prática dos atos de emulação que, além de não trazerem qualquer comodidade ou utilidade ao proprietário, sejam animados pela intenção de prejudicar outrem (art. 1.228, § 2º).

Instituída pelo art. 1.228, § 4º, modalidade de desapropriação indireta, fulcrada no interesse social, a ser consumada nos autos de ação reivindicatória.

Art. 1.229, mantendo orientação constante do art. 526 do Código Civil anterior, explicita os poderes do proprietário quanto ao espaço aéreo e ao subsolo, o qual se encontra limitado pelos arts. 28 a 31 da Lei nº 10.257/01, ao cuidarem, com apoio na função social da propriedade urbana, do instituto da outorga onerosa do direito de construir.

Atualizando o tema inerente ao domínio das jazidas, minas, demais recursos minerais, potenciais de energia hidráulica, a fim de compatibilizá-lo com a disciplina instituída pelo constituinte de 1934, mantida pelo art. 176, *caput*, do atual diploma básico, restou afirmado que aqueles não pertencem ao senhor do solo, mas à União, dispondo também que tal se aplica igualmente no que concerne aos monumentos arqueológicos e outros referidos em leis especiais. No seu parágrafo único, é traçada exceção, a meu sentir não colidente com o texto sobranceiro, garantindo ao proprietário do solo o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil.

Malgrado conservada intacta a antecedente disciplina da usucapião de bens móveis (arts. 1.260 a 1.262), a disciplina do instituto, no plano imobiliário, apresentou as seguintes mutações: a) o prazo da usucapião extraordinária fora reduzido de vinte para quinze anos, ou ainda para dez anos, caso o possuidor tenha estabelecido no bem a sua moradia habitual, ou nele realizado obras e serviços de caráter produtivo (art. 1.238, parágrafo único); b) quanto à usucapião ordinária, demais da superação do *discrimen* entre presentes e ausentes, fora fixado o intervalo temporal de dez anos, reduzido a um lustro, desde que o imóvel tenha sido adquirido de forma onerosa, com base em título registrado, posteriormente cancelado e que o possuidor haja realizado no imóvel investimentos de interesse social e econômico (art. 1.242, parágrafo único); c) incorporação da usucapião especial rural, nos moldes do art. 191, *caput*, da Lei Maior (art. 1.239); d) usucapião especial urbana, consagrada no art. 183, §§1º e 2º, da Constituição (art. 1.240, §§1º e 2º), nesse ponto já complementada pela legislação extravagante, mais especificamente pelo art. 9º, § 3º, e art. 10, §§1º a 5º, da Lei nº 10.257/01), ao tratarem, respectivamente, do instituto da acessão de posse e da usucapião especial urbana coletiva; não esquecer que, avançando além do novo Código Civil, bem como corrigindo injustiça patrocinada pelo constituinte de 1988, que excluiu as terras públicas do regime da usucapião, a MP 2.220 contempla a concessão de uso especial para fins de moradia com os mesmos requisitos da usucapião especial urbana.

Manteve, com base na tradição germânica, a orientação de que o negócio jurídico, isoladamente, não alberga a força geratriz da propriedade, fazendo-se necessário, em caso de imóveis, o registro do título translativo no ofício imobiliário (arts. 1.245 a 1.247) e, quanto aos móveis, a tradição (art. 1.268); no particular desta,

excepcionou, nas hipóteses em que a coisa é oferecida ao público em leilão ou estabelecimento comercial e em atenção à boa-fé do adquirente, a regra de que a tradição não aliena a coisa quando feita por quem não é proprietário.

Plasmou disciplina mais precisa da perda da propriedade imóvel pelo abandono (art. 1.276), fenômeno que constitui corolário da função social da propriedade.

Conservação das linhas inerentes à aquisição da propriedade por acessão natural (formação de ilhas, aluvião, avulsão e álveo abandonado); fora ofertada disciplina nova e mais detalhada ao instituto da invenção, agora denominado descoberta (arts. 1.233 a 1.237).

Nova diretriz ao tema das construções e plantações, relativizando-se, em atenção à boa-fé do construtor e do plantador e à função social da propriedade, a orientação de que, na edificação ou construção em terreno alheio, aquele perde, em proveito do proprietário, as construções, sementes e plantas, assegurando-se o direito à indenização (arts. 1.255, parágrafo único, 1.258, parágrafo único, e 1.259).

No Capítulo V do Título III, dedicado aos direitos de vizinhança, foram acrescentadas algumas mudanças, a saber: a) depois de reproduzida a mensagem do art. 554 do diploma anterior, aludindo a interferências prejudiciais, o art. 1.277 especifica, no seu parágrafo único, parâmetros objetivos a serem considerados na análise de tais interferências; b) o art. 1.278 impõe ao proprietário tolerar as interferências indevidas quando justificadas pelo interesse público, ressalvado direito à indenização; c) a disciplina da passagem de cabos e tubulações (arts. 1.286 e 1.287); d) fora amenizada, no art. 1.301, § 1º, a regra que vedava a construção de janelas, permitindo-se a abertura destas com a distância de setenta e cinco centímetros da linha divisória; e) vedação, no art. 1.311, da execução de qualquer obra ou serviço suscetível de provocar desmoroamento ou deslocamento de terra, ou de comprometer a segurança do prédio vizinho; f) previsão, no art. 1.313, do direito do proprietário ou ocupante do imóvel de tolerar o ingresso, mediante prévio aviso, do vizinho no prédio, a fim de temporariamente usá-lo quando for indispensável à reparação, construção, ou limpeza de sua casa ou do muro divisório, bem como apoderar-se de coisas suas, inclusive animais, sendo sempre devida indenização ao prejudicado.

O novo Código Civil não abrigou a disciplina da propriedade dos direitos autorais e programas de computadores, permanecendo a matéria sob o domínio da legislação extravagante (Leis nº 9.609/98 e 9.610/98).

Ocupou-se o Código Civil do trato do condomínio edilício, revogando, de conseqüência, o Título 1 da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Eis, com rapidez, os sinais inovadores mais perceptíveis: a) indicação não definitiva das partes suscetíveis de utilização independente e das partes comuns (art. 1.331, §§ 1º e 2º); b) **diferença entre a instituição do condomínio, a ocorrer por ato** ~~inter vivos~~ ou testamento, registrado no cartório de registro de imóveis (art. 1.332, I e II) e sua constituição, através de convenção de condomínio, subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais, com posterior registro no ofício imobiliário, para validade contra terceiros (art. 1.333 e parágrafo único); c) enumeração dos direitos (art. 1.335, I a III) e dos deveres (art. 1.336, I, II e III) dos condôminos, não ficando excluída a

possibilidade de sua extensão pelo regimento interno; d) a redução para dois por cento do limite da multa pelo atraso no pagamento das contribuições, bem como a possibilidade de fixação de alíquota de juros moratórios em patamar mensal superior a um por cento (art. 1.336, § 1º); e) possibilidade de o ato constitutivo ou de a convenção cominar multa pelo não-cumprimento dos deveres legais, limitada a cinco vezes o valor das contribuições mensais, independente de perdas e danos (art. 1.336, § 2º); e) previsão de multa para os condôminos que, de forma reiterada, não observarem os seus deveres, aplicada mediante deliberação de três quartos dos condôminos (art. 1.337 e parágrafo único); f) preempção em favor do condômino na locação para abrigo de veículos (art. 1.338); g) previsão legal de *quorum* para deliberações, tais como o de dois terços para realização de obras voluptuárias pelo condomínio, ou da maioria para a realização de benfeitorias úteis (art. 1.341, I e II), ou da unanimidade para a construção de outro pavimento ou de outro edifício, a fim de abrigar novas unidades imobiliárias (art. 1.343), o de dois terços para a alteração da convenção e do regimento interno (art. 1.352) e, para as demais deliberações que não exijam *quorum* especial, demandar-se-á, em primeira convocação, maioria de votos, presente pelo menos a metade das frações ideais e, em segunda convocação, a maioria dos votos dos presentes (arts. 1.352 e 1.353); h) possibilidade de o síndico ou, em caso de omissão deste, qualquer condômino realizar obras ou reparações necessárias urgentes, independente de qualquer autorização (art. 1.341, §§ Iº a 4º); i) disposição em lei da maneira de escolha do síndico e respectivas atribuições (arts. 1.347 a 1.350 e 1.355), sem prejuízo, quanto à última parte, da atuação supletiva de convenção ou do regimento interno; j) possibilidade de instituição de conselho fiscal, constituído de três pessoas, para apreciar as contas do síndico (art. 1.366).

A Lei nº 10.406/02 agregou ao seu texto a propriedade fiduciária, a representar, como diz o art. 1.361, o domínio resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com a finalidade de garantia, transfere ao credor, ficando revogadas as disposições do art. 66 da Lei nº 4.728/65 e o Decreto-lei 911/69, relativos à disciplina dos aspectos substantivos do instituto.

TÍTULO IV – DA SUPERFÍCIE

Grande inovação consistiu o retorno ao sistema jurídico do direito de superfície, extinto com a Lei nº 1.257, de 24 setembro de 1864, representado pelo fato de o proprietário poder conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno por tempo determinado, o que se dá mediante escritura pública, registrada no cartório de registro de imóveis.

O primeiro problema que assoma é o de saber se tais dispositivos da Lei nº 10.257/01 foram ou não ab-rogados pelo macrossistema da Lei nº 10.406/02; isso porque o Código Civil, desde a sua gestação, vocacionava-se ao trato da matéria como um todo, tanto que aludira, no seu art. 1.369, à superfície como abrangente do direito de construir, utilidade conatural aos terrenos citadinos.

Tal outorga poderá ser gratuita ou onerosa, transferível mediante atos *inter*

vivos ou *causa mortis* de preempção ao proprietário.

A extinção do direito ocorrerá com o transcurso do prazo pelo qual for concedido. Antes da expiração, poderá operar-se a sua resolução caso o “superficiário” dê ao terreno destino diverso do convencionado. Dá-se também a extinção do direito de superfície com a desapropriação, devendo a indenização ser partilhada entre proprietário e “superficiário”, na conformidade do valor correspondente ao direito de cada um.

Extinta a concessão, volve ao proprietário o domínio pleno do imóvel, incluídas as construções e plantações, sem qualquer indenização, salvo se contrário o ajustado.

O direito de superfície, quando outorgado por pessoa jurídica de direito público interno, reger-se-á pelo Código Civil, ressalvada a edição posterior de leis específicas.

Decorrência da consagração do direito de superfície fora a vedação à constituição de novas enfiteuses e subenfiteuses, mantendo-se incólumes as existentes, as quais seguirão o disposto no Código Civil de 1916, estando interditas: a) cobrança de laudêmios, ou prestação análoga, nas transmissões dos bens aforados, cuja base mensável venha a projetar-se sobre o valor das construções ou plantações; b) constituição de subenfiteuse.

TÍTULO V – DAS SERVIDÕES

Nesse particular, destaca-se o art. 1.382, parágrafo único, ao dizer que, abandonado o imóvel pelo proprietário do prédio serviente, quando lhe tocar a obrigação de realizar as obras necessárias à conservação da servidão e o proprietário do bem dominante se recusar a receber o bem serviente, caberá a este o custeio das obras.

TÍTULOS VI, VII e VIII – DO USUFRUTO, DO USO E DA HABITAÇÃO.

Preservada, quase em sua integridade, a disciplina do legislador de 1916, há que se chamar atenção para o art. 1.404, § 2º, ao permitir que o usufrutuário leve a cabo as reparações a que está obrigado o proprietário, por inércia deste, podendo cobrar as importâncias despendidas.

O direito real de habitação de que é titular o cônjuge supérstite persistiu regulado no direito das sucessões (art. 1.831).

TÍTULO IX – DO DIREITO DO PROMITENTE COMPRADOR

Talvez uma das mais relevantes inovações no direito das coisas tenha consistido na incorporação ao texto do Código Civil do instituto da promessa de compra e venda de imóveis, outrora regulado em leis esparsas (Decreto-lei 58/37 e Lei nº 6.766/79).

Nos termos do art. 1.417, o compromisso de compra e venda, celebrado por instrumento público ou particular, desde que não pactuado arrependimento, e

registrado no cartório imobiliário competente, confere ao promitente comprador direito real à aquisição do imóvel. Daí que este poderá exigir do promitente vendedor ou de terceiros a quem os direitos forem cedidos a outorga da escritura definitiva e, havendo recusa, fica aquele habilitado a postular em juízo a adjudicação do imóvel.

Olvidou-se, no curso legislativo do projeto, a larga transformação pela qual passara o sistema jurídico brasileiro nas últimas três décadas do século recém-findo, principalmente a partir da renovação de pensamento que acompanhou a legislação, como se pode ver do art. 48 do CDC, e a jurisprudência posterior à Constituição de 1988, exemplificada pela Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça, atento à informalidade cada vez mais crescente na sociedade quanto à compra e venda de imóveis, produziu sensível reviravolta, dispensando o registro do compromisso para fins da oposição de embargos de terceiro pelo promitente comprador, orientação extensiva à propositura da ação de adjudicação compulsória.

TÍTULO X – DO PENHOR, DA HIPOTECA E DA ANTICRESE.

Aqui as modificações se dirigiram, basicamente, à figura do penhor, cuja constituição pressupõe instrumento que seja levado a registro no Cartório de Títulos e Documentos (art. 1.432).

Foram disciplinadas novas modalidades de penhor, tais como o penhor industrial e mercantil (arts. 1.447 a 1.450), de direitos e títulos de crédito (arts. 1.451 a 1.460) e o penhor de veículos (art. 1.461 a 1.466).

Possibilidade de o credor pignoratício proceder à venda amigável da coisa empenhada, se assim previr o contrato, ou se o devedor o autorizar através de mandato (art. 1.433, IV).

Novo Código Civil: A *exceptio proprietatis*, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, estabelecendo a absoluta separação entre os juízos possessório e petitório.

Adroaldo Furtado Fabrício: Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Professor Universitário.

JUSTIFICATIVA

Conquanto o Direito moderno, inclusive o brasileiro, venha exibindo tendência clara a consagrar o princípio *spoliatus ante omnia restituendum*, de modo a assegurar a proteção possessória, inclusive em face do dono e do alijamento do debate sobre a propriedade dos interditos possessórios, essa consagração no Código Civil de 1916 não é completa, mercê do disposto na segunda parte do seu art. 505. Com efeito, nos termos dessa disposição legal, não se deve “julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio”.

Ao longo de quase toda a vigência daquela codificação, a interpretação desse texto legal foi uma das mais tormentosas e controvertidas – o que facilmente se compreende, dada a necessidade de conciliar a primeira e a segunda parte do seu art. 505, contraditórias em sua literalidade. Com efeito, aquela assegura a não-interferência da alegação de domínio (ou de outro direito real) na proteção dispensada ao possuidor sob a forma de manutenção ou reintegração, mas a outra abria uma exceção que aparentava anular os efeitos daquela.

O prolongado e caloroso debate conduziu, em tempos recentes, a um consenso – induzido, sobretudo, pela jurisprudência da Suprema Corte – no sentido de que a chamada *exceptio proprietatis* (fórmula abreviada para designar alegação de qualquer título de *ius possidendi*) só se poderia admitir quando ambas as partes pretendessem a posse sob a invocação de domínio (ou outro direito sobre a coisa), de sorte que se excluía a incidência da segunda parte quando tal não ocorresse. Só quando a disputa em torno do domínio estivesse na origem do debate possessório, caberia dar-lhe primazia como critério para a atribuição da posse. Essa é, obviamente, uma solução de compromisso que o texto legal, a rigor, não autorizaria.

A redação do art. 1.210, § 2º, do novo Código Civil reproduziu a da primeira parte do velho art. 505, sem estabelecer qualquer outra regra exceptiva semelhante à da segunda parte. Daí resulta que, tão pronto entre em vigor o novo Código, estará superada toda a jurisprudência construída em torno do tema, já que desaparece do direito brasileiro a *exceptio dominai*. Passa a ser de todo irrelevante, do ponto-de-vista da proteção possessória, a questão da propriedade e bem assim a relativa a outros direitos quaisquer sobre a coisa. O possuidor assume, pois, uma posição sobranceira que lhe assegura a proteção específica independentemente de qualquer discussão em torno do *ius possidendi*.

Essa posição do Código, aliás, é coerente com a explicitude do art. 1.197 no

fortalecer da posição do possuidor direto em face do indireto, assim como se compatibiliza a mais clara concepção da posse mesma com o fato, que aparece, entre outros dispositivos, no art. 1.204, o qual exclui dentre os modos de aquisição da posse o *superadoconstituto possessono*. Volve-se, pois, à pureza do princípio inspirador da proteção possessória, que se localiza no *quieta non movere*.

Art. 1.210, § 2º: Em face da não-recepção no novo Código Civil da 'exceptio proprietatis' (art. 1.210, § 2º), em caso de ausência de prova suficiente para embasar decisão liminar ou sentença final ancorada exclusivamente no 'ius possessionis', deverá o pedido ser indeferido e julgado improcedente, nada obstante eventual alegação e demonstração de direito real sobre o bem litigioso.

Joel Dias Figueira Júnior: Desembargador e Professor em Santa Catarina.

JUSTIFICATIVA

A exceção de domínio (*exceptio proprietatis*), mesmo como regra de exceção, sempre violou a pureza dos interditos, afrontando, assim, o senso maior dos puristas que preconizavam a tutela possessória e o seu julgamento com base tão-somente na questão de mérito ancorada no *ius possessionis*, porquanto, neste tipo de ação, não se discute o título de propriedade.

A exceção vinha à baila somente quando ambos os litigantes postulavam a posse com base em direito real, ou quando duvidosas as posses. Nesses casos, aplicava-se a segunda parte do art. 505 do Código de 1916 – excerto não mais repetido no § 2º do art. 1.210 do novo Código Civil –, que assim preconizava: “Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.”

O próprio Supremo Tribunal Federal chegou a editar a Súmula 487 a respeito do tema: “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.”

A novidade insculpida no art. 1.210, § 2º, do Código novo modifica radicalmente o panorama sobre o tema apresentado, considerando-se a supressão da segunda parte do antigo art. 505 do Código de 1916, que, em outros termos, significa a não-recepção do instituto jurídico da *exceptio proprietatis*.

Desta feita, doravante, os julgamentos em sede possessória haverão de pautar-se, tão-somente, com base na pureza dos interditos, isto é, levando-se em conta, para a tomada de decisão, apenas as questões pertencentes ao mundo dos fatos, mesmo se comprovada a propriedade de qualquer das partes sobre o bem litigioso.

Por conseguinte, eventual alegação de direito real sobre o bem litigioso por qualquer das partes servirá apenas como mais um elemento de prova, atrelado, necessariamente, aos demais elementos probatórios atinentes à demonstração cabal da posse.

Art. 1.211: Na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será mantido ou reintegrado judicialmente senão contra os que não tiverem melhor posse. Considera-se como posse melhor a que se fundar em justo título; na falta de título, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas, se todas forem duvidosas, será seqüestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque.

JUSTIFICATIVA

O art. 1.211 do novo Código repete o art. 505 ao dispor sobre a manutenção do possuidor atual na coisa litigiosa, quando ambos os litigantes alegam posse sobre o mesmo bem, salvo se demonstrado que a obteve da parte contrária por modo vicioso, hipótese em que a manutenção será negada, conferindo-se a posse provisória a *ex adversa*.

Em outros termos, nos casos mencionados no art. 1.211, será provisoriamente mantida na posse do bem a pessoa que estiver possuindo no momento da propositura da ação, não sendo manifesto que a obteve de outras por modo vicioso. Se houver um possuidor aparente cuja posse não seja viciosa, este é quem deve ser mantido na posse sem qualquer indagação sobre a qualidade dela. Assim, o êxito da demanda interdital dependerá da qualidade da posse que se pretende manter ou recuperar.

Porém o novo Código Civil não recepcionou a regra insculpida no art. 507 do Código de 1916, o qual sempre era interpretado sistematicamente com o art. 500; efetivamente, completavam-se entre si, *in verbis*: “Na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será mantido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse. Parágrafo único. Entende-se melhor a posse que se fundar em justo título; na falta de título, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas, se todas forem duvidosas, será seqüestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque.”

Como se faz mister a definição de parâmetros para a concessão da tutela interdital, os elementos indicadores e até então contidos no art. 507 hão de ser considerados pelos intérpretes e aplicadores do novo Código aos casos concretos.

Art. 1.212: Inadmissível o direcionamento de demanda possessória ou ressarcitória contra terceiro possuidor de boa-fé por ser parte passiva ilegítima, diante do disposto no art. 1212. Contra o terceiro de boa-fé cabe tão-somente a propositura de demanda de natureza real, salvo demanda recuperatória interdital fundada em perda ou furto de coisa móvel ou título ao portador.

JUSTIFICATIVA

As ações de manutenção (turbação) ou de reintegração (esbulho) de posse somente podem ser dirigidas contra o sujeito que, efetivamente, praticou o ato ou contra terceiros que se encontram em poder do bem sabedores dos vícios que maculam a posse adquirida. Em outras palavras, verifica-se carência de ação por falta de legitimidade passiva no direcionamento de demanda interdital contra terceiro com justo título e/ou boa-fé. Ao interessado, resta-lhe, se for também titular de direito real, ajuizar demanda de natureza real (direito de seqüela e oponível *erga omnes*).

Art. 1.210: Nada obstante não recepcionada expressamente no art. 1.210 do novo Código Civil a chamada 'ação vindicatória da posse', prevista no art. 521 do Código Civil de 1916, há de ser considerada implicitamente mantida no novo macrossistema por força de interpretação extensiva da norma insculpida no § 1º do art. 1.210, tendo em vista que se trata de demanda recuperatória.

JUSTIFICATIVA

Dispõe o art. 521 do Código de 1916: "Aquele que tiver perdido, ou a quem houverem sido furtados, coisa móvel ou título ao portador, pode reavê-los da pessoa que os detiver, salvo a esta o direito regressivo contra quem lhos transferiu. Parágrafo único. Sendo o objeto comprado em leilão público, feira ou mercado, o dono, que pretender a restituição, é obrigado a pagar ao possuidor o preço por que o comprou."

Verifica-se que as denominadas *ações vindicatórias da posse* (ou *reivindicatórias da posse*) fundadas no art. 521 do Código de 1916 foram suprimidas (injustificadamente) no novo Código, quando deveriam ter sido apenas deslocadas do capítulo IV, "Da perda da posse", onde se encontravam, passando a integrar o capítulo III, "Dos efeitos da posse", por ser o seu hábitat natural, mantendo-se, assim, a coerência do sistema.

Todavia, se assim deixou de proceder o legislador, há de se conferir interpretação extensiva ao § 1º do art. 1.210, tendo-se em vista que as "vindicatórias" são, igualmente, ações de natureza recuperatória, inseridas, portanto, no contexto das "ações de reintegração de posse", nada obstante sua natureza mista (real e interdita).

Assim, autoriza-se ao possuidor enquadrado nas hipóteses de perda da posse por extravio do bem ou furto de coisa ou título ao portador a utilização da proteção interdita recuperatória, sem ter de recorrer à demanda de natureza real (reivindicatória).

Há de se ressaltar, contudo, que a ação de reintegração de posse ancorada em circunstâncias e elementos específicos (art. 521, CC/16) ensejam o seu direcionamento, em caráter excepcional, contra terceiros com justo título e boa-fé, o que é inadmissível, via de regra, em sede de demanda interdita, diante da norma geral contida no art. 1.212 do Código novo.

Considerando tais circunstâncias e para que dúvidas não parem a esse respeito, já apresentei ao relator-geral do novo Código Civil na Câmara, Deputado Ricardo Fiúza, sugestão (que foi acolhida e transformada em projeto de lei) para incluir um novo parágrafo no art. 1.210, que passaria a ter a seguinte redação: § 2º: *Se a coisa móvel ou título ao portador houverem sido furtados ou perdidos, o possuidor poderá reavê-los da pessoa que os detiver, ressalvado a esta o direito de regresso contra quem lhos transferiu. Sendo o objeto comprado em leilão público, feira ou mercado, o dono que pretender a restituição é obrigado a pagar ao possuidor o preço por que o comprou.* Se transformado em lei, o atual § 2º que trata da exceção de domínio passará a denominar-se § 3º.

Art. 1.204: Adquire-se a posse de um bem quando sobre ele o adquirente obtém poderes de ingerência, inclusive pelo *constituto possessório*.

JUSTIFICATIVA

O art. 1.204, que trata da aquisição da posse, não contempla a figura do *constituto possessório*. Diferentemente, esse artigo tinha a seguinte redação quando da remessa do anteprojeto à Câmara dos Deputados: "Adquire-se a posse quando se obtém o poder sobre uma coisa (art. 1235), inclusive pelo *constituto possessório*." Quando da primeira votação na Câmara, através de subemenda do relator Ernani Satyro, o dispositivo ganhou a redação atual, não tendo sido atingido por qualquer outra espécie de modificação seja da parte do Senado Federal seja da parte da Câmara dos Deputados, no período final de tramitação do projeto. Considerou-se, naquela ocasião, não ser a obtenção de poder, mas o exercício do poder sobre o bem que caracteriza a posse.

Ocorre que a alteração a que se procedeu no texto original do anteprojeto, modificando a sua redação original e suprimindo a referência ao *constituto possessório*, foi providência, no mínimo, infeliz, sem contar com outros aspectos de ordem técnica doutrinária que não podem passar despercebidos em face da importância do dispositivo e da reformulação implementada com a reforma do Código.

Em primeiro lugar, a posse não se adquire pelo "exercício" do poder, mas pela *obtenção do poder de fato* ou *poder de ingerência sócio-econômica* sobre um determinado bem da vida que, por sua vez, acarreta a abstenção de terceiros em relação a esse mesmo bem (fenômeno dialético).

Portanto basta que se adquira o poder de fato em relação a determinado bem da vida e que o titular desse poder tenha ingerência potestativa sócio-econômica sobre ele, para que a posse seja efetivamente adquirida. Ademais, para se adquirir posse, não se faz mister o exercício do poder, basta a possibilidade de exercício. Não se pode prescindir é da existência do poder de ingerência.

Em segundo lugar, teria sido importante fazer a referência ao instituto jurídico do *constituto possessório* no art. 1204, excluindo-o, acertadamente, do atual art. 1.205 do novo Código, que versa apenas sobre os sujeitos da aquisição (diferentemente do que se verificava no Código de 1916, art. 494, que mesclava formas distintas de aquisição).

Contudo, da forma como foi suprimido, pode dar aos mais afoitos a impressão (errônea) de que o mencionado instituto jurídico teria desaparecido do sistema material. Ocorre que a sua não-inclusão no art. 1.204, por si só, não teria o condão de suprimi-lo do sistema, sobretudo porque aparece mencionado em outros dispositivos do Livro dos Direitos Reais (v.g. art. 1.267) e porque também, na qualidade de instituto jurídico milenar, transcende tal circunstância.

Ademais, não se pode ainda esquecer de que se trata de instituto jurídico com grande aproveitamento nos dias de hoje, notadamente nas relações contratuais

que envolvem a posse (*v.g.* arrendamento mercantil, *leasehold*, *leaseback*, *leasing* etc.), tratando-se de instituto muito utilizado para obtenção rápida de capital de giro (*working capital*), à medida que se convertem os custos de ocupação em aluguel (*leaseback*).

Por último, veja-se, a esse respeito, a redação do art. 1.223 sobre a “perda da posse”, cujo teor vai justamente ao encontro do nosso entendimento (“Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196”).

Diante do exposto, apresentei sugestão legislativa que foi acolhida e transformada em projeto de lei pelo relator-geral do novo Código Civil na Câmara, Deputado Ricardo Fiúza, a fim de corrigir o equívoco e espancar possíveis dúvidas a respeito do tema posto. A redação sugerida é a seguinte: *Art. 1.204. Adquire-se a posse de um bem quando sobre ele o adquirente obtém poderes de ingerência, inclusive pelo constituto possessório.*

Art. 1.228: A prova do exercício social da propriedade não é nem pode ser requisito para a propositura das ações possessórias, bastando, para tanto, as condições contidas no art. 927 do Código de Processo Civil.

Sérgio José Porto: Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da UFRGS.

JUSTIFICATIVA

Antes de se tornar objeto de decisões judiciais, eminentes colegas universitários sustentavam que a noção da função social da propriedade estendia-se à proteção possessória. De modo que somente a propriedade que cumprisse com sua função social seria merecedora da proteção pelos interditos possessórios.

A noção de função social da propriedade vem-nos, mais diretamente, do artigo 14 da Lei Fundamental de Bonn, segundo o qual *eigentum verpflichtet*, a propriedade contém deveres e deve servir ao bem-estar geral. Jamais, no direito alemão nem alhures, sustentou-se que fosse requisito de prova a cargo do autor para o ajuizamento de interditos possessórios, até porque, por disposição constitucional, o legislador se sujeita à Constituição; o juiz, à legislação.

No nosso Direito, a noção é prevista pela Constituição, ao lado da garantia do direito de propriedade e da sucessão (CF, art. 5º, XXII, XXIII e XXX), e no novo Código Civil (art. 1.228). Na Constituição, determina-se que o imóvel urbano cumpre a sua função social quando atende ao plano diretor (art. 182, § 2º); o rural, quando observa os requisitos do art. 186, vale dizer, o aproveitamento racional e adequado, a utilização dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente, a observância do Direito do Trabalho e o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. A sanção para o descumprimento reside, essencialmente, na desapropriação-sanção, aquela que prevê o pagamento da indenização em títulos da dívida pública.

Já o Código de Processo Civil (art. 927) dispõe sobre o encargo da prova do autor nas ações de manutenção e de reintegração de posse, nem de longe incluindo o que por conta própria estão acrescentando. A lei exige a prova da posse, do esbulho ou da turbação e da data do esbulho e da turbação, ponto.

Além de incorretas, as aludidas opiniões doutrinárias e conseqüentes decisões judiciais são altamente inconvenientes: a proteção possessória destina-se a evitar o confronto, a luta pelos bens da vida por essência escassos, através da força e da violência, transferindo-se para as vias ordinárias a questão referente ao domínio. Desde o direito romano clássico assim o é.

Como se não bastasse, a discussão acerca dos elementos constitutivos da função social da propriedade é absolutamente estranha ao juízo possessório, que se pretende sumário.

Art. 1.228, §§ 4º e 5º: É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil . Ou: São constitucionais os §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil.

Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon: Desembargador do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

JUSTIFICATIVA

Uma das mais significativas alterações promovidas pelo novo Código Civil no âmbito do direito da propriedade refere-se à forma de aquisição estabelecida nos §§ 4º e 5º do art. 1.228, que não encontra paradigma na legislação pátria anterior. Cuida-se de modalidade aquisitiva absolutamente *sui generis*, pela qual certo número de pessoas (possuidores), preenchendo os requisitos da lei, passa a ter “direito de adquirir” imóvel alheio mediante pagamento de justa indenização, sempre sob a necessária e imprescindível intervenção judicial.

Os dispositivos, por sua importância, merecem transcrição:

“Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”

Como se vê, a novel previsão assume características peculiares, uma vez que não se trata de qualquer das formas de usucapião (não se exige *animus domini*, a sentença não é meramente declaratória, não se pauta na inércia do proprietário e só se torna perfeita mediante pagamento de justa indenização), mas de modalidade que, buscando referencial analógico, vem sendo denominada de “nova forma de desapropriação” ou ainda “expropriação privada”, conforme a ela se refere a exposição de motivos do Código.

O grande debate que se estabelece respeita a eventual inconstitucionalidade dessa forma de aquisição e de seus dispositivos reguladores. Os argumentos pela incompatibilidade vertical partem de construção interpretativa da Carta Magna, que, ao *garantir o direito de propriedade* (art. 5º, *caput* e inciso XXII, e art. 170, II), esclarece que a propriedade merecedora de resguardo constitucional é a *propriedade privada*, de modo a não permitir qualquer tipo de intervenção no direito de propriedade senão aqueles explicitamente consignados na própria Constituição Federal. Tais seriam, em *numerus clausus*, a desapropriação estatal por necessidade ou utilidade pública, ou

por interesse social mediante justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV, da CF/88) e a desapropriação-sanção, efetivada em virtude do inadimplemento da função social pelo proprietário (art. 182, §§ 2º, 3º e 4º, III, e arts. 184 e 186 da CF/88). Não haveria a contemplação pelo legislador constituinte de outras modalidades expropriatórias.

Contudo, análise mais detida demonstra absoluta compatibilidade dos dispositivos sob exame com as regras constitucionais reguladoras e garantidoras do direito de propriedade.

Em princípio, deve-se atentar para que, direcionando o debate para o ângulo das possibilidades expropriatórias insertas na Carta Magna e mesmo considerando-se que uma propriedade, no padrão previsto no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código, esteja a cumprir sua função social (imagine-se que se trate de contrato de parceria agrícola ou arrendamento rural renovado por longos anos), a regulação do novo Código tem outro fundamento. Não se trata de expropriação-sanção, mas de forma de intervenção que leva em consideração valores sociais aferidos pelo juiz. O próprio texto do dispositivo é explícito ao detalhar que a posse, obras e serviços realizados pelos interessados devem ser "*considerados pelo juiz de **interesse social e econômico relevante***". A lei civil, dessa forma, encontra referência expressa na própria Constituição Federal, que permite a desapropriação por **interesse social**, mediante pagamento de justa e prévia indenização (art. 5º, XXIV).

Autorizada doutrina expõe serem incompreensíveis restrições às expressões *necessidade*, *utilidade pública* e *interesse social* como inerentes apenas à viabilidade de serviços públicos, advertindo dever-se estabelecer "também a possibilidade de uma desapropriação que não seja por necessidade do Estado em si (...) para qualquer serviço do Estado. Mas devemos possibilitar a desapropriação *sempre que necessária à ordem social, à vida social*" (Cretella Júnior, *Comentários à Constituição*, Forense, 1992, pp. 188-189; no mesmo sentido e destacando a amplitude da função social da propriedade, são as lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*; Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição brasileira*, pp. 104-105¹; José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 2000, especialmente pp. 284, 285 e nº 16; Alexandre de Moraes, *Direitos Humanos Fundamentais*, Atlas, 2000, pp. 174-175).

Quanto a eventual óbice decorrente do dilargamento da competência para expropriar, que estaria sendo transpassada do Poder Público para os jurisdicionados (e, neste caso particular, para pessoas físicas), em quebra do monopólio de intervir dos entes estatais, a constatação parece derivar de leitura apressada. *Em primeiro lugar*, porque a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXIV, ao tratar da desapropriação por interesse social, prevê que "**a lei** estabelecerá o procedimento" sem vinculação ou

1 Para este autor e de conformidade com o que vem se defendendo no texto, *existirá interesse social sempre que a desapropriação tenha efeito para garantir a paz, o progresso ou o desenvolvimento da sociedade*. FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Federal*. Saraiva, pp. 104-105.

exclusividade de competência do ente expropriante, obedecidos obviamente os requisitos legais; *em segundo*, porque a “desapropriação privada” prevista no novo Código não é feita pelos particulares, mas pelo juiz, que é órgão integrante do Judiciário, justamente um dos poderes do Estado.

Preciosas as considerações da exposição de motivos do novo Código quando, sem abandonar a necessidade da intervenção estatal, ressalta ter esse Código aberto “uma via nova de desapropriação que se não deve considerar prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo. Não há razão plausível para recusar ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos, como o que se contém na espécie analisada”.

Diante dessas considerações, o enunciado proposto tem por escopo afirmar a constitucionalidade dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil justamente por sua integral compatibilidade vertical, sob o prisma formal e substancial, com os arts. 3º, 5º, XXII, XXIII e XXIV, 170, II e III, da Constituição Federal de 1988.

Art. 1.228: A exceção de interesse social dos §§ 4º e 5º do referido artigo deve ser argüida pelos interessados, eles próprios responsáveis pela indenização.

Erik Gramstrup: Juiz Federal em São Paulo.

JUSTIFICATIVA

Os dispositivos em referência cogitaram de hipótese em que o reivindicante possa ser privado de coisa imóvel de área extensa possuída há mais de cinco anos por considerável número de pessoas que nela tenham realizado obras ou serviços de interesse social e econômico relevante, assim valorados pelo juiz.

Por comodidade, são reproduzidos:

§4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

O próprio Código já fizera menção, no § 3º do art. 1.228, à desapropriação por interesse social e à requisição como formas de exclusão do domínio; parece estar tratando, nos §§ 4º e 5º, de situação nova, de natureza processual, tanto que o proprietário é qualificado como reivindicante.

Mediante ação reivindicatória, realiza-se o *ius persecuendi*. Todavia o novo Código parece indicar que, na situação de que cogita, também fundada no interesse social, dita pretensão é convertida em perdas e danos. Em homenagem a tais valores, a tutela específica (hoje a regra em nosso sistema, em face dos arts. 461 e 461-A do CPC) é expressamente afastada, convertendo-se no equivalente pecuniário.

Por mais que se tenha transformado a concepção dos direitos reais, porém, não se pode cogitar de cognição *ex officio*, convertendo-se o magistrado em titular de juízo de conveniência do que se poderia batizar de verdadeira desapropriação judicial. A posse contínua, ininterrupta e de boa-fé deve ser argüida e provada pelos interessados, pois se trata de pedido que alarga o objeto do processo.

O Código, porém, não se reporta ao responsável pela *justa indenização* - podendo-se cogitar se seria a municipalidade, porque matéria de interesse social em âmbito local (o que provocaria sua citação, como litisconsorte passiva necessária, para discutir o montante do ressarcimento). Entendemos que não. Se a comunidade possuidora for carente de recursos (o que justificaria a intervenção do Poder Público) pode valer-se da exceção de usucapião coletiva de que cuida o art. 13 do Estatuto da Cidade, que remete, literalmente, à *"população de baixa renda"*. O § 4º do art. 1.228, CC, ficou reservado aos casos em que o *"considerável número"* de ocupantes tem condições de

pagar o que o § 5º chama, precisamente, de “preço”.

Caso se entenda, porém, que a Fazenda Pública deve responder, ela deve ter sua citação ordenada logo que deduzida a arguição. Cria-se com isso uma situação estranha: para evitar a ação de usucapião coletiva sem ressarcimento, o titular da propriedade deve antecipar-se por meio da reivindicatória, na qual garantiria, pelo menos, o equivalente em dinheiro. Parece melhor distinguir dois casos: sendo os possuidores hipossuficientes, podem ajuizar a ação de usucapião coletiva ou deduzi-la como defesa; não se investindo da condição de pobreza, podem ao menos paralisar a pretensão, indenizando o expropriado. Isso explicaria por que o Código não nomeou explicitamente o devedor do dito “preço”.

Art. 1.228: Nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4º e 5º do referido artigo do Código Civil.

Denise Henriques Sant'anna: Advogada da União no Distrito Federal.

JUSTIFICATIVA

A delicada questão do direito de propriedade, com o advento do novo Código Civil, sofrerá profunda transformação, especialmente no enfrentamento legal posto no art. 1.228 e seus parágrafos.

Com o propósito de superar o manifesto caráter individualista do Código Civil vigente, alguns dispositivos do texto recém-promulgado consagram o imperativo da sociabilidade de modo a condicionar o interesse particular ao coletivo. É que compete ao Estado fornecer instrumentos jurídicos eficazes para o proprietário defender o que é seu, mas deve, por outro lado, lançar mão de meios capazes de tornar todo e qualquer bem produtivo e útil.

O novo Código Civil contém, assim, princípios afastados do individualismo histórico que buscam coibir o uso abusivo da propriedade, procurando inseri-la no contexto de utilização para o bem comum.

O art. 1.228 faculta o uso, o gozo e a disposição da coisa, bem como o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Entretanto essa faculdade não é absoluta. O direito de propriedade deverá ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, de modo a preservar o meio ambiente, sendo vedado, ainda, o seu uso abusivo. Prevê, também, como limitação a esse direito, a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social e a requisito, em caso de perigo público iminente.

Esse dispositivo legal, por fim, em seus §§ 4º e 5º, para os quais o Prof. Miguel Reale, na conclusão de seu artigo publicado no jornal "O Estado de S. Paulo" do dia 19 de agosto de 2001, não vacilou em atribuir caráter revolucionário, inova quando adiciona mais uma hipótese de perda da propriedade imóvel, ao fixar:

Art. 1.228 (...)

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Como se vê, trata-se, na verdade, da introdução no Direito brasileiro de uma modalidade de expropriação privada e coletiva da propriedade alheia, com a finalidade

primeira de proteger aqueles que, com seu trabalho e esforço pessoal, realizaram obras ou serviços produtivos e, ao mesmo tempo, estimular o proprietário a dar à terra a sua inarredável função social.

Em outras palavras, como ensina o jurista Miguel Reale, é a proteção especial da *posse-trabalho*, isto é, da posse qualificada, enriquecida pelo valor laborativo, pela concretização de obras e serviços produtivos, para si e para a sociedade na qual ele próprio se insere.

Em conseqüência, o proprietário vencedor na ação reivindicatória não terá o bem de volta, apenas fará jus ao pagamento de seu justo preço em função dos relevantes interesses sociais e econômicos em disputa. A restituição da coisa é convertida, assim, pelo órgão judicante, em indenização.

Com isso, concede-se ao Poder Judiciário o exercício do poder de expropriar. O particular apossa-se e utiliza-se da propriedade alheia que, embora reivindicada, não retorna ao patrimônio do proprietário, mas, ao contrário, ingressa no do possuidor mediante o pagamento de justa indenização fixada pelo juiz da causa. Assemelha-se ao instituto da desapropriação indireta, só que provocada por particulares, com relação a bens imóveis, urbanos ou rurais.

Entretanto o preceito em análise, evidentemente, não se aplica aos casos de apossamento de bens públicos.

Estes, como se sabe, são classificados, consoante dispõe o art. 99 do novo Código Civil, em bens de uso comum do povo, como os rios, mares, estradas, ruas e praças; bens de uso especial, como os edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração pública; e bens dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal ou real. Contudo, independente da natureza do bem, servem todos ao cumprimento de finalidades de interesse geral, sendo instrumentos necessários à Administração Pública não só por constituírem o patrimônio do Estado, mas para concretizarem a realização dos fins para os quais a sua atividade se destina.

Pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, os bens públicos submetem-se ao regime jurídico de direito público, embora, com relação aos dominicais, que são alienáveis, atendidas as exigências da lei, sejam supletivamente empregadas as normas de Direito Civil que regulam a propriedade privada, quando houver omissão das leis administrativas.

Entre outras normas restritivas de ordem constitucional e legal que abrangem os bens públicos em geral, não de ser assinaladas, no que concerne à utilização dos bens dominicais, aquelas impostas pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, alterada pela Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994, que, em seu art. 17, exige prévia avaliação, demonstração do interesse público, licitação, salvo nos casos expressamente indicados, e autorização legislativa para sua alienação.

Sendo assim e porque os bens públicos sujeitam-se às regras jurídicas de direito público, as quais estabelecem uma série de formalidades administrativas a serem observadas pela Administração Pública, sempre na busca da satisfação das necessidades coletivas, não poderá o Poder Judiciário decidir pela indenização nas

ações reivindicatórias que tenham como objeto bem público.

Ademais, há de se considerar que os bens públicos possuem as características da inalienabilidade ou da alienabilidade nos termos da lei, da impenhorabilidade e da imprescritibilidade, por conseguinte não são passíveis de usucapião, o que reforça a tese da não-admissibilidade da alienação forçada dos referidos bens.

Logo, se a observância de todos esses requisitos legais, para a alienação de bens públicos, é indispensável, fica impedida qualquer medida de ordem judicial com base nos referidos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil que retire do patrimônio público o bem imóvel posto em questão.

Art. 1.228, § 4º: Refazer a redação desse parágrafo, reportando-se à usucapião coletiva, excluindo-se, por consequência, o § 5º do dispositivo em questão.

Sílvio de Salvo Venosa: Juiz aposentado, advogado e Professor de Direito Civil da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo.

JUSTIFICATIVA

O § 4º do art. 1.228 possibilita a perda da propriedade se o imóvel reivindicando consistir em extensa área na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Ora, em que pese ao alcance social procurado por essa norma, a finalidade nela colimada já é alcançada com a possibilidade de usucapião coletiva descrita no art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001). Lembre-se que a usucapião pode ser utilizada como matéria de defesa em ação reivindicatória ou possessória.

Art. 1.331: Acrescentar parágrafos ao referido artigo, no seguinte sentido:
§ ... O disposto neste capítulo se aplica também, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária, clubes de campo e cemitérios.
§ ... O condomínio de natureza ora tratada e regularmente instituído goza de personalidade jurídica, sendo representado pelo síndico (art. 1.348, II).

JUSTIFICATIVA

Há várias arestas que devem ser aparadas nesse capítulo do novo Código.

Personalidade jurídica do condomínio. O novo diploma perdeu oportunidade de estabelecer definitivamente essa questão. Sempre defendemos que essa modalidade de condomínio goza de uma "personalidade anômala" (nosso Direito Civil, Parte Geral, 2ª edição, Atlas, p. 256). Nunca se negou que o condomínio compra, vende, empresta, negocia afinal. Nada impede também que seja proprietário de alguma unidade autônoma. Porém o fato de não ser expressamente reconhecido como pessoa jurídica causa problemas.

É conveniente que também se estenda o regramento do condomínio edilício a outros assemelhados, como os denominados loteamentos fechados, o que não foi feito pelo novo Código.

Art. 1.336: Manter o limite da Lei nº 4.591/64.
§ 1º O condômino que não pagar sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios de 12% ao ano, ou um por cento ao mês, e multa de até 20% sobre o débito, conforme decisão em assembléia geral do condomínio.

JUSTIFICATIVA

Outra questão que vem afligindo demasiadamente o universo condominial é a multa moratória incidente sobre a contribuição condominial, fixada em 2% no novo Código. Entendem os administradores condominiais que esse limite é baixo e irá aumentar enormemente a inadimplência dos condomínios, dificultando sua administração. Desse modo, propõe-se que seja mantido o mesmo limite da Lei nº 4.591/64, qual seja, multa de até 20% sobre o débito. Como será problemática a fixação dos juros no novo Código, sugerimos que, nesse dispositivo, seja mantido o limite constitucional anual de 12%.

Art. 1.338: Resolvendo o condômino alugar área no abrigo para veículos, seja em garagem seja em área demarcada, preferir-se-á, em condições iguais, qualquer dos condôminos ou a própria entidade condominial a estranhos e, entre todos, os possuidores. A convenção ou a assembléia geral poderá, no entanto, proibir, em qualquer situação, essa locação para estranhos ao condomínio.

JUSTIFICATIVA

Outra matéria que muito preocupa os moradores e administradores dos condomínios é a possibilidade de estranhos ingressarem nas garagens comuns. O novo Código alargou em demasia essa possibilidade. Em nosso entender, a questão deve ser sempre relegada ao peculiar interesse de cada condomínio. Desse modo, nossa primeira sugestão se refere à redação que sugerimos para o art. 1.338.

Art. 1.331, § 1º: Acrescentar a esse dispositivo a seguinte redação: "...livremente por seus proprietários". Aos locais de abrigo para veículos somente se aplica essa disposição se os prédios forem destinados a estacionamento, aplicando-se, na hipótese de o abrigo estar vinculado de qualquer forma a unidade residencial ou não-residencial, o art. 1.339 seus parágrafos.

JUSTIFICATIVA

Há necessidade de se esclarecer devidamente o sentido do § 1º do art. 1.331, que dá a idéia de que os abrigos para veículos podem ser alienados livremente pelos condôminos. Não parece ter sido essa a intenção do legislador.

Art. 927: Excluir o parágrafo único do citado artigo.

JUSTIFICATIVA

O novo Código Civil introduziu, no art. 927, parágrafo único, a possibilidade de ser definida como responsabilidade objetiva a conduta do ofensor no caso concreto. Sem alongar em demasia o tema, o que será objeto de discussão e debates, podemos afirmar que, durante todo o século passado, dependemos da lei para definir os casos de responsabilidade objetiva. Nunca tivemos efetivamente problemas com essa situação, mormente levando em conta que o Código de Defesa do Consumidor alargou enormemente a responsabilidade sem culpa entre nós. Como regra, todas as situações que merecem ser tratadas como responsabilidade objetiva no país já estão contempladas em lei.

Desse modo, não se afigura conveniente e oportuno que se relegue à jurisprudência e aos casos concretos a tipificação da responsabilidade objetiva, trazendo incerteza e discussões inócuas aos milhares de processos indenizatórios, inclusive de natureza processual. Assim sendo, propõe-se seja excluído o parágrafo único do art. 927.

Art. 1.228: Ao detentor não deve ser conferida legitimidade passiva para figurar como réu em ação reivindicatória nem possessória, motivo pelo qual a palavra “detenha” deve ser excluída da parte final do mencionado artigo do Código Civil.

Marco Aurélio Bezerra de Melo: Defensor Público no Rio de Janeiro.

JUSTIFICATIVA

Ao apresentar o conceito analítico de propriedade no art. 1.228 do Código Civil, ficou estabelecido que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o poder de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Com essa inovadora previsão da parte final do apontado dispositivo legal, que corresponde ao art. 524 do Código Civil de 1.916, o legislador, talvez sem mensurar o seu real alcance, acabou por conferir ao detentor legitimidade passiva para figurar como réu em ação reivindicatória, no que andou muito mal.

O Código Civil define com precisão o detentor, estabelecendo, no art. 1.198, que se considera “detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”. Além disso, verificamos haver detenção também na situação em que alguém se encontra em contato físico com a coisa por um mero ato de permissão ou tolerância (art. 1.208).

O detentor é o servidor da posse na visão do artigo 855 do Código Civil alemão e também chamado pela doutrina pátria de fâmulos, que significa criado, servidor, querendo retratar o mero contato físico de uma pessoa com uma coisa sem que tenha nenhuma autonomia ou independência, agindo apenas como *longa manus* do verdadeiro possuidor, como sucede com o clássico exemplo do caseiro. Por essa simples razão, verifica-se que o detentor não possui legitimidade passiva para figurar como réu em uma ação possessória nem reivindicatória.

Por tal motivo, o Código de Processo Civil, em seu art. 62, cria um instrumento de regularização da demanda pela correção do pólo passivo denominado nomeação à autoria. A doutrina processual pátria é unânime em afirmar que o detentor não pode figurar como réu em ação reivindicatória. Nesse ponto, confira-se a opinião dos mais abalizados processualistas, tais como Luiz Fux, *Curso de Direito Processual Civil*, Editora Forense, pp. 263 e 264; Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1, Ed. Saraiva, pp. 91/92; Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, volume 1, Ed. RT, pp. 292 e 293; Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, volume 11, Ed. Malheiros, pp. 393; Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, Tomo II, Ed. Forense, pp. 324 e 325; Vicente Greco Filho, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 1º volume, Ed. Saraiva, pp. 136 e 137; e, ainda, Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de Terceiros*, Ed. Saraiva, pp. 75 e 76.

Discorrendo sobre o tema com a clareza costumeira, o Prof. Alexandre Freitas Câmara, após explicar a finalidade do instituto – a de “corrigir um vício de legitimidade **passiva**” –, *lecciona, ex professo*: “por esta razão, permite-se, no caso figurado, que o réu, demandado como se tivesse a posse da coisa, quando na verdade é mero detentor, indique o nome do verdadeiro legitimado passivo, o que permitirá a substituição do ocupante do pólo passivo da relação processual” (*in Lições de Direito Processual Civil*, vol. 1, 7ª ed., Ed. Lumen Juris, pp. 171/172).

Dessarte, uma ação reivindicatória proposta em face do detentor é uma ação mal endereçada e uma decisão transitada em julgado em face dele não produzirá efeitos perante o verdadeiro possuidor, que poderá, inclusive, opor eventuais embargos de terceiros, retardando a decisão judicial, fato que, de certa forma, atenta contra a efetividade do processo, afrontando a Constituição da República. Concluindo, a palavra “detenha” deve ser suprimida da parte final do art. 1.228 na forma do enunciado acima.

Art. 1.291: No estágio atual de consciência jurídica, não se pode dar margem ao equivocado entendimento de que uma pessoa tenha o direito de poluir águas desde que indenize, sejam elas indispensáveis ou não às primeiras necessidades da vida dos possuidores dos imóveis inferiores, razão pela qual deve ser suprimida toda a segunda parte do art. 1.291 do Código Civil.

JUSTIFICATIVA

Como todos sabemos, o novo Código Civil positiva, na parte relativa aos direitos de vizinhança, o regime de águas (arts. 1.288 a 1.296), antes regulamentado apenas pelo chamado Código de Águas (Decreto nº 24.643/34).

Nesse diapasão, o art. 1.291, que, de certa forma, corresponde ao art. 117 do Código de Águas, possui a seguinte redação: “o possuidor do imóvel superior não poderá poluir as águas indispensáveis às primeiras necessidades da vida dos possuidores dos imóveis inferiores; as demais, que poluir, deverá recuperar, ressarcindo os danos que estes sofrerem, se não for possível a recuperação ou o desvio do curso artificial das águas.”

Como fundamentação para a alteração do dispositivo encimado, utilizaremos os comentários feitos em nosso *Código Civil Anotado*, vol. V, Ed. Lumen Juris, pp. 116/117, *verbis*:

“Quem quer que necessite de canalização de águas para as primeiras necessidades da vida, assim como para os serviços de agricultura ou da indústria, para o escoamento das águas superabundantes ou para o enxugo ou bonificação dos terrenos tem direito a fazê-lo, ainda que o dono da nascente ou do solo onde caem as águas pluviais lho impugne, de vez que se trata de direito potestativo, a teor do que dispõem os artigos 1.293 do Código Civil e 117 do Código de Águas.”

A lei estabelece que o possuidor do prédio superior não pode poluir as

águas indispensáveis às primeiras necessidades da vida dos possuidores dos imóveis inferiores. O dever de abstinência também é estendido ao proprietário ou ao titular de qualquer direito real sobre a coisa alheia em que seja assegurado o uso. O que causa espécie no artigo é a aparente permissibilidade da norma com relação à poluição das águas que não digam respeito às necessidades vitais do homem.

Na verdade, ninguém pode poluir a água, seja a que título for, não somente segundo a lei maior (art. 225 da CF), mas também conforme dispõem os arts. 33 e 54 da lei que define crimes contra o meio ambiente (Lei nº 9.605/98). A propósito do tema, confira-se, sobremais, a redação da parte final do parágrafo primeiro do art. 1.228 do Código Civil, em que se tem assentada a necessidade de exercer o direito de propriedade sem poluir o ar e as águas. No momento em que o mundo todo volta os seus olhos para a aflitiva questão do meio ambiente, a redação do artigo peca por se mostrar antagonista e retrógrada.

Com essa afirmação, não queremos dizer que a doutrina e jurisprudência vão ver a norma nesse péssimo ângulo de visada, mas forçoso reconhecer que a redação mostra-se extremamente infeliz. O interesse ao ambiente sadio e equilibrado é público (difuso) e não individual, de nada adiantando a norma prever o dever de recuperar ou indenizar o dono do prédio inferior. Até o vetusto Código de Águas, que entrou em vigor em 1934, tem uma redação mais moderna que o novo Código Civil, pois no art. 111 dispõe: “Se os interesses relevantes da agricultura ou da indústria o exigirem, e mediante expressa autorização administrativa, as águas poderão ser inquinadas, mas os agricultores ou industriais deverão providenciar para que elas se purifiquem, por qualquer processo, ou sigam o seu esgoto natural” (grifos atuais).

Por dar margem a uma interpretação literal equivocada de que bastará indenizar para que se tenha o direito de poluir, mercantilizando um interesse metaindividual e essencial para a vida e por não fazer a menor falta a supressão da parte final do artigo, até porque o dever de reparar o dano já se encontra previsto nos artigos 186 e 187 do Código Civil, além da própria condenação ao abuso do direito de propriedade inculpada no parágrafo segundo do artigo 1.228 do mesmo Código, apresentamos o epígráfico enunciado para análise.

Art. 1.285: No citado artigo deve ser incluído um parágrafo quarto a fim de se permitir expressamente ao vizinho que conte com uma passagem inadequada ou insuficiente o mesmo direito previsto no *caput*, tomando-se por base a redação do art. 372 do anteprojeto de Código Civil elaborado em 1.963 por Orlando Gomes.

JUSTIFICATIVA

O *caput* do art. 1.285 do novo Código Civil dispõe que “o dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente

fixado, se necessário.” Pela leitura atenta do dispositivo, observa-se a manutenção dos mesmos requisitos para o exercício do direito potestativo de passagem forçada previsto no art. 559 do Código Civil de 1.916.

Com efeito, poderíamos dizer que somente terá direito à passagem forçada o vizinho cujo prédio, por sua natural localização, fica encravado, portanto sem acesso à via pública de forma absoluta.

De certo que o direito não pode ser exercido por razões de mera comodidade ou quando a passagem pública não for tão interessante quanto a de que poderia dispor utilizando a passagem pela propriedade alheia. Para tal pretensão, deverá o vizinho consultar o interesse do outro e com ele tentar estabelecer uma servidão predial de trânsito que a toda evidência não se confunde com a passagem forçada.

Entretanto, em um sistema constitucional que institui o paradigma da função social da propriedade, conforme consta no art. 5º, XXIII, da Lei Maior e no parágrafo primeiro do art. 1.228 e em um Código que reprime, na abstração de sua parte geral, o abuso do direito, nos moldes do art. 187, fazendo alusão ainda ao abuso do direito de propriedade ao estabelecer que “são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”, mister reconhecer que o direito à passagem forçada deve ter o seu alcance estendido para contemplar a hipótese em que a passagem pública seja defeituosa e o vizinho necessite passar pela propriedade alheia em atenção à potencialização de sua indústria ou agricultura.

Nesse diapasão, confira-se o artigo 682 do Código Civil da França, o artigo 1.550, segunda parte, do Código Civil português e, de forma enfática, o artigo 1.052 do Código Civil italiano, que, na clássica tradução de Souza Diniz, vem vazado nos seguintes termos: “Passagem coativa a favor de um prédio não encravado. As disposições do artigo anterior podem ser aplicadas mesmo quando o proprietário do imóvel tenha um acesso a via pública, mas é esta inadequada ou insuficiente às necessidades do imóvel e não pode ser ampliado. A passagem só pode ser concedida pela autoridade judiciária quando esta reconhecer que o pedido corresponde às exigências da agricultura e da indústria.”

Em sede doutrinária, comungam do mesmo entendimento Pontes de Miranda em *Tratado de Direito Privado*, volume 13, Ed. Borsoi, p. 331; Miguel Maria de Serpa Lopes em *Curso de Direito Civil*, volume VI, 5ª ed., Ed. Freitas Bastos, p. 532; Roberto de Ruggiero em *Instituições de Direito Civil*, volume 2, Ed. Bookseller, p. 499; Washington de Barros Monteiro, a defender que essa posição é mais social e mais humana em seu *Curso de Direito Civil – Direito das Coisas*, Ed. Saraiva, 27ª ed., p. 143; Darcy Bessone em *Direitos Reais*, Ed. Saraiva, 2ª ed., p. 247.

De todos os notáveis juristas indigitados, é Sílvio Rodrigues o mais enfático, apontando alguns julgados favoráveis à tese e fazendo alusão expressa ao anteprojeto do grande Orlando Gomes; o mestre paulista conclui, *verbis*: “O Projeto de Código Civil de 1975 silencia sobre a matéria, o que representa inegável retrocesso. Não merece aplauso a posição por ele adotada.”

No referido anteprojeto, a redação era a seguinte: “Art. 372 – Acesso insufi-

ciente ou inadequado – Se o acesso a via pública, fonte ou porto, for insuficiente ou inadequado, o proprietário que tiver necessidade de passagem, em razão das exigências da sua indústria ou agricultura, poderá obter sentença judicial que o assegure nas condições do artigo anterior.”

Pelos motivos apontados, parece-nos que deve ser incluído um parágrafo quarto no art. 1.285, tomando-se por base a redação do art. 372 do anteprojeto elaborado por Orlando Gomes, nos seguintes termos: “Se o acesso for insuficiente ou inadequado, o proprietário terá igual direito, desde que prove a necessidade de passagem, em razão das exigências da sua atividade produtiva, mediante sentença judicial que fixará o rumo e o valor da indenização.”

Art. 1.255: Incluir a seguinte expressão ao mencionado artigo: (...) “terá direito à indenização” e poderá por este exercer o direito de retenção.

JUSTIFICATIVA

Tal como sucede no regramento das benfeitorias necessárias e úteis, ao possuidor de boa-fé que realiza acessões no prédio alheio também deve ser assegurado o direito de retenção, merecendo ser acrescida ao art. 1.255 do Código Civil a referência expressa ao exercício do direito de retenção. É de sabença geral no meio jurídico que benfeitorias não se confundem com acessões artificiais. As benfeitorias são obras que ensejam melhoramentos realizados no bem principal com o objetivo de conservá-la (benfeitoria necessária), aumentar a utilidade (benfeitoria útil) ou apenas tomá-la mais aprazível, bela ou agradável (benfeitorias voluptuárias). As acessões artificiais, uma vez confeccionadas, ensejam a criação de uma coisa nova e com certa autonomia em relação ao solo, reputado pela lei como bem principal. Tanto assim que as acessões possuem natureza jurídica de modo originário de aquisição da propriedade.

Apesar de possuírem naturezas jurídicas diferentes, o fato é que se assemelham demais, tendo, a bem da verdade, mais pontos em comum do que diferentes, tanto assim que a própria lei, por vezes, utiliza indistintamente os termos, conforme podemos observar no art. 1.656, IV, do Código Civil. De efeito, ao tratar dos bens que entram na comunhão parcial de bens, o referido artigo estabelece que “entram na comunhão: ... IV – as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge”. Obviamente o legislador quis fazer referência à acessão.

Em inúmeras demandas, a própria perícia encontra dificuldade em estabelecer se a obra feita pelo possuidor é uma benfeitoria ou uma acessão. Entretanto, apesar da similitude das situações, fato que recomendaria um tratamento igual, o novo Código Civil continua concedendo o direito de retenção ao possuidor de boa-fé que realiza benfeitorias necessárias ou úteis no solo de outrem (art. 1.219), não fazendo referência ao mesmo direito se a hipótese for de acessão por construção ou plantação (1.255). O direito de retenção, de larga aplicação no campo do direito das obrigações, é um dos importantes efeitos da posse e consiste na possibilidade de uma pessoa reter uma coisa de outrem que está possuindo até ser pago pelo respectivo proprietário o que lhe é devido a título de indenização por causa dessa coisa. Para tanto, deverá

o possuidor ter realizado as obras ou melhoramentos de boa-fé, isto é, desconhecendo o melhor direito de outrem sobre a coisa (art. 1.201). Para o mestre Caio Mário da Silva Pereira, o direito de retenção “justifica-se em razão da equidade, que se não compraz em que o devedor da restituição tenha de efetuar-lá, para somente depois ir reclamar o **que lhe é devido**” (*Instituições de Direito Civil*, vol. IV, 14ª ed., p. 45, Ed. Forense).

A diversidade de tratamento a hipóteses tão semelhantes levou boa parte da doutrina e jurisprudência a entender, sob a égide do direito anterior (arts. 516 e 547), que o legislador, ao se referir ao direito de indenização do possuidor de boa-fé que realiza acessões artificiais, disse menos do que queria e, servindo-se da analogia (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil), concede a este o *jus retentionis*. A nosso sentir, a correta substituição da palavra “benfeitorias”, que constava no revogado art. 548, por “acessões” no atual art. 1.256 não é argumento para que se não equiparem os efeitos entre as duas figuras jurídicas.

É esta a lição, a título de exemplo, colhida na obra de Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, vol. XI, pp. 180/182, Ed. Borsoi); Arnaldo Medeiros da Fonseca (*Direito de Retenção*, 3ª ed. pp. 177/178, Ed. Forense); Humberto Theodoro Júnior (atualização à obra de Orlando Gomes, *in Direitos Reais*, 16ª ed. p. 160); Vilson Rodrigues Alves (*Ação de Imissão na Posse de Bem Imóvel*, p. 152, Ed. Bookseller). Assim também no esboço de Código Civil elaborado pelo grande Teixeira de Freitas, a teor dos artigos 4.193 e 3.969.

Registre-se, à guisa de exemplo de direito comparado, o artigo 1.000 do Código Civil alemão.

Clóvis Beviláqua, notável jurista que normalmente se restringe a comentar o direito positivo, ao fazer referência ao direito do possuidor de boa-fé que faz acessões prescreve: “estas acessões industriais obedecem às normas das benfeitorias de que já se ocupou este livro no § 29” (*Direito das Coisas*, vol. I, 4ª ed., p. 136, Ed. Revista Forense). Evidentemente, o referido autor, ao falar sobre benfeitorias necessárias e úteis, afirma a possibilidade do direito de retenção (op. cit., p. 88).

Art. 1.204: No referido artigo, que estabelece a forma de aquisição da posse quando se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade, deve ser feita referência expressa ao instituto do “constituto possessório”.

JUSTIFICATIVA

O novo Código Civil mostra-se fiel à teoria objetiva de Ihering mantendo absoluta coerência entre a definição de posse (art. 1.196) e as respectivas formas de aquisição e perda da posse nos arts. 1.204 e 1.223, abolindo a técnica de elencar expressamente as formas de aquisição e perda de posse que constavam dos arts. 493 e 520 do Código Civil anterior e representavam contundente reminiscência à teoria subjetiva de Savigny, fato, a meu sentir, que obterá o apoio da doutrina.

O Código anterior (art. 494, IV) tratava do instituto em local errado, ou seja, entre as pessoas que podiam adquirir a posse, quando, na verdade, o *constituto possessório* é forma de aquisição da posse que se dá pela inversão do *animus* do

alienante, mas talvez não tenha sido de todo conveniente a ausência de referência expressa a ele, pois isso poderá levar a crer, ainda que por equívoco, que a cláusula *constituti*, pela omissão legislativa, teria sido banida do ordenamento jurídico apesar de se encontrar referida expressamente no art. 1.267.

Em nossas breves anotações ao texto do novo Código Civil na parte referente ao Direito das Coisas, enfrentamos a situação da seguinte forma:

“O *constitutum possessorium*, que deita raízes no direito romano, foi retirado como modo de aquisição da posse pelo código atual. Também chamado de cláusula *constituti*, o instituto acarreta a aquisição e a perda da posse por força do consenso, sem que no mundo dos fatos nada tenha se modificado. Desta forma, o possuidor que possuía em nome próprio passa, por força da manifestação de vontade, a possuir em nome alheio, como sucede na situação em que o vendedor continua no bem por determinado período de tempo, sendo que, ao receber o preço, juridicamente, já fez a transferência da posse. Não nos parece que a ausência de previsão do instituto tenha marcado o seu fim, pois como a referida cláusula não se presume, bastará aos interessados que a prevejam nos atos translativos do domínio para que sejam produzidos os efeitos queridos, tendo em vista que, no âmbito do direito privado, a liberdade contratual somente é estrangulada por meio de normas de ordem pública e não existe nenhuma regra de direito proibindo a indigitada estipulação. Até porque não deixa de ser uma exteriorização da propriedade, a possibilidade de transmitir-se a posse por meio do consenso” (*novo Código Civil Anotado*, vol. V, p. 15, Ed. Lumen Juris).

É esta a abalizada opinião do respeitado Professor Joel Dias Figueira Júnior, materializada em recente sugestão ao Deputado Federal Ricardo Fiúza acerca da nova redação do art. 1.204, *verbis*: “adquire-se a posse de um bem quando sobre ele o adquirente obtém poderes de ingerência, inclusive pelo constituto possessório.”

Na fundamentação, o Mestre sustenta: “O dispositivo em tela tinha a seguinte redação quando da remessa do anteprojeto à Câmara dos Deputados: ‘Adquire-se a posse quando se obtém o poder sobre uma coisa (art. 1.235), inclusive pelo constituto possessório’. Na primeira votação pela Câmara, através de subemenda do relator Emani Satyro, o dispositivo ganhou a redação atual, não tendo sido atingido por qualquer outra espécie de modificação seja da parte do Senado Federal, seja da parte da Câmara dos Deputados, no período final de tramitação do projeto. Em primeiro lugar ... omissis ... poder de ingerência. Em segundo lugar, é importante fazer a referência ao instituto jurídico do constituto possessório neste art. 1.204, excluído acertadamente do atual art. 1.205 do NCC, que versa apenas sobre os sujeitos da aquisição (diferentemente do que se verificava no CC/16, art. 494, que mesclava formas distintas de aquisição), mas eliminado sem razão do dispositivo em questão, para não se correr o risco de fazer crer (erroneamente) aos mais afoitos que ele teria desaparecido do sistema material. Por outro lado, a sua não inclusão neste dispositivo, por si só, não teria o condão de suprimi-lo do sistema, sobretudo porque aparece mencionado em outros dispositivos do Livro dos Direitos Reais, como também, na qualidade de instituto milenar, por si só, transcende tal circunstância” (grifos nossos).

Pelos argumentos acima expandidos e pela importância do instituto do *constituto possessório* em inúmeras relações contratuais, recomenda a boa técnica e segurança no tráfico jurídico que o novo Código Civil faça alusão expressa a essa forma de aquisição da posse.

Arts. 1.238, 1.242 e 1.260: A expressão "justo título" contida nos citados dispositivos legais deve abranger todo e qualquer ato ou fato jurídico capaz de transferir a propriedade independentemente do registro.

Assim, a herança, a compra e venda, promessa ou cessão, a dação em pagamento, a doação, o legado, os autos de arrematação e de adjudicação e assim por diante, independentemente de registro, seriam títulos hábeis a transferir o domínio para os fins de prescrição aquisitiva abreviada.

Sérgio José Porto: Professor Titular de Direito Civil na UFRGS.

JUSTIFICATIVA

Após a publicação da obra de Savigny¹ e de Ihering² e da sua tradução francesa, assim como do *Corso di Diritto Romano* de Pietro Bonfante³, poder-se-ia imaginar que nada ou muito pouco seria doravante dito sobre a posse e seus efeitos, nos sistemas jurídicos romanistas.

A confusão reinante acerca dos modos de aquisição da propriedade mediante atos negociais, nos sistemas romanistas que não seguiram em sua plenitude nem o paradigma do direito francês nem o do direito alemão, mostra-nos o contrário. Porque do modo de aquisição do domínio, *inter vivos ou mortis causa*, dependerá o que se há de entender por justo título, como pressuposto da usucapião ordinária.

Semelhante confusão é ainda mais flagrante no nosso Direito, em que o sistema do Código Civil de 1916 não resistiu à *teimosia dos fatos*, sem que a generalidade dos civilistas e dos juízes se dessem conta, tamanha a insistência do dogma face à realidade e do regramento da legislação extravagante.

Um cuidadoso exame da matéria, ainda que sucinto, talvez contribua para esclarecer certos conceitos e para evitar atropelos por parte da doutrina e da jurisprudência.

Para tanto, analisaremos, em um primeiro momento, o conceito de justo título (I); após, algumas espécies de justo título, com o intuito de exemplificação (II).

I DO CONCEITO DE JUSTO TÍTULO

Como se supõe de todos conhecido, a prescrição aquisitiva ou usucapião, como modo de aquisição da propriedade imobiliária⁴ e mobiliária⁵ está condicionada,

1 Frédéric Charles de Savigny, *Traité de la Possession en Droit Romain*, traduit de l'allemand par Henri Staedtler, "Durant et Pedone-Lauriel, éditeurs, Paris, 1879.

2 Rudolf von Ihering, *Etudes Complémentaires de L'Esprit du Droit Romain*, 111, Du R61e de la Volonté dans la Possession, Critique de la Méthode Juridique Régnante, traduit par^o de Meulenaere Librairie A. Marescq, Ainé, Paris, MDLCCXCI.

3 Volumé Terzo *Diritti Real*, Giuffré Editore, Milano, 1972.

no que respeita à usucapião extraordinária, ou *longi temporis*, à posse mais o tempo; enquanto a usucapião ordinária, ou *brevi temporis*, exige, além dos pressupostos aludidos, o justo título e a boa-fé do adquirente, sendo que, para a usucapião constitucional, de brevíssimo tempo, o texto da Lei Maior ainda acrescenta outras condições, como a moradia no imóvel ou a produção.

Observe-se, desde já, a tendência do direito moderno, contrariamente à do antigo, de reduzir substancialmente os prazos de prescrição, dada a celeridade dos tempos atuais. Assim, o Projeto de Código Civil⁶, ora em tramitação novamente na Câmara dos Deputados, determina, em seu art. 205, *caput*: *A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor*. Quanto à prescrição aquisitiva, prescreve-lhe o Projeto o prazo de quinze anos, para a de *longi temporis*,⁷ de dez ou cinco, para a de *brevi temporis*,⁸ mantendo os prazos de cinco e de três anos, respectivamente, para a prescrição aquisitiva mobiliária,⁹ além de reproduzir os dispositivos constitucionais mencionados, em virtude de emendas senatoriais.

Assim também, curiosamente, sem que haja qualquer menção nas discussões que originaram um e outro, o novo Código Civil do Quebec, de 1991, um dos mais recentes do mundo moderno, à semelhança do nosso Projeto, prevê o mais longo prazo de prescrição em dez anos, seja para a prescrição aquisitiva seja para a prescrição extintiva, nos seus artigos 2.803 e 2.917, respectivamente.¹⁰

A observação, qualquer que seja o seu alcance, merece ser feita. Ninguém menos do que o Professor Ruy Cirne Lima sustentava o contrário: *É de pôr-se em relevo que os prazos gerais de prescrição tendem, com o progresso moral, a dilatar-se, e não a diminuir*.¹¹ Não seria o oposto? Os prazos gerais de prescrição, com o regresso moral, tendem a diminuir e não a dilatar-se! A assertiva não é despicienda em uma época em que parece ser cada vez mais freqüente exumar velhas pretensões ao abrigo de prazos prescricionais excessivamente longos. Ou reivindicar coisa própria decorridos longos tempos em uma civilização que tem pressa.

Tirado o requisito tempo, e conceituada a posse, *corpus possessionis*, apreensão física da coisa ou destinação econômica da coisa, como pretendia Ihering, ou *corpus possessionis mais animus domini*, como pretendia Savigny, o certo é que, para *apossessio ad usucapionem*, haverá de estar sempre presente o *animus*, como de-

4 C.Civ., art. 550. Const.

5 C.Civ., art. 618.

6 Juarez de Oliveira e Antônio Cláudio da Costa Machado, novo Código Civil, Ed. Oliveira Mendes, São Paulo, 1988, p. 41.

7 Projeto de Código Civil Aprovado pelo Senado Federal, art. 1.230.

8 Projeto de Código Civil Aprovado pelo Senado Federal, art. 1.242 e § único.

9 Projeto de Código civil aprovado pelo Senado Federal, arts. 1.260 e seguinte.

10 C. civ. du Québec, art. 2.803: "Le délai de prescription acquisitive est de dix ans, s'il n'est autrement flxé par la loi." Art. 2.917: "Les actions qui visent á faire valoir un droit réel inunobilier se prescrivent par dix ans." V. Code Civil du Québec, Éditeur officiel du Québec, 1991, pp. 488 e 499.

11 In Preparação à Dogmática Jurídica, 2^a ed., Porto Alegre, 1958, p. 229.

monstram todos os dispositivos legais e constitucionais referidos, ao usarem a expressão *possuir como seu*.

Deixemos de lado, muito embora a sua relevância, por ser impertinente aos limites do assunto proposto, a apropriada crítica, entre tantas, de Biondo Biondi¹² à análise de Savigny: *O animus sibi habendi é, diversamente, qualquer coisa distinta. Não é o animus domini, como dizia Savigny, isto é, a vontade de ser proprietário, mas a vontade de ter a coisa para si de modo exclusivo e independente; nesse sentido não apresenta dificuldade a posse do credor pignoratício, do seqüestrante e do precarista, que são considerados como possuidores, embora não possuam animus domini.*

A distinção entre *animus domini* ou *animus rem sibi habendi* e *corpus possessionis* é de fundamental importância para a configuração jurídica da posição do detentor, daquele que tem "posse" *alieno nomine*: por lhe faltar o pressuposto do *animus domini* ou *animus rem sibi habendi*, jamais terá a seu favor a prescrição aquisitiva, muito embora tenha direito a manter-se ou reintegrar-se na posse, através dos interditos possessórios.¹³ Em outras palavras, o possuidor direto, na linguagem do Código Civil, o que tem posse em virtude de negócio jurídico que lhe não transferiu a propriedade, mas tão-somente a posse, ou o uso, ou o fruto, ou o uso e o fruto, tem posse *ad interdicta*, mas não posse *ad usucapionem*.

Aliter, no direito francês, onde foi preciso esperar até 9 de julho de 1975, para que a Lei nº 75-596, dando nova redação aos artigos 2.282 e 2.283 do Código Civil francês, reconhecesse ao detentor a proteção possessória contra *qualquer outro que não aquele do qual recebeu seus direitos*, vale dizer, na nossa linguagem, contra qualquer um menos contra o possuidor indireto.¹⁴

É que o Código Civil francês, embora anterior à obra de Savigny, teve, através de seus autores, a mesma leitura dos textos romanos, nos quais, efetivamente, a *possessio*, *requeria corpus et animus*.

Fique, pois, muito claro que toda a discussão acerca dos elementos da posse, para a qual os autores não poupam esforços em trazer à colação os argumentos dos mencionados autores alemães, reflete-se – o que, no entanto, omitem, de ordinário – na questão de saber se o detentor tem ou não a seu favor os interditos possessórios. Tem-nos, no direito alemão e no direito brasileiro; não tinham, no direito francês, porque se lhe exigia *animus domini*. Tem-nos, também, doravante, neste sistema de

12 In Istituzioni di Diritto Romano, Giuffrè Editore Milano, 1972, p. 330: *L'animus rem sibi habendi é invece qualche cosa di diverso. Non é, come diceva Savigny, l'animus domini, cioè la volontà di essere proprietario, ma la volontà di avere la cosa per sé in modo esclusivo ed indipendente; in tal guisa non presenta difficoltà il possesso del creditore pignoratizio, del sequestratario e del precarista, che sono considerati come possessori, pur non potendo avere l'animus domini.*

13 Código Civil, art. 486; Código de Processo Civil, arts 920 a 939.

14 Os referidos dispositivos do Código Civil francês passaram a ter a seguinte redação: art. 2.282. La possession est protégée, sans avoir égard au fond du droit, contre le trouble qui l'affecte ou la menace. La protection possessoire est pareillement accordée au détenteur contre tout autre que celui de qui il tient ses droits. Art. 2.283. Les actions possessoires sont ouvertes dans les conditions prévues par le Code de procédure civile à ceux qui possèdent ou détiennent paisiblement.

Direito, mas não contra aquele que por ato ou negócio jurídico lhe transmitiu a detenção.

Assim, por exemplo, o usufrutuário, o locatário ou o credor pignoratício têm, entre nós, proteção possessória até mesmo contra o nuproprietário, o locador e o devedor pignoratício; mas contra estes últimos, aqueles não a têm, no direito francês, mesmo após a sobredita reforma legislativa.

Diferentemente, tratando-se de posse *ad usucapionem*, o Direito exige do possuidor, além do *corpus*, o *animus domini*, do que resulta jamais poderá o possuidor direto, o detentor, adquirir a propriedade mediante prescrição aquisitiva.

Tempo, posse e *animus domini* são, como se sabe, as condições que o nosso Direito exige do possuidor para que se lhe reconheça direito a usucapir por tempo longo.

Tempo, posse, *animus domini*, justo título de boa-fé, para usucapir *brevi temporis*, com tempo reduzido: no atual direito brasileiro, dez ou quinze anos, conforme entre presentes ou entre ausentes (moradores do mesmo município ou não).¹⁵

Entendendo-se por boa-fé a crença do possuidor em ter adquirido a propriedade do verdadeiro titular, quando não o é, ou a ignorância do possuidor de algum vício que torna anulável a transferência do domínio, resta-nos saber em que consiste o justo título.

Justo título, todos dizem, é o título hábil a transferir o domínio.

E todos dizem, com razão. Qualquer acréscimo no sentido de tornar o conceito mais preciso corre o risco de torná-lo inútil, para usar de litote, ou de incorrer em sério equívoco, com graves riscos para o deslinde de importantes questões do Direito Civil.

Assim, apenas para citar alguns renomados civilistas, Serpa Lopes diz que *a posse com justo título produz o usucapião denominado no direito espanhol de usucapido tabular, consistente em aparecer registrado como titular de um direito uma pessoa que não é o titular verdadeiro*.¹⁶

A observação diz respeito à boa-fé, mas não ao justo título. E não é bem assim no direito espanhol, como veremos.

Mas continua o eminente autor: *Relativamente aos requisitos do justo título, Lacerda de Almeida, ainda no direito anterior, apontava como um dos seus pressupostos o de se encontrar transcrito no Registro predial quando a transferência se referisse a imóveis... Na verdade, se assim era no Direito Anterior, com maioria de razão aconte-*

15 A distinção entre *praesentes et absentes* tem origem no direito romano que distinguia entre os habitantes da mesma província romana ou não. A distinção não é mais feita pelo Projeto de Código Civil aprovado pelo Senado, conf. art. 1.242, e parece mesmo tender ao esquecimento em face das mudanças nas modernas comunicações.

16 In Curso de Direito Civil, vol. VI, 3ªed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1964, p. 553.

ce no sistema atual do nosso Direito.¹⁷

E, em outra passagem, assim escreve Serpa Lopes: *Em se tratando de posse de coisa imóvel, justo título é o que se encontra transcrito no Registro de Imóveis, condição sine qua non da ação reivindicatória.*¹⁸

Também de forma equivocada, Clóvis Bevilácqua, em obra atualizada por Aguiar Dias – ambos notáveis civilistas, o primeiro, como ninguém ignora, autor do nosso Código Civil – ensina que *há de basear-se em justo título, isto é, em ato ou fato jurídico hábil para adquirir-se ou transferir-se a propriedade, como a sucessão hereditária e a transcrição. Pode o título ser defeituoso ou ineficiente; mas o transcurso do tempo sana essa falha, se concorrem os outros requisitos: posse justa, ininterrupta e pacífica, nos termos acima expostos, boa-fé e transcrição, quando o título é translativo da propriedade por ato entre vivos.*¹⁹

Tanto Bevilácqua quanto Serpa Lopes, evidentemente, ressaltam a hipótese de aquisição, ou transferência, na linguagem do primeiro, *causa mortis*, ocasião em que não há falar, no nosso Direito, em transcrição ou em registro, a não ser da partilha, por força da *saisine* – enquanto condição de aquisição da propriedade – tal como disciplinada no artigo 1.572 do Código Civil.²⁰

No mesmo equívoco parece incorrer o egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando decidiu, em acórdão unânime da 4ª Turma, em 8 de agosto de 1989, sendo Relator o Ministro Athos Gusmão Carneiro, eminente colega de Universidade, que *justo título, aludido no art. 551 do CC, é o título válido, em tese, para a transferência do domínio mas ineficaz na hipótese de não ser o transmitente o titular do direito ou lhe faltar o poder de alienar. Não é justo título, para os efeitos do usucapião de breve tempo, o compromisso de venda por instrumento particular não registrado e não registrável, embora o preço integralmente pago.*²¹

Outro aresto do mesmo Superior Tribunal de Justiça, embora de outra Turma e decidido por maioria, parece apontar para caminho distinto, como teremos a oportunidade de constatar.

Fiquemos, por ora, na *ratio decidendi* do Superior Tribunal de Justiça acima transcrita: *Não é justo título, para efeitos do usucapião de breve tempo, o compromisso de venda por instrumento particular não registrado e não registrável, embora o preço integralmente pago.*

Pois bem, ao contrário do que decidiu a nossa mais alta Corte em matéria de

17 Idem, ibidem, p. 555-556.

18 Idem, ibidem, p. 142. O grifo é do autor.

19 Direito das Coisas, vol. 1, Forense, Rio de Janeiro, 1956, p. 151.

20 Código Civil, art. 1572. Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. O texto do Código em vigor foi mantido tal qual no Projeto de Código Civil original, recebendo, no Senado Federal, emenda (de n. 354), resultando, com a seguinte redação, no artigo 1.808: Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros, inclusive testamentários. A modificação restringe-se, pois, à palavra “inclusive”.

21 RSTJ 4/ 1.468.

Direito Civil e do que sustenta a generalidade dos autores, este é bem um dos casos, sem dúvida o mais importante, ao lado da transferência hereditária, de justo título, no Direito Civil brasileiro, com vistas à aquisição *brevi temporis* da propriedade.

Simplemente porque este é um dos títulos hábeis a transferir a propriedade, no Direito Civil brasileiro, desde que foi editado o Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937.

Justo título, repita-se, é a causa hábil a transferir ou a transmitir a propriedade, ou a transferir ou a transmitir direitos reais usucapíveis. Sem mais nem menos.

II DAS ESPÉCIES DE JUSTO TÍTULO

Para que possam ser determinadas as espécies de justo título é preciso que se examine, nos sistemas jurídicos comparados, quais os modos de aquisição ou de transmissão da propriedade ou da criação de direitos reais outros que a propriedade, porém igualmente suscetíveis de prescrição aquisitiva, porque aqui reside a origem do equívoco.

É que o direito comparado tem por função a melhor compreensão do direito nacional e seu constante aprimoramento.²²

Mas, se o cuidado não for muito grande e se a repetição, por força da natural invocação do magistério dos autores e dos precedentes jurisprudenciais, for intensa, incorre-se na circunstância de se perpetuar o erro, com conseqüência para todos aqueles que recorrem aos pretórios com vista à obtenção do que é de seu. E o direito comparado, contudo presumido ser um fator de melhor compreensão de um sistema jurídico, passa à condição de elemento complicador.

Posto que sucintamente, uma vez mais, tentemos analisar daqui em diante os diferentes sistemas de transmissão e de transferência do domínio e de criação dos direitos reais nos sistemas jurídicos significativos, para que se possa distinguir de forma mais precisa quais as espécies de atos, negócios ou até fatos jurídicos que são tidos como hábeis para a transferência do domínio, em cada um deles.

*Pode ser correto começar pelo começo em qualquer ramo do conhecimento, a não ser na História*²³, dizia grande historiador, citado por não menos importante romanista. Como o presente estudo não é histórico, a observação vem a calhar.

Fora de qualquer dúvida, o ponto de partida é o direito romano, no qual, à época clássica, dividiam-se as coisas notadamente entre *res Mancipi* e *nec Mancipi* e no qual a distinção moderna entre móveis e imóveis era bastante desconhecida, os

22 Cf. René David, *Les Grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1973. pp. 13 e segs.; Zweigert, Konrad e Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3 Auflage, Mohr, Tübingen, 1996, pp. 12 e segs; Rotondi, M., *Inchieste di Diritto Comparato*, Buts et méthodes de droit comparé, Padova, 1973, passim.

23 “...it may be right to begin at the beginning in any kind of study, but not in history.” Jacob Burckhardt, *Weltgeschichte, Betrachtungen*, p. 7, *apud* Fritz Schulz, *Principles of Roman Law*, trad. par Marguerite Wolff, Clarendon Press, Oxford, 1936, p. 4.

textos do Digesto²⁴ em sentido contrário sendo manifestamente interpolados.

Com efeito, não há de se encontrar, nos poucos textos clássicos que nos chegaram, senão tímidas referências à distinção fundamental entre móveis e imóveis, distinção que começa com o fim do período latino, vale dizer, com a transferência da capital para Constantinopla, restando sem função a diferença entre fundos itálicos e fundos provinciais.²⁵ A nova distinção é, pois, justinianéia e como tal foi incorporada no Digesto.

No melhor texto clássico que nos foi legado, as Institutas de Gaio,²⁶ escritas, ao que tudo indica, em 161 A. D. e descobertas por Niebuhr na biblioteca de Verona, em 1816, conferidas por Savigny, aquele autor, ao qual se devem cerca de 521 citações no Digesto,²⁷ assevera que *a diferença entre as coisas mancipáveis e não mancipáveis é considerável, pois as coisas não mancipáveis alienam-se por simples tradição, se forem corpóreas e possam portanto serem entregues. Assim, se eu te entrego uma vestimenta, ouro, ou prata seja a título de venda ou de doação, seja a outro título, a coisa torna-se tua imediatamente, desde que eu seja o dono. Ademais, os fundos provinciais encontram-se na mesma situação jurídica: nós chamamos a uns estipendiários, a outros tributários. São estipendiários os fundos situados nas províncias que nós consideramos como a propriedade do povo romano – tributários os que têm por proprietário o imperador.*

*As coisas mancipáveis, ao contrário, são aquelas que se alienam por meio da mancipação (mancipatio); é porque aliás as chamamos de coisas mancipáveis.*²⁸

24 Bonfante, P., Fadda, C., Ferrini, C., Riccobono, Scialoja, V., Digesta Iustiniani Augusti, Mediolani, ForTnis Societatis Editricis Librariae, MCMLX; Mommsen, T., Krueger, P., Corpus Iuris Civilis, 3 Vols. 17e éd., réimpr., Weidmann, Berlin, 1954. V. também com tradução espanhola, D'Ors, A., Hernandez-Tejero, F., Fuenteseca, P., Garcia-Garrido, M., Burillo, J. El Digesto de Justiniano, 3 Vols, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

25 La distinzione, che nel nuovo diritto há preso il posto delle *res mancipi e nec mancipi* nel rappresentare questa fondamentale antitesi tra oggetti di interesse sociale e oggetti di interesse individuale, é quella degli *immobili e dei mobili*.” Bonfante, Pietro, Istituzioni di Diritto Romano, Xa ed., Giappichelli – Editore, Torino, 1957, p.248.

26 V. Gaius Institutes, Texte établi et traduit par Julien Reinach, Société d'édition “Les Belles Lettres”, Paris, 1950. O texto das Institutas de Gaio se encontra também nas Fontes Iuris Romani Antejustiniani, Pars Altera, Libri Syro-Romani Interpretationem, A.C. Ferrini Confectam, Castigavit iterum editit novis adnotationibus instruxit J. Furcani, Florentiae apud A. A.G. Barbera, 1940 - XVIII, pp. 3-193.

27 Para a História do Direito Romano, V. not., Arangio-Ruiz, Vincenzo, Historia del Derecho Romano, trad. espagnole de Francisco de Palsmarker e Ivañez, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943; Bonfante, Pietro, Storia del Diritto Romano, 2 vols., Giuffrè-Editore, Milano, 1958 (para uma tradução francesa, V. Histoire du droit romain, trad. Jean Carrère et François Fournier, Sirey, Paris, 1928); Jolowics, F. J., Historical Introduction to the Study of Roman Law, University Press, Cambridge, 1952; Kunkel, W., Römische Rechtsgeschichte, Eine Einführung, Böhlen Verlag Köln-Graz, 1964; Tellegen-Couperus, Olga, A Short History of Roman Law, Clays, London, 1993.

28 “Magna autem diferencia est inter mancipi res et nec mancipi. Nam res mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. Itaque, si tibi uestem uel aurum uel argentum tradidero siue ex uenditionis causa siue ex donationis siue quauis alia ex causa, statim tua fit ea res si modo ego eius dominus si-in. Item in eadem causa sunt prouincialia praedia, quorum alia stipendiaria, alia tributario uocamus. Stipendiaria sunt ea quae in his prouinciis sunt quae propriae populi romani esse intelleguntur, tributario sunt ea quae in his prouinciis sunt quae propria Caesaris esse creduntur. Mancipi uero res sunt quae per mancipationem ad alium trans feruntur; unde etiam mancipi res sunt dictae... ..solum italicum mancipi est, prouinciale nec mancipi est” (in Commentarius Secundus, 18 a 27)

Já acerca da *mancipatio*, o mesmo Gaio, esclarece, sempre com referência ao direito romano clássico, que *é uma espécie de venda imaginária. Ela pertence ao direito particular dos cidadãos romanos. O procedimento é o seguinte: na presença de pelo menos cinco testemunhas cidadãos romanos púberes e de um outro da mesma condição, que deve ter uma libra de bronze, que chamamos libripens, aquele que ostentando a coisa diz: Digo que este homem me pertence em virtude do direito quiritário; que ele me foi adquirido por este bronze e por esta libra de bronze; após, ele bate a libra com o bronze e dá o bronze a título de preso àquele do qual recebe a coisa.*²⁹

No direito justinianeu, 533 A. D., como bem sintetiza Bonfante, *a tradição é o modo geral para operar a transferência voluntária da propriedade*³⁰, até porque desaparecerá, desde a transferência da capital, a razão de ser da clássica distinção, subrogando-se, pela doravante moderna diferenciação entre móveis e imóveis.

Mas a obrigação de dar, cujo objeto continha a de transferir propriedade, vale dizer a compra e venda, a doação, a permuta, a *datio in solutum* e assim por diante, por si só, não a transferia. Ainda que abolida a *mancipatio*, como diria Maitland acerca da abolição dos *writs* no direito inglês, ela continuava e até hoje continua a nos governar de seu túmulo.

Estava criado o germe do sistema jurídico do BGB, que entrou em vigor no início do século que ora finda, e que consiste em distinguir o *titulus* do *modus acquirendi*, a obrigação por si só não sendo o suficiente para a transmissão da propriedade ou para a criação de direito real.

E o *iustus titulus*, na usucapião abreviada, nada mais passa a ser do que o *modus*.

Nos sistemas jurídicos que têm por paradigma o direito francês e nos quais a obrigação transmite a propriedade, o justo título, para a *usucapio brevi temporis*, é o *titulus*; nos outros, cujo modelo é o direito alemão, ad *instar* do direito romano, o justo título, para a aquisição da propriedade pela prescrição aquisitiva abreviada, é o *modus*.

Criada, no direito romano clássico, para substituir a *mancipatio*, quanto à *res mancipi* não adquirida segundo o procedimento da venda imaginária, a *usucapio*, juntamente com a própria *mancipatio*, e a *in iure cessio* (cessão perante magistrado) eram as formas de aquisição entre vivos.

Como bem explica uma vez mais Gaio, *na verdade, se eu não te mancipei nem cedi perante um magistrado uma coisa mancipável, mas simplesmente ta entre-*

29 "... imaginaria quaedam uenditio ; quod et ' sum ius ciuium romanorum est, ea res ita a itur: adhitis non minus quam quinqué testibus ciuibus romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionas, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accedit, rem tenens ita dicit: ' HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA'; deinde aere percutit libram idque aes dat e; a quo mancipio accedit quasi **petiolarum** Commentarius Primus, 119).

30 "Nel diritto giustiniano la tradizione é modo generale per operare il trasferimento volontario della proprietà. " Op. cit., p. 271.

guei, esta coisa em teus bens se encontrará, mas permanecerá minha de acordo com o direito quiritário, até que a usucapes pela posse: somente após a usucapido que a coisa começará a ser tua de pleno direito, a se encontrar entre os teus bens e a te pertencer de direito quiritário, como se ela te tivesse sido mancipada ou cedida por intermédio do magistrado.

*A usucapião das coisas mobiliárias se perfaz em um ano, aquela dos fundos e dos prédios por dois anos: assim dispôs a Lei das XII Tábulas.*³¹

Os prazos foram consideravelmente alongados no direito romano justinianeu, o que justificava a já transcrita lição de Cirne Lima: três anos para os bens móveis; dez ou vinte para os imóveis, consoante as partes fossem habitantes da mesma província ou não, e trinta anos para a usucapião *longissime temporis*, prolongados para quarenta anos para os bens imóveis da Igreja³², as coisas litigiosas e pias, refletindo já privilégio em virtude de o cristianismo ter se tornado, desde Constantino, a religião oficial.

Com o advento do registro de imóveis – somente conhecido em Roma em época muito tardia e tendo sempre caráter facultativo, estavam presentes as condições para a aparição do assim chamado *grundbuch system*, em que os atos jurídicos dividem-se também entre os atos criadores de obrigações e os atos de disposição.³³

Diferentemente, no direito francês e nos sistemas que o seguiram, mesmo após a eficácia contra terceiros depender do registro na *Publicité foncière*, em nada modificou-se o disposto no artigo 1.138 do Código Civil para o qual *a obrigação de entregar a coisa considera-se perfeita pelo só consentimento das partes contratantes.*

*Ela torna o credor proprietário e coloca a coisa a seus riscos desde o instante em que deveria ser entregue, ainda que a tradição não tenha sido feita, a menos que o devedor não esteja em mora de a entregar; neste caso a coisa perece para o último.*³⁴

Daí porque, para citarmos um só autor, *o sistema adotado pelo Código Civil (francês) é o seguinte: Pela só troca de consentimentos, a propriedade é transferida, o adquirente não é só credor da transferência de propriedade: ele já é proprietário e, em outra passagem, citando Portalis, assim deixam claro os Mazeaud:*

Portalis apresentando o Projeto ao Corpo Legislativo, opôs ao sistema de direito romano o sistema de direito francês, isto é aquele ao qual havia chegado nosso

31 “Nam si tibi rem mancipi neque mancipauero neque in iure cessere, sed tantum traditero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium uero mea pertinet, donec tu eam possidendo usucapias; semel enim inpleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata uel in iure cessasset. Usucapium autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi uero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est.” (Commentarius Secundus, 41 e 42).

32 Bonfante, op. cit., p. 294.

33 V., entre tantos, Witz, *Droit privé allemand*, 1. Actes juridiques. Droits subjectifs, Litec, Paris, 1992, pp. 18 e segs. V. também, Baur/Stümer, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 16 Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1992, pp. 33-43.

34 Código Civil Francês, art. 1.138. L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. “Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.”

*antigo Direito.*³⁵

Ao sistema romano, mais tarde desenvolvido pelo direito alemão, se opunha, doravante, o sistema francês de transferência da propriedade *solo consensu*.

Se a convenção é a base da organização social, o *contrato social*, o fundamento da lei e a *lei entre as partes*, segundo os ideais da Revolução Francesa, como a convenção, no Código Civil que os consagra, não teria sequer o condão de transferir a propriedade?

Por isso é que, no direito francês, justo título é a convenção, o contrato através do qual se transfere não apenas a posse, mas também a propriedade, o registro não tendo outra função do que tornar o ato jurídico eficaz em relação a terceiro. Assim, a compra e venda, a doação, a dação em pagamento, a constituição de dote, a troca, e assim por diante, além da transmissão *causa mortis*, são por si mesmas e naturalmente justo título. Isso para os bens imóveis, porque, quanto aos móveis, dá-se, naquele sistema jurídico, o que se chama de usucapião instantânea, em virtude da regra *en fait de meubles possession vaut titre*, possibilitando-se àquele despossado injustamente a reivindicação em até três anos.³⁶

Ao passo que, no direito alemão, em matéria imobiliária, não há senão a usucapião decorrente do registro. A teor do § 927 BGB, *no caso de após trinta anos, um imóvel for possuído por outrem a título de proprietário, o proprietário deste imóvel pode ser declarado perempto de seu direito por via de notificação pública. A duração da posse é calculada da mesma forma que os prazos de prescrição aquisitiva de coisa móvel no momento em que o proprietário for inscrito no Livro do Registro de Imóveis, o procedimento da notificação não é admitido sendo quando o proprietário for falecido, ou encontrar-se desaparecido, e quando nenhuma inscrição exigindo o consentimento do proprietário não tiver sido feita do aludido Livro desde trinta anos atrás.*

*Aquele que obtiver julgamento de perempção torna-se proprietário pelo fato de sua inscrição no Registro de Imóveis.*³⁷

De forma sintética, Michel Fromont e Alfred Rieg, à época professores de direito comparado em Dijon e Estrasburgo, respectivamente, esclarecem que, *para que a prescrição aquisitiva possa ser utilizada, é preciso que o possuidor esteja inscrito durante trinta anos, na qualidade de proprietário, no Registro de Imóveis.*

Aí reside, ao que parece, a enorme confusão que se faz entre nós acerca do justo título.

O excesso de germanismo faz com que se leia, no nosso Direito, aquilo que ele não contém.

Não há, no direito brasileiro, a *usucapião tabular* do direito alemão. Tampouco o sistema de transmissão da propriedade por atos entre vivos é igual, embora possa ser parecido, como adiante veremos.

35 Leçons de droit civil, tome deuxième, 4^eed., Ed. Montchrestien, Paris, 1969, pp. 174 e 262.

36 Código Civil Francês, arts. 2.279. En fait de meubles, la possession vaut titre. "Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol."

37 "Mais pour que la prescription acquisitive puisse jouer, il faut également que le possesseur ait été inscrit pendant trente ans, en qualité de propriétaire, au livre foncier." *In* Introduction au droit allemand, vol. III, Cujas, Paris, 1991.

Por outro lado, salvante a usucapião com relação aos bens móveis, a aquisição prescritiva imobiliária, no direito alemão, como facilmente se depreende, é absolutamente excepcional. Não só quanto ao prazo, porque trinta anos também é o prazo do direito francês, mas para a usucapião extraordinária – principalmente porque há pouquíssimo lugar para semelhante instituto civilístico em um sistema de transferência da propriedade e de criação dos direitos reais onde tudo se verifica através do *grundbuch*. Pelo que vimos, não seria preferível falar, no direito alemão, em prescrição extintiva da ação reivindicatória, em vez de prescrição aquisitiva da propriedade?

Assim, toda a matéria germânica acerca do tema em foco precisa ter em vista particularidades de um sistema que é muito distinto do nosso. E que sequer consagra a diferença entre usucapião ordinária e extraordinária quanto aos bens imóveis.

Também o direito espanhol acima citado por renomado civilista não serve de paradigma, muito embora se aproxime mais do nosso sistema do que o direito alemão, que é totalmente distinto.

Efetivamente, no direito civil espanhol, a prescrição aquisitiva tem contornos mais parecidos com o do direito civil brasileiro: a prescrição aquisitiva *longi temporis* dá-se em trinta anos; a *brevi temporis*, em dez ou vinte, consoante entre presentes ou ausentes.³⁸ A usucapião de móveis, em três ou cinco.³⁹

O artigo 1.952 do Código Civil espanhol dispõe no sentido de que “*entiéndese por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate*”, em tudo e por tudo semelhante ao que ocorre entre nós.

A particularidade está, entretanto, na regra exarada pelo artigo 1.949, que não encontra paralelo no direito pátrio: *Contra um título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero, sino en virtud de outro título igualmente inscrito, debiendo empezar a correr el tiempo desde la inscripción del segundo.*

Certo, contra um título inscrito no registro de imóveis, dificilmente poderá o usucapiente alegar boa-fé, mesmo entre nós, mas este outro tipo de usucapião tabular também é impertinente ao direito brasileiro. Também no direito italiano, em tudo e por tudo semelhante ao direito romano justinianeu, como bem salienta Biondo Biondi⁴⁰, à diferença justamente da exigência da transcrição do título, para a usucapião decenal, o Código Civil daquele país é expresso, no artigo 1.159, no sentido de:

Colui che acquista in buona fede [11471] da chi non é proprietario un immobile, in forza di un titolo che sai idoneo a trasferiré la proprietá e che sai stato debitamente trascritto [2643], ne compie 1'usucapione in suofavore col decorso di dieci anni dalla

38 Código Civil Espanhol, art. 1.957.

39 Código Civil Espanhol, art. 1.955.

40 In Istituzioni di Diritto Romano, op. cit., 1972, p. 268: “*Queste due specie di usucapione, secondoché vi sai o meno la justa causa, corrispondono alle due specie di usucapione decennale o ventennale, riconosciute dal nostro codice, che solo per la prima richiede un titolo idoneo a trasferiré la proprietá e sai trascrito.*”

data di trascrizione.

Observe-se, entretanto, que o transcrito dispositivo do Código italiano refere-se tão-somente à aquisição *a non domino* (*da chi non é proprietario*).

O que se tem de indagar, em qualquer sistema de Direito, quando se pretende descobrir o que se há de entender por justo título, é quais os títulos hábeis para a transmissão ou a transferência de propriedade, ou a criação de direitos reais, naquele mesmo sistema, abstração feita a outros cujas peculiaridades nos são estranhas. Pelo menos, qualquer comparação há de levá-las em conta.

No direito brasileiro, à imagem e semelhança do direito alemão, em que visivelmente se inspirou, a propriedade imobiliária se transmite, nos atos entre vivos, com a transcrição;⁴¹ a mobiliária, por tradição.⁴²

Mas também, no direito brasileiro, a legislação extravagante encarregou-se de juridicizar situações em que o comum dos brasileiros, certamente não versado na pandectística, sempre entendeu ser título hábil à transmissão da propriedade. Por isso que os fatos são teimosos.

Em verdade, a concepção pandectista choca-se com a realidade: como explicar ao comprador que, mesmo tendo pago o preço da coisa, não é credor senão de uma obrigação de fazer por parte do vendedor?⁴³

Pontes de Miranda parece se comprazer quando afirma que *os leigos pensam que, se alguém compra, já adquiriu*.⁴⁴

O sistema lembra o tirano Dionísio, que colocava as tábuas da lei tão alto que ninguém do povo poderia enxergá-las.

O caso referido, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, é de injustiça mais flagrante ainda: como explicar ao comprador que pagou o preço, que tem o contrato, ainda que não registrado ou não registrável, que possui o imóvel por mais de dez anos, de boa-fé, que ainda assim não é proprietário?

Já era difícil explicar ao brasileiro médio e muita vez também à generalidade dos brasileiros que a compra e venda não transmite a propriedade, mas apenas cria a obrigação de transferi-la, muito embora o preço haja sido pago. Que além do contrato de compra e venda, por escritura pública, ou qualquer outro que tenha por fim a transferência do domínio, obedecida a mesma forma, é preciso, no direito brasileiro, o acordo de transmissão, que, à diferença do contrato, é abstrata, e não causal. Mas também o acordo de transmissão não é o bastante, sendo necessária, ainda, a transcrição, que é, salvo disposição em contrário no acordo de transmissão, direito formativo gerador, podendo, pois, o adquirente, como de resto o próprio alienante, proceder a

41 Código Civil, art. 530: Adquire-se a propriedade imóvel: I – pela transcrição do título de transferência no Registro do Imóvel.

42 Código Civil, art. 620: O domínio das coisas não se transfere pelos contratos antes da tradição. Mas esta se subentende, quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório.

43 Código Civil, art. 1.122: Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes *se obriga a transferir o domínio de certa coisa*, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

44 Tratado, op. cit., vol. 11, p. 312.

ela. Só então, só após a transcrição do título no registro de imóveis competente, em virtude do acordo de transmissão, é que se opera em favor daquele em cujo nome o imóvel estiver transcrito, a presunção, que os civilistas discutem à exaustão se se trata de presunção relativa ou absoluta, da propriedade. Tudo, em nome da segurança do tráfego imobiliário.

Doravante, será preciso ainda explicar ao brasileiro médio que o contrato de compra e venda que firmou, acreditando ter adquirido algo, sequer lhe serve de título de aquisição após no mínimo dez anos de posse ininterrupta, mansa e pacífica e de boa-fé.

Sobre ser injusto, o mencionado aresto é atécnico.

Desde o Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, art. 22, *os contratos sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo*, atribuem aos compromissários direito real *oponível a terceiros e lhes conferem o direito de adjudicando compulsória nos termos dos arts. 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil*.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal já admitia, quando a matéria cível era de sua competência, que, *para os efeitos do Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, admite-se a inscrição imobiliária do compromisso de compra e venda no curso da ação*.⁴⁵ Nada obstante o disposto no artigo 23 do sobredito diploma, que excluía qualquer ação ou defesa sem o documento comprobatório do registro.

Atualmente, vem a matéria regulada pela Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que, dispondo sobre o parcelamento do solo urbano, prevê, em seus artigos 25 e seguintes, a irretroatividade dos compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, dos que atribuam direito a adjudicação compulsória e, *estando registrados*, confirmam direito real oponível a terceiros, além de disciplinar procedimento para a outorga de contrato nos casos de promessa ou de cessão e de descumprimento do devedor.

Quando Pontes de Miranda afirma que *não há usucapião de imóveis de valor superior a dez mil cruzeiros*⁴⁶, *ao tempo do título, sem que o instrumento seja público*⁴⁷, está-se referindo tão-somente à usucapião abreviada, e tão-somente à exigência de forma do artigo 134 do Código Civil, que exige escritura pública para os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis. No que se refere aos contratos previstos no artigo 22 do Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, e na Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, fique claro que semelhantes negócios jurídicos podem ser realizados quer mediante escritura pública, quer através de instru-

45 Súmula n. 168 do STF.

46 Em valores evidentemente não corrigidos.

47 Tratado, op. cit., p. 240.

mento particular.

A questão que se opõe acerca desses títulos é a de saber se somente passam a constituir justo título para a usucapião abreviada a partir do registro, ou se o podem ser assim considerados desde logo e independentemente da inscrição.

O primeiro entendimento, que parece ser o dominante, criaria, entre nós, verdadeira *usucapião tabular* à semelhança do direito alemão, ou, mais atenuada, do direito espanhol.

Por outro lado e acima de tudo, se do registro surge o direito real de propriedade, a prescrição aquisitiva seria, em tais casos, como bem o sinala Pontes de Miranda, *superfetação*.⁴⁸

Na linguagem que o caracteriza, sustenta o referido autor que, *se a posse é de boa-fé e houve transcrição do título, operou-se a transferência e, assim, patente é a superfetação da ação de usucapião: seria usucapir de si mesmo. (...) Citando jurisprudência mineira: A pretensão de ser dono pela usucapião descombina com o título transcrito, pois a transcrição é também modo de adquirir a propriedade. E não se pode adquirir o já adquirido.*

E acrescenta: *o que se exige é o titulus habilis ad dominium transferendum, e não o título que haja transferido (se transferiu, tollitur quaestio); (...) uma coisa é a idoneidade a transferir e outra a transferência, de modo que o possuidor que tem título hábil a transferir, isto é, que pode ser registrado, tem título hábil, justo título, título de acordo com a lei, legítimo[...]*

Em outra passagem, também é claro ao criticar Clóvis Beviláqua (C. Civ. Comentado, III, 89) e sustentar: *Se a transcrição é modo de adquirir, a transcrição basta; se lhe são necessários posse decenal e boa-fé, não é modo de adquirir. Só pode usucapir quem não adquiriu*.⁴⁹

E parece não poupar críticas à tese oposta, com a franqueza que também é nota peculiar do tratadista: *Orça pelo desvario querer-se introduzir tal instituição (a da usucapião tabular) no direito brasileiro, remontando-se, apenas, a trecho de Lafayette Rodrigues Pereira, que os repetidores não leram bem.*

Com efeito, exigir-se registro do usucapiente quando do registro exsurge o próprio direito real objeto da usucapião não parece compreensível, além de reduzir a utilidade do instituto a casos marginais, como o da venda *a non domino* cujo alienante tenha sido evicto, e o da aquisição hereditária ignorando o herdeiro testamento anterior.

Seria usucapir de si mesmo, porque do registro de tais títulos já haveria o direito postulado ou excepcionado pela usucapião.

Muito embora os prazos de decadência para a desconstituição de atos ou negócios jurídicos sejam de ordinário mais curtos do que os prazos previstos para a usucapião abreviada, todos os casos de aquisição por ato anulável – o título nulo jamais

48 *In* Tratado de Direito Privado, Tomo XI, 3ª ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1971, pp. 143 e 144.

49 *Idem*, *ibidem*, p. 240.

podendo servir de base para a prescrição aquisitiva abreviada – teriam, independentemente do registro, segurança jurídica bem maior.

Além disso, ao que parece, o que adquire por usucapião beneficia-se de incentivo fiscal, visto que a parte final do art. 945 do Código de Processo Civil⁵⁰ está a carecer de fato gerador em abstrato na lei fiscal.

Sobretudo, como sustentar deva o usucapiente, após processo, transcrever no registro de imóveis sentença judicial que lhe não confere, via de regra, senão o que já tinha com o registro do justo título.

Por tudo, parece inteiramente justificável nova orientação que se vislumbra no egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando, por maioria, após pedido de vista do eminente Ministro Nilson Naves, vencidos o Relator Claudio Santos e o Ministro Costa Leite, através de sua 3ª Turma, em 10 de julho de 1996,⁵¹ decidiu que:

Tendo direito à aquisição do imóvel, o promitente-comprador pode exigir do promitente-vendedor que lhe outorgue a escritura definitiva de compra e venda, bem como pode requerer ao juiz a adjudicação do imóvel. Segundo a jurisprudência do STJ, não são necessários o registro e o instrumento público, seja para o fim da Súmula 84, seja para que se requeira a adjudicação. Podendo dispor de tal eficácia, a promessa de compra e venda, gerando direito à adjudicação, gera direito à aquisição por usucapião ordinário. Inocorrência de ofensa ao art. 551 do Código Civil.

Esclareça-se, por oportuno, que na espécie se tratava de promessa quitada.

Vislumbramos aqui notável *revirement de jurisprudence* por parte do Superior Tribunal de Justiça. E no bom sentido, no nosso entender.

Aliás, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da admissibilidade da interposição de embargos de terceiro, numerosos casos outros de justo título podem ser arrolados: *compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que não registrado*⁵²; *cessionário de promessa de compra e venda imitado na posse, ainda que por documento particular registrado no cartório competente*⁵³; *donatário, embora não levada a registro a doação*⁵⁴; *herdeiro que ainda não registrou seu formal de partilha devidamente homologado*⁵⁵; *possuidor que tem domínio resultante de sentença transitada em julgado, ainda que só levada a registro depois da penhora*⁵⁶; e *o comprador por escritura pública não registrada, devidamente imitado na posse do imóvel*.⁵⁷

Não pareceria coerente se a jurisprudência fosse no sentido de admitir em-

50 A sentença que julgar procedente a ação será transcrita, mediante mandado, no registro de imóveis, satisfeitas as obrigações fiscais.

51 Lex-JSTJ e TFR, 87/137.

52 Súmula n. 84.

53 STJ, 3a Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 6.5.9 l., p. 5.664.

54 STJ, 4a Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 7.12.98, p. 23.515.

55 STJ, 3a Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 16.11.92, p. 21.140.

56 RSTJ, 88/148.

57 RSTJ, 48/152.

bargos de terceiro de quem não tivesse justo título para adquirir por prescrição aquisitiva ordinária.

Aos exemplos da jurisprudência, ainda que extraídos de outra *rubrica*, acrescente-se outro, lembrado por Pontes de Miranda: o auto de arrematação. Registrado ou não. Sendo que, se registrado, quanto ao justo título, é superfetação.⁵⁸

Outros, ainda, poderiam ser invocados, como a dação em pagamento ou a constituição de dote, ainda existente em nosso Direito, enquanto não entrar em vigor o novo Código.

Se não se exige o registro para a admissão de embargos de terceiro em favor do possuidor, *a fortiori*, o título de transferência do direito real não registrado é justo título para os fins da usucapião abreviada.

Prescrição, extintiva ou aquisitiva, vem do latim jurídico *prae + scribere*, isto é escrever antes.

É o que, no direito romano clássico, na fase do procedimento *in iure*, perante o pretor (*praetor*, de *prae + ire*, como *herzog*, em alemão, também é aquele que vai antes) vinha antes. Antes do *edictum* do magistrado: a autorização para que o juiz processasse o caso de acordo com os termos ditos.

E, no edito, antes da *intensio*; antes da *demonstratio*; antes da *condemnatio* e da *adiudicatio* – *grosso modo*, da pretensão, da prova, da sentença e da execução, vinha a *praescriptio*: se a ação não estiver prescrita ou a coisa litigiosa não estiver prescrita, a pretensão do autor é esta, a prova a ser feita é esta, a sentença é esta e a execução é esta.

Por isso que, desde o início, a prescrição é exceção de mérito. É preliminar. Matéria de ação ou de exceção.

Desde Modestino, *usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporalia lege definiti*.⁵⁹ O registro da sentença não tem nem pode ter senão o efeito declaratório.

Por isso que se a ação, via de regra, é prescritível, não o é a exceção, logo a prescribo aquisitiva: *quod temporalia sunt ad agendum, pi perpetua sunt ad excipiendum*. Daí, como vimos, onde somente existe a prescribo aquisitiva com justo título registrado, como no direito alemão, em verdade, o que prescreve é a ação do proprietário; enquanto, entre nós, a reivindicatória é imprescritível, podendo, no entanto, o demandado opor, a qualquer tempo, a exceção de prescrição.

Além disso, como também ficou claro, a prescrição aquisitiva abreviada surgiu, no direito romano clássico, como modo de adquirir a propriedade da *res Mancipi*, quando não precedida de *mancipatio* ou de *iure in cessio*.

Sim, porque se *mancipatio* houvesse ou *iure in cessio* (cessão perante o magistrado), desnecessária a usucapião. A *mancipatio* justamente transferia a propriedade: da mesma forma, se registro houver, desnecessária, pelo menos as mais das

58 Op. e loc. cit.

59 Digesto, XXXXI, 111, 3.

vezes, a prescrição aquisitiva, quer ordinária quer extraordinária.

Da mesma forma entre nós, como preleciona uma vez mais Pontes de Miranda, *a usucapião vem ao salvamento do adquirente, exatamente porque não houve, como devera, a transcrição. Não importa se esta foi alertada pela falta de título do alienante, ou por ser inadequado à transcrição, ou por ser anulável ou rescindível; porque o título é apreciado em tese.*⁶⁰

Parafraseando Gaio, no texto acima transcrito, que data, convém lembrar, de 161, poderíamos dizer, do direito civil brasileiro do final do segundo milênio, no qual a *mancipatio* das coisas mancipáveis deu lugar ao registro dos bens imóveis, que, *na verdade, se eu não te registrei (mancipatio ou iure in cessio, no direito romano clássico) uma coisa imóvel (uma coisa mancipável), mas simplesmente ta entreguei (com contrato escrito, entre nós, e pago o preço), esta coisa em teus bens se encontrará, mas permanecerá minha de acordo com o direito quiritário, até que a usucapes pela posse: somente após a usucapião que a coisa começará a ser tua de pleno direito a se encontrar entre os teus bens e a te pertencer de direito quiritário como se ela tivesse sido registrada (mancipada ou cedida perante magistrado).*

Não apenas o direito romano clássico nos fovece a origem e o fundamento da prescrição aquisitiva.⁶¹ Oferece-nos também os melhores exemplos, catalogados por Fritz Schulz, e também por Biondo Biondi, em obras admiráveis: usucapião em virtude de dação em pagamento (*pro soluto*), em razão da constituição de dote (*pro dote*), em função de contrato de doação (*pro donat*), por força de compra e venda (*pro emptore*), com origem em legado (*pro legat*), com fundamento em *res derelicta* (*pro derelicto*), a título de herança (*pro herede*).⁶²

Desde então nunca se tratou de questão relativa à paz social, à ordem social, mas sim à segurança jurídica na circulação dos bens, em virtude da sempre complicada prova da propriedade.

Outros exemplos do direito romano não mais têm guarida nos tempos atuais, como o da *usucapio da manus*: o marido adquiria *manus* sobre a mulher com o tempo, salvo se ela tivesse passado três dias fora de casa. Mas esse tipo de usucapião já caíra em desuso, à época do direito romano clássico, como nos atesta Gaio,⁶³ provavelmente, por força da legislação de Augusto, sendo citado como exemplo de *humanitas* e estudado como direito contra o costume (*desuetudo*).

60 Tratado, vol. 11, op. cit., p. 240.

61 A dificuldade de compreensão do direito romano clássico encontra-se no fundamento da distinção entre *res mancipi* e *nec mancipi*, nos curtos prazos prescricionais, mais tarde alongados significativamente, e nos contornos da *usucapio pro herede*. As razões parecem mais históricas do que lógicas. O Digesto não diz que “*nem tudo o que foi criado pelos antepassados pode a razão alcançar?*” Digesto, I, 3, 20: “*Non omnium quae a maioribus constituya sunt ratio reddi postest.*” Os curtíssimos prazos prescricionais se originam na vetusta Lei das XII Tábuas, como vimos. O prazo de apenas um ano, que tanto intrigou Ihering, quanto á *usucapio pro herede*, não lhe foi explicado sequer por Gaio, cuja ‘aparição’, em meio às suas baforadas de charuto, lhe causou o famoso devaneio.

62 In Classical Roman Law, Clarendon Press, Oxford, 195 1, pp. 3 55 e segs. Istituzioni di diritto Romano, op. cit., pp. 266 e 267. No Digesto, as causas mais comuns de usucapião encontram-se em XXXX, 3, IIII: pro emptore, pro herede, pro donato, pro derelicto, pro legato, pro dote e pro suo.

63 V. FRITZ SCHULZ, Principles of Roman Law, Clarendon Press, Oxford, 1936, pp. 192 e 193 e nota 1.

O iustus titulus nada mais era e nada mais é do que a *iusta causa usucapionis*, o motivo, a razão pela qual se tem a posse.

Como o nosso sistema de direito civil, como a generalidade dos demais, consagra o princípio da simetria⁶⁴, pelo qual o que vale para a alienação vale também, de ordinário, para a constituição dos outros *iura in re*, o que se disse para a aquisição da propriedade, diz-se também em relação aos direitos reais cuja aquisição possa se verificar mediante usucapião, em virtude do desdobramento dos poderes inerentes ao domínio, como o domínio útil na enfiteuse, as servidões, o usufruto, o uso e a habitação.

Justo título é, pois, o título hábil para a aquisição do domínio ou de outro direito real. Simplesmente.

64 Código Civil, arts. 675, 677 e 756.

Art. 1.240: A usucapião especial urbana, tal como prevista no novo Código Civil, permite a incidência sobre área urbana, sendo omissa o texto quanto à possibilidade de ter por objeto imóvel com edificação, trazendo à lume a questão da usucapião de unidades imobiliárias em propriedade horizontal.

Assim, verifica-se a necessidade de suprir a omissão para o efeito de compatibilizar a redação do Código Civil com o disposto no art. 9º do Estatuto da Cidade.

Heriberto Roos Maciel: Promotor do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

Novo Código Civil: O direito de superfície, regulado pelos arts. 21 a 24 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, Estatuto da Cidade, passará a ser disciplinado pelo novo Código Civil no momento de sua entrada em vigor.

Sônia Regina M. M. A. Mury: Advogada da União no Distrito Federal.

JUSTIFICATIVA

A Constituição Federal, em seu capítulo 11 do título VII, arts. 182 e 183, tratou da política urbana executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, com o fito de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade e garantir o bem-estar dos habitantes.

Assim, valendo-se da competência atribuída pelo art. 24, I, da Lei Maior, para legislar concorrentemente com os estados e o Distrito Federal sobre direito urbanístico, a União fez editar a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, regulamentando os citados arts. 182 e 183.

A mencionada lei, denominada Estatuto da Cidade, traz normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental, a teor de seu art. 1º. Esse deve ser o seu objeto e respectivo campo de aplicação.

O Estatuto da Cidade, ao valer-se, entre outros instrumentos designados de política urbana, do direito de superfície, teve o mérito, além de muitos outros, de incorporar esse direito, segundo grande parte da doutrina, ao nosso ordenamento jurídico. Assim fazendo, antecipou-se à promulgação do novo Código Civil, que, como ele, dedicou especial atenção ao direito de superfície em seus arts. 1.369 a 1.377.

Como instrumento de política urbana, expressamente arrolado no art. 4º, V, "I", da Lei nº 10.257, de 2001, o direito de superfície recebeu disciplina própria nos arts. 21 a 24, em razão da qual se sustentou o seguinte:

"O Estatuto da Cidade prevê a figura do direito de superfície apenas para o proprietário urbano, vez que é este o seu objeto, não podendo, pois, dizer-se que se possa adotar o instituto para imóveis rurais, até porque se está diante de um direito real, que somente pode ser criado por lei.

Nesse passo, a figura deverá aguardar ou uma lei específica ou, então, a entrada em vigor do novo Código Civil, o qual prevê a figura de forma indistinta, aqui mais uma vez se afirmando que, entrando em vigor o novo Código, esta seção do Estatuto da Cidade permanecerá vigorando no que toca ao direito de superfície de imóveis urbanos, pois se trata de lei específica; esta não poderá ser derogada pela lei geral, que será o novo Código Civil" (*in* Estatuto da Cidade Comentado, Caramuru Afonso Francisco, Editora Juarez de Oliveira, 2001).

Esse entendimento, que decorre da aplicação da norma contida no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), segundo a qual "a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par

das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”, foi reafirmado quando da análise do novo Código Civil:

“... como mais uma das inúmeras demonstrações de envelhecimento do Código em virtude de sua longa tramitação no Congresso Nacional, vemos que esta inovação já surge envelhecida e inaplicável, porquanto, antes da entrada em vigor do Código, já veio o direito de superfície a adentrar em nosso direito por intermédio do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), que dele tratou nos seus arts. 21 a 24, dispositivos que, como defendemos em nosso trabalho ‘Estatuto da Cidade Comentado’, prevalecem sobre o novo Código, vez que se trata de **lexis specialis**.

Assim, as normas referentes ao direito de superfície constantes do Código só terão aplicação supletiva quando o bem imóvel for urbano” (*in* Código Civil de 2002 – o que há de novo, Caramuru Afonso Francisco, Editora Juarez de Oliveira, 2002, pág. 221).

Caio Mário da Silva Pereira ensina que a coexistência das leis “não é afetada, quando o legislador vote disposições gerais a par de especiais, ou disposições especiais a par de gerais já existentes, porque umas e outras não se mostram, via de regra, incompatíveis. Não significa isso, entretanto, que uma lei geral nunca revogue uma lei especial, ou vice versa, porque nela poderá haver dispositivo incompatível com a regra especial, da mesma forma que uma lei especial pode mostrar-se incompatível com dispositivo inserto em lei geral. O que o legislador quis dizer (Lei de Introdução, art. 2º, § 2º, Projeto de Lei Geral de Aplicação das Normas, art. 4º, parágrafo único) foi que a generalidade dos princípios numa lei dessa natureza não cria incompatibilidade com regra de caráter especial. A disposição irá disciplinar o caso especial sem colidir com a normação genérica da lei geral, e, assim, em harmonia poderão simultaneamente vigorar. Ao intérprete cumpre verificar, entretanto, se uma nova lei geral tem o sentido de abolir disposições preexistentes” (*in* Instituições de Direito Civil, vol 1, 19ª ed. 1999, pág. 84).

Cabe, portanto, verificar se as disposições constantes dos arts. 21 a 24 do Estatuto da Cidade, por estarem no corpo de uma lei especial – dirigida à política urbanística –, são de fato normas de lei especial, de convivência harmônica com as disposições gerais do novo Código Civil, que trata da mesma matéria.

Estabelece o art. 1.369 do novo Código que “o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis”.

Por sua vez, dispõe o *caput* do art. 21 do Estatuto da Cidade que “o proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis”.

Como se observa da leitura comparativa entre os dois dispositivos, o Código Civil refere-se, genericamente, ao proprietário, ao passo que o Estatuto da Cidade menciona o proprietário urbano, residindo nessa distinção o apoio à tese daqueles que vêem a possível compatibilidade entre as duas normas. Para esses, o Estatuto da Cidade regraria o direito de superfície concedido sobre a propriedade urbana, enquan-

to ao Código Civil seria legada apenas a regulação do citado direito concedido sobre a propriedade rural e, subsidiariamente, apenas naquilo que não conflitasse com a Lei nº 10.257, de 2001, à propriedade urbana.

Não se pode esquecer que o direito de superfície, tanto na antigüidade quanto no direito moderno, sempre foi tratado no campo do direito privado. O direito de superfície tem sido conceituado genericamente como direito real, transmissível, temporário ou perpétuo, que o proprietário de um imóvel confere, de forma onerosa ou gratuita, a um terceiro, denominado "superficiário", para que este possa plantar ou edificar no terreno pertencente ao primeiro, criando assim uma propriedade distinta da propriedade do solo, denominada propriedade "superficiária".

Inegável, pois, que o direito de superfície, arrolado entre os direitos reais, no art. 1.225, II, no novo Código Civil, disciplinado pelos arts. 1.369 a 1.377, tem natureza civil, como o tem o direito de propriedade do qual ele decorre.

Entretanto poderão dizer que a simples natureza civil do instituto não constitui obstáculo para que o legislador opte por dar-lhe um novo tratamento, inspirado sob a ótica de outro ramo do direito que também possa abrigá-lo.

É certo que o sentido social do urbanismo moderno colocado como multidisciplinar e o conceito jurídico do urbanismo conduzem a um critério material segundo o objeto regulado e um critério substancial, que obedece à unidade de princípios que constitui – sentido último esse no qual reside o urbanismo como ciência (*in* Toshio Mukai, Direito e Legislação Urbanística no Brasil, 1988, pág. 8).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, citado por Toshio Mukai na obra mencionada, aduz que "é conclusão indiscrepante, em consequência dessa análise, que à União compete baixar as normas gerais de urbanismo para todo o território nacional – normas que deverão conter princípios nacionais de urbanismo – e impor o Plano Nacional de Urbanism o" (*in op. cit.*, pág. 95).

A disciplina do solo urbano e também do rural é o objeto precípua do denominado direito urbanístico, que visa, na atualidade, ao desenvolvimento regrado das comunidades. O Direito Urbanístico "não se confunde com o direito de construir, nem com o direito de vizinhança, embora mantenham íntimas conexões e seus preceitos muitas vezes se interpenetrem, sem qualquer colisão, visto que protegem interesses diversos e se embasam em fundamentos diferentes", como já afirmava Di Lorenzo, citado por José Afonso da Silva, que conceitua o Direito Urbanístico, como ciência, sendo "o ramo do direito público que tem por objeto expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios disciplinadores dos espaços habitáveis" (*in Direito Urbanístico Brasileiro*, 1981, pág. 34).

Com essas considerações preliminares, passaremos a enfrentar a questão da revogação ou não, no novo Código Civil, das regras sobre direito de superfície contidas no Estatuto da Cidade.

Como foi demonstrado, não é o fato de o Direito Urbanístico ser multidisciplinar que autoriza o intérprete a acreditar possam as normas próprias de outros ramos do Direito migrar para seu campo de atuação, sem, sequer, transmutar sua essência. Mantida a natureza própria de cada instituto, o Direito Urbanístico pode

deles valer-se, sem, contudo, apropriar-se de seus regramentos, para que, descaracterizando-os, possam ser entendidos como normas desse ramo do Direito.

O Estatuto da Cidade, por arrolar o direito de superfície como instrumento de política urbana, não parece ter pretendido trazer para a sede do Direito Urbanístico esse instituto do Direito Civil. Tanto é assim que seu art. 4º preceitua regerem-se os instrumentos de política urbana pela legislação que lhes é própria, observado o que ele dispõe.

Deve-se ter presente que, para se valer desse instrumento, direito de superfície, era necessário estivesse ele contido no ordenamento jurídico vigente à época em que se erigiu o Estatuto da Cidade, sob pena de, ainda que arrolado, de nenhuma eficácia ser sua simples menção. Não se pode deixar de considerar, também, que a União tem competência privativa para legislar sobre direito civil (art. 22, I, da CF), não sendo crível que o legislador deixasse de regular o instituto de direito civil nos exatos limites que lhe interessavam – apenas sobre a propriedade urbana – porque inserido estaria em lei que, precipuamente, trata de Direito Urbanístico. Ora, a simples correlação da norma civil com o objeto da lei urbanística, por si só, justificaria sua disciplina no bojo daquele diploma legal.

Repita-se que o direito urbanístico, “trilhando o caminho de sua autonomização como ramo multidisciplinar do Direito ... alcança um importante campo de incidência – o da política urbana vocacionada para a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, informadas essas pelos interesses difusos que alimentam a cadeia de conflitos urbanos que mais se adensam, conforme seja a pressão das necessidades impostas pelas desigualdades sociais históricas, das demandas de ordem global e dos avanços tecnológicos. Esse caminho é galgado com a utilização de instrumentos oriundos dos mais variados ramos do Direito, ramos esses aos quais continuara pertencendo, em perfeito convívio harmônico com a disciplina urbanística” (*in* Maria Coeli Simões Pires, *Direito Urbanístico, meio ambiente e patrimônio cultural, Revista de Informação Legislativa*, julho/set. 2001, pág. 207 e segs).

Diante das ponderações acima, podemos afirmar que o Estatuto da Cidade, com acerto, utilizou o direito de superfície como instrumento de política urbana e poderá dele valer-se nos termos em que regulou até a entrada em vigor do novo Código Civil, que passará a reger esse direito em sua plenitude, sem, contudo, deixar a política urbana de usá-lo como instrumento adequado e necessário à concreção de seus objetivos.

Nada impede que a lei abrigue vários ramos do Direito, e isso é bastante comum, desde que o legislador tenha competência para, num mesmo diploma legal, dispor sobre todas as matérias a esses ramos atinentes. O exemplo mais fácil de visualizar são os das regras do Direito Penal, que, por serem, às vezes, indispensáveis para o cumprimento de obrigações legais, encontram-se em leis de ramo distinto desse direito.

O Estatuto da Cidade, por ser lei federal, pôde tratar de Direito Civil, cuja legislação é competência privativa da União, e de norma geral de direito urbanístico.

Caso seja entendido de modo diverso, o direito de superfície sobre área

urbana que terá passado a ser norma de direito urbanístico poderá ser objeto, naquilo que não contrariar a lei federal ou naquilo em que for omissa, de lei dos estados e do Distrito Federal. O mesmo não ocorrerá com o direito de superfície sobre propriedade rural, que permanece instituto de direito civil e, por isso, continuará a ser regulado privativamente por lei federal. Estará o intérprete, por esse entendimento, aceitando que um direito real – instituto de direito civil – possa ser regulado, também, por normas legais de outros entes da federação que não a União, salvo no caso de direito de superfície que se assenta sobre área rural, e isso porque as normas de direito de superfície sobre imóveis urbanos foram primeiramente tratadas em lei editada para regulamentar dispositivos da Constituição Federal acerca de política urbanística.

Resta indagar, diante dessa situação: se o novo Código Civil tivesse precedido o Estatuto da Cidade, ainda assim, o direito real de superfície sobre imóvel urbano seria instituto de Direito Urbanístico? Seria admissível que a lei estadual, diante da omissão do Código, pudesse disciplinar a matéria, em vez de o intérprete ter de valer-se dos princípios gerais de direito para fixar o exato alcance do instituto inserto no diploma codificado?

Por essas razões, entendemos que os arts. 21 a 24 do Estatuto da Cidade não podem subsistir diante da vigência do novo Código Civil.

Arts. 1.417 e 1.418: O direito real oriundo do registro do compromisso de compra e venda imobiliário confere ao promitente comprador o direito de exigir judicialmente, inclusive de terceiros adquirentes, a outorga da escritura definitiva, mas não condiciona esse direito quando exercido perante o promitente vendedor.

Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon: Desembargador do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

JUSTIFICATIVA

O direito do promitente comprador à obtenção judicial da escritura definitiva dos imóveis, loteados ou não, através de ação destinada a obter o adimplemento dessa obrigação de fazer (modalidade especial de prestar declaração de vontade), denominada pela legislação especial "adjudicação compulsória" (cf. arts. 16 e 22 do DL 58/D7 e art. 25 da Lei nº 6.766/79), sofreu significativa evolução no campo do Direito.

Inicialmente, vigorou a posição restritiva capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal, que só reconhecia tal direito caso o compromisso de compra e venda estivesse inscrito no cartório de registro imobiliário, o que levou a Corte a disciplinar a matéria através das Súmulas 167 e 413 justamente nesse sentido.

Apesar do posicionamento diverso de alguns tribunais de justiça que distinguem, de um lado, o direito à outorga da escritura definitiva como de natureza pessoal e passível de execução específica em face do promitente vendedor e, de outro, o direito real advindo da inscrição como elemento impessor de eficácia real ao direito à obtenção da escritura, inclusive contra terceiros adquirentes, o Supremo Tribunal Federal manteve sua postura interpretativa, condicionando o direito à adjudicação compulsória à inscrição do compromisso no registro imobiliário, mesmo após o advento do Código de Processo Civil de 1973, que generalizara, nos arts. 639 – 641, a proteção do contratante que tivesse cumprido as suas obrigações (RE 89191-9-MG).

Com o advento da Constituição de 1988 e passando o Superior Tribunal de Justiça (STJ) a exercer o papel uniformizador da exegese do direito federal infraconstitucional, a interpretação sofreu profunda alteração, adotando a Corte Superior o entendimento de que o registro imobiliário não constitui requisito para a obtenção da adjudicação compulsória, posicionamento sufragado, mais tarde, na Súmula 239/STJ.

O STJ, ao sumular a matéria, acolheu os argumentos de prestigiada corrente doutrinária que extremava as duas categorias de direitos patrimoniais (obrigacional e real), delimitando-lhes o âmbito de eficácia para reconhecer a possibilidade de execução compulsória, em forma específica, do direito obrigacional decorrente da promessa de compra e venda (Sidney Sanches – *Execução Específica das Obrigações de Contratar e Prestar Declarações de Vontade*, 1978; Darcy Bessone de Oliveira – *Da Compra e Venda, Promessa e Reserva de Domínio*, Belo Horizonte, 1960; José Osório de Azeve-

do Júnior – *Compromisso de Compra e Venda*, 1983; Ricardo Arcoverde Credie – *Adjudicação Compulsória*, 1982; Luiz Eulálio Bueno Vidigal – *Da Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade*, 1940; Pedro Henrique Távora Niess – *Sentença Substitutiva da Declaração de Vontade*, 1982).

Entretanto o novo Código Civil, ao promover a reestruturação dos direitos reais, trazendo para seu texto o direito do promitente comprador à escritura definitiva e imprimindo-lhe eficácia real desde que inscrito o compromisso, disciplinou a questão através de dispositivo (art. 1.418) cuja redação pode propiciar interpretação não-condizente com o avanço jurisprudencial, pois dele se permite extrair, embora de forma equivocada, que o direito à adjudicação (obtenção judicial da escritura definitiva) estaria condicionado ao prévio registro do compromisso no cartório imobiliário.

Eis a redação:

“Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.”

Por evidente que o dispositivo está a tratar de situações distintas: *uma*, respeitante ao direito do promitente comprador de obter do promitente vendedor a escritura definitiva, inclusive judicialmente, de natureza puramente obrigacional; *outra*, gerada pela eficácia real advinda do registro do compromisso, que o habilita a exercer tal pretensão até mesmo em face de terceiros adquirentes, justamente em virtude da oponibilidade *erga omnes* inerente aos direitos reais.

Apesar de a *tutela específica* nas obrigações de fazer estar atualmente albergada em dispositivo protetor genérico (art. 461, CPC), e não apenas naqueles referentes às obrigações de prestar declaração de vontade (arts. 639 – 641, CPC), constituindo inegável vetor de atuação jurisdicional, a nova lei pode ensejar interpretações distorcidas nesse caso, cujo enunciado pretende escoimar, reafirmando a melhor doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Arts. 1.197 e 1.120: “O possuidor direto tem direito de defender a sua posse contra o indireto e este contra aquele”, ou “O direito de defesa da posse conferido ao possuidor direto contra o indireto (art. 1.197, *in fine*, CCB) não exclui idêntico direito deste contra aquele.”

JUSTIFICATIVA

Ao tratar da posse e sua classificação no Livro III, Tít. I, Cap. I, arts. 1.196 a 1.203, o novo Código Civil manteve, fundamentalmente, os tipos classificatórios constantes dos arts. 485 a 492 do Código Civil de 1916.

Com relação às posses direta e indireta, a matéria foi disciplinada pelo art. 1.197 do novo Código Civil, do seguinte teor:

A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente,

em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

A situação disciplinada por tal artigo – primeiramente, ao distinguir o desdobramento da posse em *direta* e *indireta* para, em sua segunda parte, prever a possibilidade de o *possuidor direto defender a sua posse contra o indireto* – parece estabelecer restrição à defesa da posse que não condiz com o sistema de proteção e a legitimidade dos diversos tipos de possuidores para o resguardo, primordialmente judicial, de sua situação possessória.

O referido dispositivo, em sua apreciação literal, aparenta conferir prerrogativa e legitimidade apenas ao *possuidor direto* para a defesa de sua posse contra o *indireto*, sem considerar a hipótese inversa, ou seja, de o indireto exercer o mesmo direito em face do direto.

É cediço que, no âmbito da proteção material e processual da posse, o Código Civil – tanto o de 1916 quanto o novo – não faz distinção entre as modalidades de desdobramento (posse direta ou indireta) para legitimar as ações defensivas do possuidor.

É lição de reconhecida e prestigiada doutrina que a previsão do direito brasileiro pertinente ao desdobramento da posse em *direta* e *indireta* previne uma série de questionamentos existentes no direito e doutrina alienígenas que não cuidaram de adotar essas modalidades de posses paralelas, cuja principal utilidade é o reconhecimento, em favor do que transfere temporariamente a posse direta (v.g, comodante, locador, arrendador, devedor pignoratício), da manutenção de sua condição de possuidor (indireto). Não vem ao caso, diante da determinação legal (art. 485 do CC/1916 e art. 1.197 do NCC), discutir se se trata de mera ficção jurídica (Astolpho Resende; Gondim Neto) ou de verdadeira posse correspondente ao “exercício de fato de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

A principal conseqüência, no caso de desdobramento, é reconhecer a ambos os possuidores, quer ao direto quer ao indireto, titularidade (*rectius*: legitimidade) para a defesa da posse perante terceiros, bem como um em face do outro (Moreira Alves, *Posse*, v. II, t. 1, pp. 360, 390-391; Gondim Neto, *Posse Indireta*, p. 160; Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil – Direitos Reais*, v. 4, p. 60, 68 e 129; Orlando Gomes, *Direitos Reais*, 14ª edição, pp. 47 e 48; Cláudia Aparecida Simardi, *Proteção Processual da Posse*, *Revista dos Tribunais*, 1997, p. 175).

Com efeito, apesar de respeitados doutrinadores sustentarem a impossibilidade do manejo das ações possessórias, principalmente a reintegração de posse, por parte do possuidor indireto contra o direto (Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Coisas*, 4º volume, 7ª ed., 1991, pp. 46-47; Caio Mário da Silva Pereira, pp. 51-52), essa posição não foi referendada pela totalidade da jurisprudência pátria, que, nas hipóteses mais significativas de rompimento da relação jurídica existente entre os possuidores direto e indireto, não recalcitraram em reconhecer a este a prerrogativa de reaver a posse mediante ação de reintegração.

São incontáveis as manifestações dos tribunais brasileiros reconhecendo que, nos casos de desdobramento da posse, extinta a relação jurídica que sustentava a

licitude da posse direta, caracteriza-se o esbulho, ensejando a retomada da posse da coisa pelo possuidor indireto através da via judicial reintegratória. Os casos de extinção do comodato e do usufruto e de rescisão do compromisso de compra e venda são os mais significativos (nesse sentido confirmam-se RE 70653; EDRE 84047; EDRE 49309; RE 114068; RE 77275; RE 83174; RE 77238; RESP 276269/RJ; RESP 236454/MG; RESP 143707/RJ, AGRPMC 350/ES; RESP 64170/SP; RESP 51794/SP; RESP 34197/SP; RESP 19992/SP).

Dessa forma, o enunciado proposto objetiva prevenir eventuais interpretações distorcidas e restritivas que o texto do dispositivo legal enfocado possa sugerir.

Arts. 1.417 e 1.418: É dispensável a escritura definitiva nos casos de compromisso de compra e venda já cumprido.

José Osório de Azevedo Júnior: Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

JUSTIFICATIVA

O novo Código Civil destinou dois artigos – 1.417 e 1.418 – ao tema “do direito real do promitente comprador”.

Conferiu-se direito real ao adquirente em decorrência do registro do contrato, com possibilidade de exigir-se *a outorga da escritura definitiva de compra e venda*.

Hoje se sabe que essa escritura consiste em mera e vazia formalidade. É dispendioso para o adquirente, trabalhosa para o “transmitente”, inócua para a ordem jurídica e onerosa para o Poder Judiciário, que se vê às voltas com inúmeros pedidos de alvarás e até mesmo ações de usucapião decorrentes de problemas com a outorga daquela escritura.

Com efeito, quando do contrato de compra e venda, ou seja, quando o preço já está pago, nada mais de valor econômico e autenticamente jurídico existe para ser transferido. Tudo de útil que existe no domínio já se encontra na titularidade do adquirente.

A desnecessidade de tal escritura foi percebida há cerca de quarenta anos, como se vê do Projeto Orlando Gomes, cujo art. 567, § 1º, dispôs:

Se o instrumento da promessa encerra todos os elementos da compra e venda, constituirá título hábil à transferência do domínio mediante sua transcrição e do documento de quitação ao promitente comprador, se esta já não constar da promessa inscrita.

A possibilidade de transferência do domínio de imóvel sem tal escritura definitiva já consta de nosso direito positivo desde 1979, para o caso especial do loteamento clandestino que tenha sido regularizado pela administração municipal. É o que consta do art. 41 da Lei nº 6.766/79, a saber:

Regularizado o loteamento ou desmembramento pela prefeitura municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, o adquirente do lote, comprovando o depósito de todas as prestações do preço avençado, poderá obter o registro de propriedade do lote adquirido, valendo para tanto o compromisso de venda e compra devidamente firmado.

Mais recentemente, essa possibilidade foi estendida de forma geral, para todos os casos de loteamento.

De fato, a Lei nº 9.785, de 29 de janeiro de 1999 (DOU 1º.2.99), que trouxe várias modificações à Lei nº 6.766/79, acrescentou um parágrafo (sexto) ao art. 26 deste diploma legal, nos seguintes termos:

Art. 26 (...)

§ 6º Os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerão como título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação.

Esse sistema vem sendo aplicado com pleno êxito – pelo menos no Estado de São Paulo – apesar da compreensível insatisfação dos titulares dos cartórios de notas.

Não se observa qualquer razão de ordem jurídica ou social para impedir o alargamento do sistema para o campo do imóvel não loteado; ao contrário, o interesse público o exige. Um código civil moderno não pode abrir mão dessa solução.

Assim, sugere-se seja inserido, onde couber e com a redação que for considerada conveniente, texto semelhante ao referido § 6º do art. 26 da Lei nº 6.766/79, a saber:

Os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerão como título para o registro da propriedade do imóvel, quando acompanhados da respectiva prova de quitação.

Arts. 1.417 e 1.418: O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.

O enunciado supra consiste na reprodução da Súmula 139 do Superior Tribunal de Justiça e explica-se por si mesmo, de tal forma a matéria já foi debatida na jurisprudência e na doutrina.

Lembra-se apenas a posição, entre tantos outros, de Darcy Bessone e Pontes de Miranda, ressaltando que o direito à adjudicação compulsória é um direito pessoal decorrente do contrato; ao passo que o direito real decorre do registro do contrato, inexistindo razão técnica para condicionar a exigência do direito pessoal ao nascimento do direito real.

Convém também ressaltar que é comum um contrato não preencher requisitos secundários impeditivos do registro, do que se vale o “transmitente” para fugir ao cumprimento de sua principal obrigação. Nem por isso ele poderá rescindir o contrato, em regra. O resultado é a instabilidade que se instaura na transmissão imobiliária por longo tempo, só superada através de eventual ação de usucapião.

Nas décadas de 60 e 70, a jurisprudência dos tribunais estaduais firmava-se no sentido da dispensa do registro. Contudo a tese oposta era vencedora majoritariamente no Supremo Tribunal Federal. Com o deslocamento da competência para o Superior Tribunal de Justiça, a questão foi novamente discutida: firmou-se no sentido da Súmula 139 e pode o debate ser tido como superado

Nada justifica, *data venia*, que o novo Código Civil faça voltar a insegurança.

Art. 1.647, III: Diferentemente da fiança, o aval, por sua natureza e por força das regras que disciplinam as cambiais, não pode ser anulado por falta de vênua conjugal. O referido artigo apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu.

Art. 1.815: O Ministério Público, por força do referido artigo, passa a ter legitimidade para promover ação que vise à declaração da indignidade de herdeiro ou legatário.

Em acordos celebrados antes do advento do novo Código, ainda que expressamente convencionado que os alimentos cessarão com o alcance da maioridade, o juiz deve ouvir os interessados, apreciando as circunstâncias do caso concreto e a obediência ao princípio *rebus sic stantibus*.

Guilherme Couto de Castro: Juiz Federal no Rio de Janeiro.

Arts. 1.511, 1.583, 1.584, e 1.634: A ausência de previsão explícita no NCC acerca de quais atributos devem ter os cônjuges para lhes ser assegurada a guarda em caso de separação judicial ou divórcio no qual a guarda não foi acordada mutuamente implica a escolha daquele que tiver melhor condição econômico-financeira e cultural de exercê-la?

Maria Cristina Barongeno Cukierkorn: Juíza Federal em São Paulo.

JUSTIFICATIVA

O presente enunciado visa esclarecer e antecipar, perante a comunidade jurídica, posicionamento acerca da responsabilidade dos cônjuges durante o casamento e após a ruptura do vínculo conjugal no que diz respeito à criação e à educação dos filhos menores, especialmente quanto ao dever de trabalhar ou prover recursos para o custeio da criação e educação dos filhos.

A dúvida surge do fato de o novo Código Civil ter afirmado, de forma expressa, competir aos pais, quanto aos filhos menores, dirigir-lhes a criação e a educação (art. 1.634, I) e, no art. 1.584, no capítulo referente à proteção da pessoa dos filhos, haver fixado, como regra geral, que, decretada a separação judicial ou o divórcio sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, **será ela atribuída a quem revelar melhores condições de exercê-la.**

Muito bem. No Código anterior, o marido era o chefe da sociedade conjugal, função que exercia com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. Assim, cabia a ele a responsabilidade de sustentar a família, sendo a mulher sua colaboradora.

Após a entrada em vigor da CF/88, a posição do marido foi equiparada à da mulher, já que os direitos e deveres da sociedade conjugal passaram a ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (CF, art. 226, § 5º).

No que concerne aos filhos menores, a regra passou a ser aquela prevista no art. 229 da CF, segundo a qual os pais têm o dever de assistir, educar e criar os filhos menores.

Ao que parece, desde 1988, ficou muito claro que tanto o homem quanto a mulher têm o dever de prover a criação e a educação dos filhos menores, já que nenhuma delas pode ser exercida sem recursos financeiros. Todavia, em caso de dúvida quanto à atribuição da guarda, sempre foi prestigiada a figura da mulher.

Parece, todavia, que a nova sistemática, implementada pelo NCC, impõe total equiparação entre os cônjuges, com preferência para aquele que, de fato, possui os recursos necessários para custear a criação e a educação dos filhos menores.

Novo Código Civil: Direito de Família.

Vivaldo O. Pinheiro: Juiz do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

1 NOÇÕES PRELIMINARES

A teoria dos impedimentos remonta ao Direito Canônico, tendo-a absorvido a nossa lei civil. A regra geral é que todas as pessoas são aptas a casar, devendo ser prescritas somente as exceções. Assim, os impedimentos estão taxativamente descritos, portanto não podem ser ampliados por força de construção interpretativa.

O objetivo do legislador, ao estabelecer os requisitos aos quais fica subordinado o matrimônio, foi evitar a realização de uniões que atentem contra a prole, ou que ofendam a moral e a ordem pública.

2 CONCEITO

Impedimentos são circunstâncias ou óbices que impossibilitam a celebração do casamento entre determinadas pessoas. Nas palavras de Orlando Gomes, impedimento é a proibição legal para contrair alguém casamento ou a proibição de casar dirigida a uma pessoa em relação a outras predeterminadas.

A doutrina sempre fez a distinção entre incapacidade e impedimento matrimonial. A incapacidade, dizem os doutos, verifica-se quando a pessoa que se tem em vista não pode casar-se com nenhuma outra, qualquer que seja, como no caso de pessoa já casada. O impedimento ocorre quando há inaptidão do nubente para se casar com determinada pessoa, a exemplo do que ocorre com a impossibilidade de se casarem os ascendentes com os descendentes. Aqui, diferentemente do que se verifica com a incapacidade, a pessoa em causa não é incapaz para o casamento, podendo, se assim quiser, casar-se com quem for do seu desejo. Apenas, não pode, evidentemente, contrair núpcias com seu ascendente ou descendente.

O Código Civil de 1916 não atentou para tal distinção, relacionando dezesseis impedimentos matrimoniais, os quais foram classificados em *dirimentes* e *proibitivos*. Os oito primeiros impedimentos elencados pelo art. 183 do atual Código foram denominados de *impedimentos absolutamente dirimentes*, enquanto os demais foram chamados de *impedimentos relativamente dirimentes*. Por fim, os quatro últimos impedimentos (art. 183, XIII a XVI) foram nominados de *proibitivos ou impedientes*.

3 IMPEDIMENTOS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

O novo Código Civil alterou a sistemática do Código de 1916, considerando impedimentos a inaptidão de os nubentes, entre si, contraírem núpcias sob pena de fulminarem o ato de nulidade (art. 1.521). Por sua vez, no art. 1.523, contemplou as causas suspensivas, sendo que, nesses casos, a violação das restrições impostas su-

jeita os infratores a determinada sanção civil, sem, contudo, afetar a validade do casamento.

3.1 IMPEDIMENTOS DIRIMENTES ABSOLUTOS

Aqui o novo Código, no art. 1.521, I a VII, enumera quais são os impedimentos dirimentes públicos ou absolutos. O casamento celebrado com infração a qualquer um deles toma-se nulo. Assim, não podem casar-se:

“I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil”. A lei tem em vista, nesse caso, razões eugênicas e motivos éticos e morais.

“II – os afins em linha reta”. O Código atual fala em afinidade legítima ou ilegítima; essa parte foi suprimida pelo novo Código, retirando, dessa forma, o tratamento discriminatório antes verificado por força do mandamento constitucional insculpido no art. 227, § 6º, da Carta de 1988.

“III – o adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;”

“IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;”

“V – o adotado com o filho do adotante;”

“VI – as pessoas casadas;”

“VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio, ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.” Pela nova sistemática, o adotado estará impedido de se casar com as irmãs anteriores ou posteriores à adoção. Aboliu-se o impedimento relativo ao casamento do cônjuge adúltero com o seu cúmplice por tal condenado (art. 183, inciso VII). O adultério será, sem dúvida, grave violação do dever de fidelidade conjugal e causa de separação judicial, entretanto não se inclui mais na previsão legal de impedimento matrimonial.

O novo Código, trata, portanto, em capítulo próprio, da *capacidade para o casamento, dos impedimentos* propriamente ditos e das *causas suspensivas*. Ao dispor sobre a capacidade, o Código estabelece a idade núbil de dezesseis anos tanto para o homem quanto para a mulher, enquanto o Código de 1916 estipulava como idade para casar a de dezesseis anos para a mulher e a de dezoito para o homem. Andou bem o legislador ao dar tratamento igualitário nesse aspecto. Merece destacar que, ao contrário do Código atual (art. 214, parágrafo único), o novo não contempla a possibilidade de o juiz determinar a separação de corpos dos cônjuges até que atinjam idade legal nas hipóteses em que o casamento foi celebrado em face do estado de gravidez da mulher menor de dezesseis anos, ou para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal.

4. CAUSAS SUSPENSIVAS

No art. 1.523, o novo Código trata das chamadas causas suspensivas, que o atual Código, no art. 183, incisos XIII a XV, inclui nos impedimentos impeditivos ou

proibitórios. Aqui, são circunstâncias que não desfazem o casamento, apesar de procurarem impedir a sua realização, mas, uma vez realizado o consórcio, acarretam a aplicação de sanções previstas em lei.

Dispõe o art. 1.523 do Código novo que não devem casar-se:

“I – o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros”. No sistema anterior, a infração a esse dispositivo fazia com que o nubente perdesse o direito ao usufruto dos bens de filho do leito anterior (art. 225), além de submeter-se a união ao regime obrigatório de bens (art. 226).

“II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal”. Como já ocorre no sistema atual, permite-se que os nubentes requeiram dispensa da causa suspensiva, se provarem que não haverá prejuízo para o ex-cônjuge (art. 1.523).

“III – o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal”. Procura-se, acertadamente, evitar a confusão de patrimônios de ambos os nubentes. Trata-se de inovação criada pelo novo Código.

“IV – o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.” A previsão de que o impedimento superava-se com a permissão paterna ou materna por escrito autêntico ou testamento não foi repetida no novo Código.

Bem se vê que a nova lei inovou em alguns aspectos. Assim, retira do rol o inciso XVI que vedava o casamento entre o juiz, o escrivão e seus parentes com órfão ou viúva de sua circunscrição, salvo licença especial do presidente do Tribunal de Justiça, sob pena de ser adotado o regime de separação de bens.

O art. 1.523 do Código inovou, ao dispor:

É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Verifica-se que, na nova sistemática, não foram reproduzidos os impedimentos relativamente dirimentes, previstos nos números IX a XI do art. 183 do Código de 1916, sendo o indicado no inciso XII tratado como capacidade matrimonial, matéria a que já nos reportamos inicialmente.

5 OPOSIÇÃO

Mantém-se, no art. 1.522 do novel Código, a mesma orientação no sentido de que os impedimentos elencados no art. 1.521 podem ser opostos, até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz.

No Código de 1916, o legislador separou, para fins de oposição, os impedi-

mentos dirimentes dos impedientes. No que toca aos primeiros, legitimou, para apresentá-los, não apenas o oficial do registro civil e o celebrante do casamento como qualquer outra pessoa maior. Já em relação aos impedientes, o legislador de 1916 concedeu legitimação para opô-los apenas aos parentes em linha reta ou colaterais em segundo grau dos nubentes, seja o parentesco consangüíneo ou afim.

Como visto, tanto em relação aos impedimentos como às causas suspensivas, o procedimento adotado pelo novo Código para a sua oposição assemelha-se ao estabelecido pelo atual.

A teor do disposto no art. 1.529, tanto os impedimentos quanto as causas suspensivas serão opostos em declaração escrita e assinada, instruída com as provas do fato alegado ou com a indicação do lugar onde possam ser obtidas. O procedimento é sumário e encontra-se regulado pela Lei nº 6.015/73 – Lei dos Registros Públicos (art. 67, § 5º).

Impedimentos opostos por má-fé dão azo à possibilidade de os responsáveis responderem por perdas e danos, conforme prevê o atual Código (art. 191, parágrafo único) e art. 1.530, parágrafo único, do novo Código.

Por fim, convém lembrar que, se pendente a oposição, deverá o casamento ser adiado, impedindo os nubentes de obter o certificado de habilitação. Se, entretanto, for considerada improcedente a oposição, levanta-se a suspensão e o ato nupcial realiza-se. Finalmente, se provado o impedimento, não poderá ser celebrado o casamento, enquanto subsistir a razão impeditiva.

Art. 1.572 (redação proposta): Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial com fundamento na impossibilidade da vida em comum.

Art. 1.573: Revogá-lo.

Rosana Fachin: Juíza do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná.

JUSTIFICATIVA

Art. 1.572. – Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

§ 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

§ 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de cinco anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

§ 3º No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

Art. 1.573 – Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I – adultério;

II – tentativa de morte;

III – sevícia ou injúria grave;

IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V – condenação por crime infamante;

VI – conduta desonrosa.

Parágrafo único: o juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

À parte a lamentável manutenção em nosso sistema do princípio da culpa como fundamento para ensejar separação judicial, tais dispositivos merecem outras considerações de ordem sistêmica.

O art. 1.572 adota a fórmula genérica das causas culposas que servem de **fundamento para o pedido de separação judicial nos termos aproximados do art. 5º caput**, da Lei nº 6.515/77, prevendo, ademais, em seus parágrafos, as hipóteses de separação com causa objetiva e a denominada separação “remédio”, com prazo encurtado para dois anos.

Por outro lado, o art. 1.573, surpreendentemente – em formulação que

lembra o antigo art. 317 (hoje revogado) do Código de 1916 – trata de elencar os motivos que “podem” ensejar a “impossibilidade da vida em comum”. Trata-se, é certo, de hipóteses meramente exemplificativas (“podem”), mas de todo desnecessárias ante a formulação genérica do artigo anterior.

Ademais, para tornar ainda mais patente a incongruência e desnecessidade desse rol de hipóteses, o parágrafo único do art. 1.573, em regra que merece encômios, concede ao juiz, de forma bastante abrangente, a possibilidade de *considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum*.

Vê-se, assim, que o projeto não guarda coerência, pois (1) em um primeiro momento, formula hipóteses relativamente abertas (nos moldes da LD), (2) depois, sem qualquer necessidade, exemplifica motivos específicos e, finalmente, (3) para arrematar, dá total liberdade ao juiz para considerar quaisquer outras causas.

Impõe-se, pois, uma melhor sistematização com a adoção de uma regra única, coerente, que enseje certa liberdade ao juiz para decretar a separação judicial sempre que ficar evidenciada a impossibilidade da manutenção da sociedade conjugal pela insubsistência da *affectio conjugalis*, mesmo sem ocorrência de **culpa**, que, de acordo com a moderna tendência do direito de família, deve ser afastada como fundamento da separação.

Além disso, busca-se suprimir a possibilidade da separação “remédio”, que tradicionalmente mereceu críticas da doutrina por ferir princípios éticos. É de notar que sua utilização na prática sempre foi muito restrita, certamente pela dificuldade de fazer prova de seus fundamentos, tornando-se muito mais fácil mover a ação com base na separação objetiva.

Por fim, retirada a possibilidade da separação “remédio”, consectário lógico é a supressão da regra do parágrafo terceiro, destinada a punir patrimonialmente o autor do pedido de separação com aquele fundamento.

Enunciado proposto a partir dos debates levados a efeito pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.

Arts. 1.583 a 1.590: Embora o novo Código Civil não preveja especificamente o instituto da guarda compartilhada, o juiz poderá aplicá-lo, observadas as circunstâncias de fato do processo, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.

Erika Moura Freire: Advogada da União no Distrito Federal.

JUSTIFICATIVA

O novo Código Civil perdeu a oportunidade de atualizar-se na questão relativa à guarda dos filhos nas hipóteses de dissolução da sociedade conjugal. Não obstante tenha avançado quando retirou do texto a idéia de culpa, presente no art. 10 da Lei nº 6.515, de 1977 (Lei do Divórcio), que regulava a matéria, ainda deixou sem resposta a controvérsia sobre a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada.

Como é sabido, na constância do casamento e da união estável, o poder familiar, e nele a guarda, concentra-se nas pessoas dos genitores. Com a separação, nenhum dos genitores perde o poder familiar, mas há um desdobramento da guarda, que é deferida a um dos pais, enquanto o outro fica com o direito de visita. Assim era na Lei do Divórcio, que revogou os dispositivos respectivos do Código de 1916, e, da mesma forma, está disciplinado no Código de 2002.

A consequência disso é que o próprio poder familiar fica enfraquecido, pois o pai (ou a mãe) privado da convivência diária com o filho fica impedido do amplo exercício do seu direito na mesma intensidade do guardador. Por tal motivo, surgem os inúmeros conflitos relativos à guarda da prole.

A guarda é um dever de assistência educacional, material e moral (ECA, art. 33), a ser cumprido no interesse e em proveito do filho menor, garantindo-lhe a sobrevivência física e o desenvolvimento psíquico.

Pela sistemática do novo Código, seguindo o estabelecido na legislação anterior, ao guardião é deferido o poder familiar em toda a sua extensão, cabendo ao outro genitor somente o direito de visita e o de fiscalização da criação do filho, sem qualquer poder decisório (disciplina o art. 1.589). O guardião decide sobre a educação, formação moral e religiosa, lazer etc. Em caso de discordância em relação a algo que julgue prejudicial ao filho, o titular do direito de visita poderá recorrer ao juiz para a solução do problema educacional.

Já a guarda compartilhada é uma forma de custódia em que os filhos têm uma residência principal, mas os pais têm responsabilidade conjunta na tomada de decisões e igual responsabilidade sobre eles. Ambos os genitores têm a guarda jurídica, apesar de um deles ter a guarda material. Há presença física da criança no lar de um dos genitores, tendo o outro o direito de visitá-la periodicamente, mas a responsabilidade legal sobre o filho e sua educação seria bilateral, do pai e da mãe. O poder familiar seria exercido por ambos, que tomariam conjuntamente as decisões do dia-a-dia.

A despeito da incompreensível omissão em relação ao instituto, ele pode e

deve ser aplicado pelo juiz quando plenamente favoráveis as circunstâncias do caso concreto. Primeiro, porque a guarda compartilhada ajusta-se perfeitamente ao texto constitucional, que determina a igualdade dos pais no exercício do poder familiar e coloca o interesse da criança como prevalente ao dos pais. Segundo, porquanto a incorporação ao Código desses novos paradigmas constitucionais, ao lado da índole prospectiva do texto codificado (que permite que ele avance através da atividade interpretativa), possibilita a adoção do instituto pelo juiz, que, no processo de família, possui maior ingerência nas relações de filiação e sua regulamentação.

A guarda compartilhada já vinha sendo, embora ainda timidamente, aplicada pela jurisprudência brasileira, conquanto tenha ampla utilização no direito comparado. É que, apenas após a Constituição de 1988, com a igualdade entre homens e mulheres, pôde o instituto ser experimentado nas relações familiares. Agora, maior motivo existe para a sua adoção, diante da mudança de mentalidade operada na área de família, com a Constituição Federal e com a aprovação do novo Código Civil.

Pode-se concluir, portanto, que, mesmo sem previsão expressa no Código de 2002, os esquemas interpretativos permitem a adoção da guarda conjunta, conforme salientado anteriormente. É o que se extrai da análise do disposto nos arts. 1.583 a 1.590 do novo Código, principalmente com relação ao poder do magistrado de regular de maneira diferente a situação dos filhos para com os pais, se não houver acordo entre eles acerca da guarda e, mesmo em caso de acordo, desde que no melhor interesse da criança.

Disso resulta que ao juiz é concedido poder regulamentar sem vinculação ao princípio da demanda e sem adstrição ao pedido da parte, tendo em vista o bem jurídico tutelado na espécie, qual seja, a situação da prole, especialmente guarda, visita e alimentos. O interesse prevalente da prole pode autorizar o magistrado a dispor da forma que entender mais benéfica aos menores e maiores incapazes. Isso ocorre porque está em evidência causa relacionada ao estado da pessoa, e mais, relativa à formação do sujeito, já que a guarda está diretamente ligada à formação da pessoa humana.

Está claro, também, que o texto codificado deve adequar-se ao texto constitucional. De fato, a própria Constituição admite ampla conformação legislativa da guarda conjunta, especialmente quando estabelece que *"os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores..."* (art. 229) e que é *"dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária..."* (art. 227).

Comprovada a existência de um campo normativo favorável, caberá ao órgão judicial aquilatar, com seu poder discricionário, se a situação concreta se revela favorável à aplicação do instituto. Para tanto, faz-se necessária a ocorrência de dois requisitos: o ambiente factual seja propício e a solução encontrada seja a que melhor atenda aos interesses dos filhos. Os elementos factuais recolhidos deverão demonstrar, à evidência, que a adoção da guarda compartilhada atende ao melhor interesse da criança.

Apesar de não ser necessária a alteração do texto do novo Código para a

instituição da guarda compartilhada no caso concreto, dado o maior poder discricionário do juiz nas questões de família, há notícia da existência de projeto de alteração do art. 1.583 (PL nº 6.960/2002, do Deputado Ricardo Fiúza) para inclusão da guarda compartilhada ou conjunta nas hipóteses de separação e divórcio consensuais.

Tal artigo, de acordo com o projeto do Deputado Fiúza, passa a ter a seguinte redação:

“Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos, preservados os interesses destes.”

Parágrafo único. A guarda poderá ser conjunta ou compartilhada.

Louvável a iniciativa do legislador nesse ponto, mas ainda insatisfatória, pois só prevê o compartilhamento da guarda nos casos de separação judicial por mútuo consentimento e de divórcio direto consensual. Ainda fica sem resposta a possibilidade de deferimento da guarda conjunta ou compartilhada nas hipóteses de litígio na separação judicial e no divórcio direto.

Vê-se, com maior razão, a aplicabilidade do instituto para esses casos. Primeiro, porque a guarda conjunta de comum acordo, mesmo não prevista anteriormente, já era exercida na prática pelos pais que não cultivavam suas desavenças e zelavam pelo melhor interesse do menor. Não seria absolutamente necessária a determinação judicial nessas hipóteses, pois o acordo poderia ser, inclusive, tácito. Segundo, porque, justamente no caso de separação litigiosa, aparecem os problemas a respeito da guarda dos filhos.

Ao deferir-se a guarda para um dos genitores, deixando o outro apenas como titular do direito de visitas, está-se retirando o poder de tomada de decisões do não-guardião em relação à educação de sua prole. E é comum o surgimento de discórdias quanto à criação de filhos entre pais separados que não têm um bom relacionamento, privando-se, desnecessariamente, um dos genitores da participação ativa da educação do menor. É freqüente, outrossim, o caso de o genitor detentor da guarda utilizar-se do filho como forma de vingar-se do outro, que acredita ser o responsável pelo desfazimento do lar conjugal.

Nessas hipóteses, pois, o instituto da guarda conjunta ou compartilhada deve ter maior ressonância prática, mas, obviamente, observadas as circunstâncias fáticas para o seu deferimento. É aqui que o juiz detém maior poder discricionário para decidir sobre o caso concreto apresentado, pois a sua sensibilidade é crucial para a plena observância do princípio do melhor interesse da criança.

Pode-se concluir que a proposta de exercício da autoridade parental na qual ambos os pais exerçam os seus direitos e deveres, desde que devidamente aplicada, possibilita a plena realização do princípio do melhor interesse da criança.

Art. 1.597: No âmbito das técnicas de reprodução medicamente assistida que envolvem o emprego de material fecundante de terceiro, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade relativamente ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) de vontade no curso do casamento.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama: Juiz Federal no Rio de Janeiro.

JUSTIFICATIVA

O artigo 1.597 do Código Civil de 2002 corresponde ao primitivo art. 1.603 do projeto na versão de 1975, época em que não havia tanta discussão e preocupação social a respeito das técnicas de reprodução assistida heteróloga, daí provavelmente a omissão verificada no texto original acerca dos aspectos civis da reprodução assistida – incluindo a modalidade heteróloga.

A respeito do inciso V do artigo 1.597 do Código de 2002 – a presunção de que foi concebido na constância do casamento o filho havido por *inseminação artificial* heteróloga previamente consentida pelo marido –, é forçoso reconhecer que a melhor técnica legislativa seria a de considerar a certeza da paternidade, o que significaria a impossibilidade de o marido impugnar a paternidade relativamente à criança concebida e nascida de sua esposa através de técnica de procriação assistida heteróloga previamente consentida. A hipótese não é de presunção relativa (ou *juris tantum*) mas de presunção absoluta (*juris et de iure*) ou certeza do elo parental, levando em conta a impossibilidade jurídica de se admitir a impugnação da paternidade relativamente àquele que manifestou vontade no bojo do desenvolvimento do projeto parental dos cônjuges e, posteriormente, pretende se retratar de tal consentimento.

A paternidade já se havia constituído desde a época da concepção e do início da gravidez, tal como ocorreria na hipótese de procriação carnal – pressupondo a relação sexual. No âmbito da procriação assistida heteróloga, a circunstância de não haver relação sexual faz com que devam ser considerados outros pressupostos fáticos como a vontade associada ao êxito da técnica conceptiva com a gravidez da mulher. O critério de estabelecimento da parentalidade - filiação decorrente de procriação assistida heteróloga não é o biológico no que toca ao ascendente que não contribuiu com suas células reprodutivas para a formação do filho. Desse modo, ainda que o marido pretenda impugnar a paternidade relativamente ao filho e prove que, biologicamente, não é o genitor da criança concebida por sua esposa e nascida dela, a paternidade foi estabelecida no momento da concepção e do início da gravidez. A vontade acoplada à existência do convívio conjugal e ao êxito da técnica de procriação assistida heteróloga se mostra o elemento fundamental para o estabelecimento da paternidade que, desse modo, se torna certa, insuscetível de impugnação pelo marido.

O mesmo raciocínio deve ser desenvolvido relativamente ao companheiro, com a diferença acerca da necessidade do reconhecimento – voluntário ou judicial – de paternidade. A esse respeito, o Código Civil de 2002 é omissivo, mas o raciocínio deve ser o mesmo da procriação carnal apenas com a substituição da relação sexual pela vontade qualificada e associada aos outros elementos fáticos indispensáveis – entre eles a convivência dos companheiros na época da concepção e início da gravidez.

Verifica-se, ainda, que o descuido do legislador na redação do texto do Código Civil de 2002 fez que a hipótese da procriação assistida heteróloga durante o casamento sem prévio e expresso consentimento não fosse formalmente contemplada no rol dos casos de presunção legal do art. 1.597, o que é lamentável. O fundamento do risco que serve de sustentação jurídica tanto para a presunção da paternidade na filiação matrimonial (no caso dos cônjuges) quanto para o reconhecimento voluntário da paternidade na filiação extramatrimonial (no caso dos companheiros) deverá ser considerado para alicerçar a paternidade jurídica. De todo modo, tal paternidade pode ser desconsiderada por força de impugnação (na filiação matrimonial) ou falta de reconhecimento voluntário (na filiação extramatrimonial).

Apesar da relevância da matéria no âmbito do estabelecimento da paternidade, maternidade e filiação, o legislador de 2002 não se preocupou, ao menos expressamente, em tratar do tema. Dessa forma, é imperioso considerar-se a substituição da relação sexual por outros pressupostos fáticos, entre eles o risco da situação que envolve o homem que convive com sua esposa (ou companheira) e adere, implicitamente ou mesmo pelo silêncio, ao projeto parental desenvolvido pela esposa. O marido, mesmo com o início da vigência do Código Civil de 2002, deverá ser considerado pai do filho concebido por sua esposa e nascido dela, com base nos incisos I e II do art. 1.597 do Código Civil, diante da presunção relativa de paternidade quanto a ele. O companheiro, por sua vez, com fulcro no risco inerente ao convívio que mantém com sua companheira, poderá reconhecer a paternidade do filho concebido e nascido em decorrência de técnica de reprodução assistida heteróloga, *ex vi* do que dispõe o art. 1.607 do Código Civil de 2002.

Art. 1.565: O referido artigo não é norma destinada apenas às pessoas casadas, mas também aos casais que vivem em companheirismo nos termos do art. 226, caput, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal de 1988 e não revogou o disposto na Lei nº 9.263/96.

JUSTIFICATIVA

O art. 1.565, § 2º, foi objeto de emenda senatorial do Relator Josaphat Marinho – de nº 450-R¹ – com a seguinte redação: *O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros*

1 *Diário do Senado Federal*. Brasília: Distrito Federal. Ano LII – Sup. “A” ao nº 208, pub. em 15.11.97, p. 127.

para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. No retorno do projeto à Câmara dos Deputados, o relator parcial considerou desnecessário o preceito diante da Lei nº 9.263/96, no que não foi acompanhado pelo relator-geral, que manifestou posição favorável à manutenção do preceito, o que foi aprovado pela Câmara dos Deputados e, posteriormente, sancionado pelo Presidente da República.

Há, no entanto, algumas ressalvas ao dispositivo que merecem ser feitas. Inicialmente, o preceito somente se refere ao direito ao planejamento familiar em favor **do casal, mas não menciona os limites previstos no art. 226, § 7º** da Constituição Federal. Por óbvio que os limites não desapareceram diante da própria noção da pirâmide normativa em que as normas constitucionais se localizam no topo e, desse modo, todas as demais normas devem conformar-se às normas hierarquicamente superiores.

Outra falha do legislador de 2002 foi ter considerado o planejamento familiar apenas no âmbito da família matrimonial, contrariando, desse modo, o disposto no art. 226, *caput*, da Constituição Federal, que prevê especial proteção às famílias, sem mais discriminá-las no campo dos efeitos externos. Com base na cláusula de melhor favorecimento e especialmente para o não-reconhecimento da inconstitucionalidade do § 2º do art. 1.597 do Código de 2002, deverá também ser considerado o casal de companheiros, como fez corretamente a Lei nº 9.263/96.

Por fim: teria sido revogada a Lei nº 9.263/96 nas partes que se referem ao planejamento familiar em favor do homem ou da mulher, individualmente considerados? Não, haja vista a inexistência de incompatibilidade entre os preceitos do Código Civil de 2002 e da lei de 1996, conforme foi, inclusive, observado na justificação do relator-geral para aprovação da emenda introduzida no Senado Federal. Da mesma forma que houve lapso relativamente aos companheiros, o texto codificado também foi lacunoso quanto às pessoas sozinhas, mesmo porque a regra foi inserida na parte do Código que trata da eficácia do casamento. Não haveria sentido em incluir as pessoas singulares no bojo da estrutura do Código que trata das pessoas casadas. Conclui-se, desse modo, no sentido da não-revogação de qualquer dispositivo da Lei nº 9.263/96.

Art. 1.593: o referido artigo reconhece outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental decorrente das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante.

JUSTIFICATIVA

O parentesco civil deve, atualmente, ser considerado o gênero que congrega o parentesco oriundo da adoção e o da procriação assistida heteróloga (ou exógena). Diante dos avanços da biotecnologia na área da reprodução humana, nova fonte do parentesco surgiu, o que não foi objeto de preocupação no início das discussões a respeito do projeto do novo Código Civil. Cumpre observar que a redação original do

art. 1.593 – que era o artigo 1.597 do projeto – reproduzia, *ipsis literis*, o art. 332 do Código Civil de 1916, apresentando a seguinte redação: *O parentesco é legítimo ou ilegítimo, segundo procede, ou não, de casamento; natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou adoção*. Durante a tramitação do projeto no Senado Federal, houve apresentação de emenda – nº 222 – do Senador José Fragelli com a finalidade de apenas substituir “procede” por “proceda”. O relator do projeto, Senador Josaphat Marinho, considerou dispensável discutir a forma verbal da redação do dispositivo, mas achou necessário alterar o seu conteúdo para suprimir a primeira parte diante do disposto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Desse modo, o dispositivo, com base na redação proposta através de subemenda do relator, passou a ser o seguinte: *O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou adoção*. Com o retorno do projeto à Câmara dos Deputados, manteve-se a redação, apenas alterando sua numeração: passou a ser o art. 1.593.

Antes que o relator-geral da Comissão Especial do Código Civil na Câmara dos Deputados, Deputado Ricardo Fiúza, procedesse à revisão final da redação do texto, houve oportunidade de o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) apresentar algumas sugestões acerca do aperfeiçoamento da redação dos dispositivos do Código por ocasião do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em outubro de 2001, em Ouro Preto, Minas Gerais. Naquela ocasião, várias sugestões foram apresentadas, especialmente as constantes da obra coletiva lançada durante o **evento, denominada** *Direito de Família e o novo Código Civil*.²

Entre os trabalhos publicados, houve aquele abrangendo os preceitos contidos no capítulo relativo às disposições gerais das relações de parentesco, no qual foi comentado o seguinte: *Vale ressaltar que, a despeito da aprovação do texto projetado pelo Congresso Nacional na redação do artigo 1.593, algumas questões terão que ser enfrentadas especialmente relacionadas às novas fontes dos vínculos de filiação que, logicamente, por serem espécies de relações de parentesco, produzem outros vínculos com os parentes em linha reta e em linha colateral dos pais, ainda que não fulcrados na consangüinidade ou na adoção. Vislumbre-se, sobre o tema, o nascimento de criança fruto de técnica de reprodução assistida com a utilização de material genético de terceiro que não do casal que resolveu se socorrer de tal técnica. É descabida a afirmação de que nesses casos o vínculo de parentesco existirá apenas entre os pais e o filho, pois, se assim se pensar, haverá direta afronta à igualdade entre os filhos daquele casal, o que se afigura inconstitucional, restaurando regra espúria anteriormente contida no artigo 336 do atual Código Civil, que somente estabelecia parentesco civil entre adotante e adotado*.³

Assim, considerou-se oportuno que, no trabalho de interpretação da regra

2 O livro foi coordenado por Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (Belo Horizonte: Del Rey, outubro de 2001).

3 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das Relações de Parentesco. In: *Direito de Família e o novo Código Civil*, cit., p. 96.

contida no art. 1.593 do projeto do novo Código Civil, fosse ampliado o alcance da redação do dispositivo para reputar a referência à adoção como meramente exemplificativa, ou seja, para permitir a extensão da abrangência do preceito para outras situações não expressamente cogitadas na lei. A sugestão foi acolhida em novembro de 2001 pelo relator-geral da Comissão Especial do Código Civil; foi aprovada a substituição do termo “adoção” por “outra origem”, propiciando maior transparência e clareza ao texto legislativo em matéria de parentesco. Conclui-se, dessarte, que o preceito contido no art. 1.593 do Código Civil de 2002, corretamente interpretado, reconhece o parentesco decorrente da procriação assistida heteróloga expressamente no âmbito do Direito de Família. É importante ressaltar que tal espécie de parentesco civil sempre existiu, a despeito da falta de expressa previsão legislativa e, nesse sentido, mostra-se digna de importante nota a referência à outra origem (que não a da consangüinidade) para designar o parentesco civil.

A mudança, apenas formal, da redação do art. 1.593 do Código Civil de 2002 permitirá realizar, fundamentalmente, toda a interpretação de vários dispositivos do Código em relação às técnicas de reprodução assistida heteróloga, ou seja, vários dispositivos que expressamente somente se referem à adoção deverão ser estendidos à procriação assistida heteróloga tendo como base o fundamento de ambos os institutos jurídicos, isto é, a origem não-sangüínea para fins de estabelecimento do parentesco civil. Não há sentido em cogitar a equiparação entre adoção e procriação assistida heteróloga em todos os aspectos civis, mas sim naqueles que ambos têm em comum, a saber, a circunstância de serem espécies do gênero parentesco civil. Assim, os efeitos do parentesco civil devem ser iguais para ambos os modelos de parentalidade-filiação e de outros vínculos de parentesco. Contudo, há efeitos que são específicos da adoção e não podem ser aproveitados na procriação assistida heteróloga e outros que somente podem ser considerados com a necessária adaptação.

Art. 1.596: Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por origem não fundada na consangüinidade, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

JUSTIFICATIVA

No contexto da interpretação sistemática, é imperioso considerar que a regra constante do art. 1.596 do Código Civil de 2002 deve ser combinada com o disposto no art. 1.593 do novo Código, para se chegar ao correto resultado interpretativo: *os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por origem não fundada na consangüinidade, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.* A redação do art. 1.596 repete, *ipsis literis*,

o § 6º do art. 227 da Constituição Federal de 1988, que, por sua vez, se baseou na redação do art. 332 do Código Civil de 1916.

No início do século XX, era impossível ao legislador prever que, além da adoção, seria possível existir outra origem não-sanguínea do parentesco civil. Não houve o necessário cuidado do legislador constituinte em 1988 no que toca à atualização da interpretação da regra contida no art. 332 do Código de 1916, daí a referência exclusivamente à adoção na norma constitucional. Contudo, diante da própria alteração do teor do art. 1.593 do Código Civil de 2002, seria indispensável que outros dispositivos do texto legal tivessem sido devidamente alterados nas suas redações, o que deveria ter ocorrido com o art. 1.596. Não houve, no entanto, a necessária adequação, daí a indispensabilidade de o intérprete proceder à atividade hermenêutica com maior cautela especialmente diante da constatação da falta da adaptação redacional que seria recomendável e exigível.

A redação original do art. 1.596 – anteriormente numerado de art. 1.602 – do Código Civil era a seguinte: *São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado ou mesmo nulo, independente da boa ou má-fé de seus pais.* O Senador Josaphat Marinho, relator do projeto no Senado Federal, ofereceu subemenda – aprovada – com a seguinte redação: *Preservam-se os direitos dos filhos concebidos na constância do casamento, mesmo anulado ou nulo, independentemente da boa-fé ou da má-fé de seus pais.* Sua justificativa foi justamente a de cumprir o disposto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal retirando a referência à legitimidade.⁴

Com o retorno do texto à Câmara dos Deputados, o Deputado Ricardo Fiúza considerou ociosa a disposição, optando por apresentar subemenda de redação em adequação ao texto constitucional, repetindo o teor do § 6º do art. 227.⁵ Verifica-se, no entanto, não ter havido a preocupação de se ajustar a redação do dispositivo constitucional às novas realidades em matéria de modelos de parentesco – notadamente de modelos de paternidade, maternidade e filiação decorrentes da procriação assistida heteróloga. De qualquer forma, a redação do dispositivo legal não pode ser objeto de análise estanque e isolada dos demais dispositivos relativos à filiação. Sob mero argumento positivista e formal, pode-se considerar que as disposições de todos os capítulos que integram o Subtítulo II do Título I do Livro IV da Parte Especial do novo Código Civil – que trata das relações de parentesco – devem ser interpretadas em consonância com as disposições gerais contidas no capítulo I de tal Subtítulo, a saber, os arts. 1.591 a 1.595 e, entre eles, encontra-se o art. 1.593, o qual, conforme visto, reconhece outras origens do parentesco civil que não apenas a adoção.

4 *Diário do Senado Federal*. Brasília: Distrito Federal. Ano LII – Sup. “A” ao nº 208, pub. em 15.11.97, p. 54.

5 Trecho do Relatório Geral – Parecer Final, da lavra do Deputado Ricardo Fiúza, maio de 2000, pp. 138-139.

Arts. 1.593, 1.597, 1.626 e 1.628: A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a situação de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga, respectivamente, sendo que, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

A adoção e a reprodução assistida heteróloga estabelecem relações de parentesco não somente entre adotante e adotado e entre a pessoa que não contribuiu com seu material fecundante e a criança, respectivamente, mas também entre aquele e os descendentes deste, e entre o adotado (ou a criança) e todos os parentes do adotante (ou daquele que não contribuiu com seu material genético).

JUSTIFICATIVA

Entre as normas do Código Civil de 2002 a respeito da adoção, no campo dos efeitos do parentesco civil, destaca-se o art. 1.626: *A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento. Parágrafo único. Se um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes.* Deve, também, ser transcrita a regra constante do art. 1.628 do novo Código: *Os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito. As relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante.*

Mesmo antes do início de vigência do novo Código, algumas das regras sobre a adoção previstas no ECA devem ser estendidas à procriação assistida heteróloga com base nos critérios e parâmetros da atividade de interpretação das normas jurídicas, outras devem ser integradas via processo analógico à reprodução assistida exógena e terceira parcela de regras deve se restringir à adoção, não sendo, portanto, aplicáveis à procriação medicamente assistida.

O mesmo raciocínio será perfeitamente aplicável às regras da adoção estatuídas no Código Civil de 2002 diante do emprego da interpretação extensiva e da analogia em relação a determinados efeitos da adoção que poderão ser também considerados (ou adaptados) à procriação assistida heteróloga. O legislador deveria ter tomado a cautela de reconhecer as novas realidades jurídico-familiares no campo do parentesco civil para fixar regras claras e transparentes. A própria circunstância de haver expressa previsão no art. 1.597, inciso V, do Código acerca da filiação matrimonial decorrente de procriação assistida heteróloga deveria ter motivado a reformulação da redação de vários outros dispositivos do texto do projeto, mas infelizmente não foi o

que ocorreu. Daí a importante tarefa do intérprete e do aplicador do direito no sentido de depreender a *ratio legis* – como, inclusive, influenciou a mudança da redação do art. 1.593 do novo Código – e, assim, proceder às atividades de interpretação e aplicação das normas jurídicas de maneira sistemática, lógico-axiológica, construtivo-histórica, sob pena de o resultado dessas atividades se mostrar completamente dissociado da realidade da vida das pessoas e da sociedade.

Na redação original do projeto do novo Código Civil, o art. 1.626 – antes numerado como 1.645 – tinha a seguinte redação: *A adoção plena atribui a situação de filho legítimo ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os seus pais e parentes, salvo os relativos a impedimentos matrimoniais e à sucessão prevista no art. 1.861.* A estrutura original do projeto, em 1975, ainda contemplava a divisão entre adoção plena e adoção restrita, daí o tratamento reservado do dispositivo projetado apenas em favor da adoção plena. Com base na emenda nº 269, do Senador Nelson Carneiro, foi sugerida a retirada da adjetivação de *legítimo* ao adotado, bem como a exclusão da referência ao art. 1.861 do projeto. A emenda foi acolhida sob a forma de subemenda pelo Senador Josaphat Marinho, que se manifestou no sentido de a redação passar a ser a seguinte: *Art. 1.645. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais.* No retorno do texto do projeto para a Câmara dos Deputados, foi confirmada a emenda aprovada no Senado Federal, apenas adequando a redação com a substituição de “impedimentos matrimoniais” por “impedimentos para o casamento”.

Os aspectos relativos ao estabelecimento do parentesco civil entre adotante e adotado, à ausência de vínculos jurídico-parentais entre genitores e gerados na adoção e à presença de impedimentos matrimoniais entre genitores e gerados, como visto, decorrem da origem e dos reflexos do parentesco civil e, desse modo, levando em conta que o parentesco civil não decorre apenas da adoção (art. 1.593 do novo Código), é mister interpretar sistematicamente o art. 1.626 a fim de abranger as relações decorrentes da procriação assistida heteróloga.

O art. 1.628, segunda parte, do novo Código Civil, da mesma forma, comporta interpretação extensiva para se reconhecer que o parentesco decorrente da procriação assistida heteróloga não se restringe ao vínculo entre pai (e/ou mãe) e filho, mas abrange os parentes do ascendente em primeiro grau. É oportuno mencionar que tal dispositivo projetado – originalmente de nº 1.647 – tinha a seguinte redação: *Os efeitos da adoção começam a partir da inscrição da sentença; e as relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste. Parágrafo único. Para que os efeitos da adoção se estendam aos ascendentes do adotante é necessário que eles a aprovem por ato inequívoco, perante o juiz competente.*

No Senado Federal, houve emenda – nº 272 – apresentada pelo Senador José Fragelli com o objetivo de suprimir o parágrafo único do texto original sob a seguinte justificativa: *O empenho de integração absoluta, que a adoção plena contém, ficará gravemente comprometido, se a extensão do parentesco passar a depender de*

*aceitação. Parentesco não se aceita nem se recusa. Impõe-se. As regras que o estabelecem são de ordem pública e escapam, por isso, à nossa livre disposição. Constituiria uma verdadeira extravagância, que o projeto estaria admitindo, o fato de que alguns parentes aceitem a adoção e sejam alcançados por seus efeitos e outros – eventualmente até mais próximos – a recusem.*⁶ A emenda foi aprovada, mantendo-se a regra do *caput*. Com o retorno do texto do projeto para a Câmara dos Deputados e com amparo na nova regra do Regimento Comum do Congresso Nacional, o relator-geral da Comissão Especial do Código Civil observou que o preceito deveria ser adequado ao ECA, motivo pelo qual sugeriu nova redação para o dispositivo, que acabou sendo aprovado tal como consta da redação do art. 1.628 do Código de 2002. Desse modo, o parentesco civil que se estabelece não se restringe ao pai e filho, mas também abrange todos os parentes do pai e os (futuros) descendentes do filho, em perfeita harmonia e compatibilidade com a Constituição Federal de 1988.

Art. 25: No que tange à tutela especial à família, devem ser estendidas as regras do Código Civil que se limitam a referir apenas ao cônjuge à situação jurídica que envolve o companheirismo, como, por exemplo, na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente.

JUSTIFICATIVA

Sob a égide da nova ordem civil-constitucional, é importante observar que algumas regras que visam tutelar a família como instituição (efeitos externos da relação jurídica) devem ser perfeitamente compreendidas para abranger as famílias constitucionalmente tuteladas, como no exemplo do companheirismo (ou união estável, na terminologia constitucional). Assim, a Constituição de 1988, no seu art. 226, *caput*, ao prever a especial tutela à família pelo Poder Público, impôs ordem às esferas públicas (incluindo o Poder Legislativo e o Judiciário) de considerarem idêntica proteção no que tange aos efeitos externos da relação jurídica cuja base é a organização familiar.

Nesse sentido, o art. 25 do Código Civil, ao arrolar o cônjuge do ausente na condição de preferencial nomeado para curadoria dos bens deixados por este, teve como fundamento a coabitação existente entre o casal, que, por sua vez, se insere no princípio da solidariedade familiar inerente à sociedade conjugal. Considerando, no entanto, ter sido o texto do Código projetado ainda na vigência da Constituição Federal de 1967 (com a redação da Emenda nº 01/69), somente foi previsto o cônjuge no rol dos possíveis nomeados como curador dos bens do ausente. Com o texto constitucional de 1988 e, mais adiante, com o reconhecimento legal da coabitação entre os

⁶ *Diário do Senado Federal*. Brasília: Distrito Federal. Ano LII – Sup. “B” ao nº 117, repub. em 5.7.97, pp. 94-95.

companheiros, deveria ter sido estendida a mesma regra do art. 25 do Código Civil ao companheiro do ausente. De todo modo, caberá ao intérprete realizar o necessário trabalho de compatibilização entre as normas infraconstitucionais à luz daquelas constitucionais para reconhecer a eficácia plena e imediata do *caput* do art. 226 da Constituição de 1988 e, assim, reconhecer que o companheiro também se insere no rol dos possíveis nomeados à curadoria dos bens deixados pelo ausente. Tal raciocínio deve ser adotado em outros dispositivos do Código Civil (arts. 12, parágrafo único; 20, parágrafo único; 558; 1.412, § 2º; entre outros).

Deve-se considerar, na leitura interpretativa do art. 25 do Código Civil (e dos outros dispositivos indicados), que a lei disse menos do que queria. Em matéria de ausência, o companheirismo deve receber tratamento igual ao do casamento com fundamento no art. 226, *caput*, da Constituição de 1988, que determina a especial proteção do Estado no campo das famílias constitucionais. A Constituição não restringe o estado civil dos companheiros, sendo perfeitamente possível que pessoas casadas, encontrando-se separadas de fato de seus cônjuges, venham a se unir informal e estavelmente a outra pessoa e, desse modo, a constituir novas famílias fundadas no companheirismo.

O companheiro somente poderá ser nomeado curador dos bens do ausente se convivia com este até a época de seu desaparecimento. Tal como sucede no casamento, se a sociedade fundada no companheirismo já se havia rompido antes do desaparecimento, diante da separação informal dos companheiros, inexistirá a condição de potencial curador do ex-companheiro. Assim, ainda que o companheirismo tenha durado vinte anos, mas, dois anos antes do desaparecimento do ausente, o casal se separara, não haverá mais a presença dos pressupostos legais para o ex-companheiro ser nomeado curador dos bens do ausente.

Art. 1.723: Ainda que o referido artigo não estabeleça qualquer prazo mínimo de convivência, deverá ser considerado o prazo mínimo de dois anos para que seja possível o reconhecimento do companheirismo, devidamente conjugado aos outros requisitos objetivos e subjetivos.

JUSTIFICATIVA

Na redação original do texto do projeto do novo Código Civil, o companheirismo era instituto estranho ao Direito de Família e, por isso, houve necessidade de apresentação e aprovação de emenda do Senado Federal para que fosse incluído um capítulo sobre o companheirismo. Assim, com base na emenda aprovada, foi expressamente previsto o prazo de cinco ou de três anos (este na eventualidade de o casal ter filhos em comum) para a configuração do companheirismo. Ao retornar o texto para a Câmara dos Deputados, o dispositivo teve sua redação alterada para quase repetir o disposto no art. 1º da Lei nº 9.278/96. De todo modo, como já havia sido aventada, em trabalho escrito sobre o tema, a omissão da norma infraconstitucional de 1996 acerca do lapso

temporal mínimo de convivência, não poderia impedir o reconhecimento da existência do prazo mínimo de dois anos⁷.

A característica da estabilidade da união, tal como expressa no texto constitucional, **pressupõe o preenchimento do requisito temporal com índice de estabilidade das uniões livres**, na expressão de Eduardo Estrada Alonso. Não se trata de inovação no universo jurídico, devendo ser adotado o mesmo raciocínio que se verifica relativamente a outras situações de fato que ganham relevância para o Direito quando associadas ao fator temporal (prescrição e decadência; posse qualificada para fins de usucapião; separação de fato, entre outras). A situação que envolve os companheiros é, juridicamente, de posse qualificada do estado de casados para efeito de configuração de família, e não uma posse simples, transitória, suscetível de rompimento por motivos de somenos importância.

O prazo razoável para configuração da relação pode ser detectado no próprio texto constitucional, notadamente em se considerando que a Constituição Federal, pela primeira vez na história, reconheceu duas realidades fáticas no Direito de Família: o companheirismo e a separação de fato. Enquanto o companheirismo representa a constituição de uma família, a separação de fato importa na dissolução de outra família desde que associada a outros fatores. Além do desaparecimento da *affectio maritalis* – diante da incompatibilidade entre os cônjuges para a continuidade da vida em comum –, é fundamental o decurso do prazo de dois anos para ser possível o divórcio direto (art. 226, § 6º, da Constituição Federal). Tal prazo serve como índice para a verificação da irreversibilidade da situação fática, demonstrando que o casal não terá condições de retornar ao convívio conjugal.

Por critério de política legislativa, assim, o legislador constituinte estabeleceu o prazo de dois anos para o divórcio direto, considerando-o razoável e plausível para se aferir a instabilidade do casamento. O mesmo espírito na fixação desse prazo (para a descaracterização da *affectio maritalis*) deve ser considerado para efeito de estabilidade das uniões extramatrimoniais, ou seja, o período necessário e razoável para a construção da *affectio maritalis* entre os companheiros, os quais, muito provavelmente, passarão por desentendimentos, rugas, provações durante o período e, se a relação estiver fincada em bases sólidas, seguras e estáveis, haverá o prosseguimento da família, que, em tese, terá condições de se converter em casamento (inclusive quanto aos separados de fato que, após dois anos, poderão promover o divórcio direto e, em seguida, requerer a conversão do companheirismo em casamento).

Desse modo, a interpretação sistemática e teleológica da norma constitucional (art. 226) permite alcançar a conclusão a respeito da indispensabilidade do prazo mínimo de dois anos para a configuração do companheirismo, e assim dever ser interpretado o art. 1.723 do novo Código.

7 A esse respeito, é imperioso conferir toda a fundamentação jurídica apresentada para se alcançar a conclusão a respeito da previsão (implícita) na Constituição Federal do prazo mínimo de dois anos de convivência para a configuração do companheirismo: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, pp. 195-203.

Art. 1.725: O regime legal de bens no companheirismo representa o regime da comunhão de aqüestos, tal como interpretado pelos tribunais em matéria de regime obrigatório de separação de bens no casamento (Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, na orientação que foi alcançada na interpretação dos tribunais).

JUSTIFICATIVA

A regra contida no art. 1.725 do novo Código Civil enseja o reconhecimento de que há mais de um regime de bens no companheirismo, sendo um deles o previsto no próprio dispositivo legal e os outros possivelmente fruto de convenção celebrada entre os companheiros.

Quanto ao regime legal de bens no companheirismo, forçoso é reconhecer que o sistema continuará sendo aquele que considera não se encaixar tal regime em qualquer um dos regimes de bens do casamento, mas se revela mais vantajoso do que o regime de separação obrigatória, de acordo com a orientação firmada pela jurisprudência a partir da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, já que há presunção de comunhão em partes idênticas nas aquisições de bens, de forma onerosa, durante o convívio dos companheiros. Contudo não se pode equiparar o regime legal de bens do companheirismo ao regime da comunhão parcial de bens no casamento, porquanto há determinados bens que se comunicam no regime de comunhão parcial de bens no casamento, mas não se comunicam no companheirismo. Assim, os incisos II, IV e V do art. 1.660 do novo Código não se aplicam aos companheiros e, desse modo, não entram na comunhão os bens adquiridos por fato eventual, as benfeitorias realizadas em bens particulares de cada companheiro e os frutos dos bens particulares de cada companheiro, percebidos na constância do companheirismo ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão de vidas.

De acordo com o art. 1.725 do novo Código Civil – na mesma linha de orientação do art. 5º da Lei nº 9.278/96 –, há presunção de comunhão de aqüestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens.

Art. 1.790: O citado artigo é inconstitucional por desproteger a família fundada no companheirismo no campo do Direito das Sucessões, violando o disposto no art. 226, caput, da Constituição Federal, notadamente diante do disposto no art. 2º, inciso III, da Lei nº 8.971/94.

JUSTIFICATIVA

No sistema introduzido pela Lei nº 8.971/94, o companheiro sobrevivente tem direito à herança independentemente do momento da aquisição dos bens integran-

tes do acervo hereditário e do título da aquisição (gratuito ou oneroso). Assim, o art. 1.790 do novo Código Civil piora, sensivelmente, a situação dos companheiros no Direito das Sucessões, em clara afronta ao disposto no art. 226, *caput*, da Constituição Federal, que ordena dê o Estado especial proteção à família, incluindo aquela fundada no companheirismo. O dispositivo resulta de claro equívoco do legislador ao confundir herança com meação, além de retirar direitos e vantagens anteriormente existentes e estabelecidas nas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96. Assim, a conclusão possível é de que o art. 1.790 do Código Civil padece de inconstitucionalidade material e, como tal, deve ser declarado pelos tribunais.

Além da confusão feita entre herança e meação, esse dispositivo prevê a possível concorrência entre companheiro sobrevivente e colaterais do falecido no que tange à herança, o que demonstra nítido retrocesso e uma regra prejudicial aos companheiros comparativamente ao sistema existente na vigência da Lei nº 8.971/94. Assim, a melhor solução é considerar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, permitindo a continuidade de vigência do art. 2º, inciso III, da lei de 1994, devidamente combinado com o art. 1.829, incisos I, II e III, do novo Código, em igualdade de condições com o cônjuge sobrevivente.

Contudo, caso tal solução não seja adotada, deverá ser considerado ainda em vigor o usufruto previsto nos incisos I e II do art. 2º da Lei nº 8.971/94, ao menos nos casos em que o companheiro não for herdeiro de acordo com o novo sistema implantado pelo novo Código Civil.

Art. 1.831: O referido artigo não revogou o art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, podendo ser reconhecido direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

JUSTIFICATIVA

O art. 1.831 do novo Código Civil aprimora o texto do art. 1.611, § 2º, do Código Civil de 1916, que previa o direito sucessório real de habitação em favor do cônjuge supérstite. No sistema anterior, dois eram fundamentalmente os pressupostos para o reconhecimento do direito real de habitação por morte de cônjuge: a) o regime da comunhão universal de bens no casamento; b) a existência de único imóvel destinado à residência da família. Severas críticas foram feitas ao legislador quanto à limitação do direito real de habitação a determinado regime de bens no casamento, o que provavelmente o influenciou a estabelecer regra diferente no novo Código. É válido observar que, mesmo no período anterior ao advento do Código Civil de 2002, havia sido manifestada posição no sentido da reinterpretação do disposto no art. 1.611, § 2º, do Código Civil de 1916, para considerar que não havia mais a exigência de determinado regime de bens para o reconhecimento do direito real de habitação em favor do com-

panheiro sobrevivente diante da regra contida no parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.278/96⁸.

Assim, a regra do art. 1.831 do novo Código não representa propriamente novidade no ordenamento jurídico brasileiro, já que desde 1996 se interpretava a regra contida no art. 1.611, § 2º, do Código Civil de 1916 no sentido da ausência de restrição ao reconhecimento do direito real de habitação a determinado regime de bens.

Contudo o art. 1.831 se restringe a tratar do direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente, não cuidando do mesmo direito relacionado ao companheiro supérstite. Houve omissão legislativa provavelmente decorrente da falta de maior cuidado na atualização do texto durante sua tramitação, levando em conta que originariamente o companheirismo não era tratado como espécie de família jurídica. De todo modo, como não houve revogação expressa da Lei nº 9.278/96, nem existe incompatibilidade entre o disposto no art. 1.831 do novo Código Civil e o art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, adotando-se os critérios de interpretação e harmonização das normas jurídicas no interior do sistema, é de rigor a conclusão de que a norma jurídica que trata do direito real de habitação continua em vigor, não tendo sido revogada. Deve-se considerar, ainda, o disposto no art. 226, *caput*, da Constituição Federal, no sentido de considerar a família fundada no companheirismo merecedora de especial proteção do Estado. Assim, caso pudesse ser considerada revogada a norma da lei de 1996, haveria clara violação ao comando constitucional, porquanto haveria desproteção à família fundada no companheirismo.

Arts. 1.790, 1.829 e 1.844: No que tange à herança, mesmo relacionada aos bens adquiridos a título gratuito pelo falecido ou a título oneroso antes da união fundada no companheirismo, na falta de cônjuge e parente sucessível, caberá toda a herança ao companheiro sobrevivente, e não ao Município ou Distrito Federal (ou ainda União Federal).

JUSTIFICATIVA

A correta interpretação do art. 1.844 do Código Civil é a de considerar o ente constitucional (município, Distrito Federal ou União) como destinatário final dos bens deixados pelo falecido diante da falta de qualquer um dos herdeiros da ordem de vocação hereditária. Assim, em consonância com a melhor doutrina a respeito do tema, o novo Código não incluiu o Poder Público como herdeiro legítimo, já que não existia entre o falecido e o ente público qualquer vínculo relacionado ao Direito de Família, característica da sucessão legítima.

8 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *companheirismo*, cit., pp. 452-453.

E, considerando o próprio critério gramatical na interpretação do disposto no art. 1.844 do Código Civil, é imperioso considerar que, na falta de qualquer um dos herdeiros das classes da ordem de vocação hereditária previstos no art. 1.829 do mesmo texto legal, o companheiro poderá herdar a totalidade do patrimônio deixado pelo *de cuius*, e não apenas os bens adquiridos a título oneroso durante a união fundada no companheirismo. Cuida-se de reconhecer a importante diferença entre herdeiro legítimo e mero destinatário final de bens deixado por alguém que faleceu sem deixar herdeiros legítimos.

Desse modo, constata-se que o art. 1.790 do Código Civil contém redação 'atécnica', imprópria e inadequada, demandando ser interpretado em conformidade com outros dispositivos, como o próprio art. 1.844 do Código para se chegar à conclusão de que não há motivo para se considerar o companheiro na condição de herdeiro apenas no que tange aos bens adquiridos a título oneroso durante a união "estável".

Arts. 1.723, § 1º, 1.790, 1.830 e 1.838: Ainda que a título excepcional, poderá ser reconhecida a concorrência, no campo sucessório, entre cônjuge e companheiro sobreviventes, na eventualidade de existir separação de fato por mais de dois anos, sem culpa do cônjuge sobrevivente.

JUSTIFICATIVA

Desde o advento da Lei nº 8.971/94, devidamente interpretada, passou a ser possível a concorrência, em partes iguais, do cônjuge e companheiro sobreviventes na sucessão hereditária nos casos em que a pessoa do falecido havia se separado de fato de seu cônjuge e constituído nova família com outra pessoa. Com as regras contidas nos arts. 1.830 e 1.838 do novo Código, ainda que a título excepcional, poderá ser reconhecido o direito sucessório de propriedade em favor do cônjuge e do companheiro sobreviventes, desde que presentes os pressupostos legais.

De acordo com o art. 1.830 do Código Civil, o falecido pode ter se separado de fato do cônjuge (sem culpa deste) e, no período de separação de fato por, no mínimo, dois anos, haver constituído outra família fundada no companheirismo, o que é expressamente admitido no bojo do texto do novo Código Civil (art. 1.723, § 1º). Assim, em decorrência do falecimento da pessoa casada – e separada de fato há mais de dois anos – que vivia em companheirismo com outra pessoa que não o cônjuge, será perfeitamente possível ocorrer o chamamento conjunto do cônjuge e do companheiro sobreviventes em igualdade de condições a respeito dos bens adquiridos a título oneroso durante o companheirismo (art. 1.790 do novo Código Civil) e o chamamento exclusivo do cônjuge sobrevivente quanto aos demais bens deixados pelo falecido. Trata-se de interpretar, de maneira sistemática e harmônica, o disposto nas regras seguintes: arts. 1.723, § 1º, 1.790, 1.830 e 1.838, todos do novo Código Civil. Para tanto, o cônjuge supérstite deverá provar que a convivência do casal se tornou impossível sem sua culpa.

Art. 1.597: As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do referido artigo deverão ser substituídas pela expressão “técnica de reprodução assistida”.

Tycho Brahe Fernandes: Procurador de Justiça de Santa Catarina.

JUSTIFICATIVA

As técnicas de reprodução assistida são basicamente de duas ordens: aquelas pelas quais a fecundação ocorre *in vivo*, ou seja, no próprio organismo feminino e aquelas pelas quais a fecundação ocorre *in vitro*, ou seja, fora do organismo feminino, mais precisamente em laboratório, após o recolhimento dos gametas masculino e feminino.

As expressões “fecundação artificial” e “concepção artificial” utilizadas nos incisos III e IV são impróprias, até porque a fecundação ou a concepção obtida por meio das técnicas de reprodução assistida é natural, com auxílio técnico, é verdade, mas jamais artificial.

Além disso, houve ainda imprecisão terminológica no inciso V quando trata da inseminação artificial heteróloga, uma vez que a inseminação artificial é apenas uma das técnicas de reprodução *in vivo*; para os fins do inciso em comento, melhor seria a utilização da expressão “técnica de reprodução assistida”, incluindo aí todas as variantes das técnicas de reprodução *in vivo* e *in vitro*.

Art. 1.597: Incluir o seguinte parágrafo único ao citado artigo:

Parágrafo único: No caso do inciso III deste artigo, para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver autorização escrita do morto para que se utilize seu material genético após sua morte.

JUSTIFICATIVA

É compreensível que um casal, dentro do princípio da paternidade responsável de que trata o § 7º do art. 226 da Constituição da República, pretenda ter filhos comuns, mesmo após a morte do varão.

Porém, para que fique estabelecida efetivamente a paternidade desejada, de forma consciente, é fundamental que a viúva mantenha essa condição, visto que, se casar novamente, haverá a presunção de paternidade em relação ao novo marido.

Além disso, é básico que, se a fecundação ocorrer após a morte do marido

doador de material genético, ele tenha deixado, por escrito, documento autorizando a aplicação da técnica.

Insiste-se que a paternidade somente poderá ser considerada responsável, como determina a Constituição da República, se houver expresse consentimento por parte dos envolvidos, pai e mãe.

Art. 1.597: suprimir o inciso IV do referido artigo, ou, alternativamente, incluir parágrafo único no dispositivo, estabelecendo:

Parágrafo único: Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571 deste Código, a regra do inciso IV somente poderá ser aplicada se houver autorização por escrito de ambos os cônjuges para a utilização dos embriões excedentários.

JUSTIFICATIVA

O fim de uma sociedade conjugal, em especial quando ocorre pela anulação ou nulidade do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio, é, em regra, processo de tal ordem traumático para os envolvidos que a autorização de utilização de embriões excedentários será fonte de desnecessários litígios.

Além do mais, a questão necessita de análise sob o enfoque constitucional. Da forma posta e não havendo qualquer dispositivo no Novo Código Civil que autorize o reconhecimento da maternidade em tais casos, somente a mulher poderá se valer dos embriões excedentários, ferindo de morte o princípio da igualdade esculpido no *caput* e no inciso I do art. 5º da Constituição da República.

A título de exemplo, se a mulher ficar viúva ou vir terminada a sociedade conjugal, poderá, “a qualquer tempo”, vir a gestar o embrião excedentário, assegurado o reconhecimento da paternidade com as conseqüências legais pertinentes; porém o marido não poderá valer-se dos mesmos embriões, para cuja formação contribuiu com seu material genético, e gestá-lo em útero sub-rogado.

Como o dispositivo é vago e diz respeito apenas ao estabelecimento da paternidade, sendo o Novo Código Civil omissivo quanto à maternidade, poder-se-ia indagar: se esse embrião vier a germinar em um ser humano, após a morte da mãe, ele terá a paternidade estabelecida e não a maternidade? Caso se pretenda afirmar que a maternidade será estabelecida pelo nascimento, como ocorre atualmente, a mãe será aquela que dará à luz, porém, nesse caso, tampouco a paternidade poderá ser estabelecida uma vez que a reprodução não seria homóloga.

Caso a justificativa para a manutenção do inciso seja evitar a destruição dos embriões crioconservados, destaca-se que legislação posterior poderá autorizar que venham a ser adotados por casais inférteis.

Assim, prudente seria que o inciso em análise fosse suprimido.

Porém, se a supressão não for possível, solução alternativa seria determinar que os embriões excedentários somente possam ser utilizados se houver prévia autorização escrita de ambos os cônjuges, evitando-se com isso mais uma lide nas varas de família.

Art. 1.526: Deverá ser suprimida a expressão “será homologada pelo juiz” no referido artigo, o qual passará a dispor:

A habilitação de casamento será feita perante o oficial do Registro Civil e homologada pelo Ministério Público.

JUSTIFICATIVA

Desde há muito que as habilitações de casamento são fiscalizadas e homologadas pelos órgãos de execução do Ministério Público, sem que se tenha qualquer notícia de problemas, como, v.g., fraudes, com a matéria.

A ‘judicialização’ da habilitação de casamento não trará ao cidadão qualquer vantagem ou garantia adicional, não havendo motivo para mudar o procedimento que, extrajudicialmente, funciona de forma segura e ágil.

Art. 1.736: Suprimir o inciso I do referido artigo.

JUSTIFICATIVA

Não há qualquer justificativa de ordem legal a legitimar que mulheres casadas, apenas por essa condição, possam se escusar da tutela.

Referido dispositivo afronta o disposto no *caput* e inciso I do art. 5º da Constituição da República seja por discriminar as mulheres entre si, deixando, de um lado, as casadas e, de outro, as solteiras, viúvas, divorciadas e separadas judicialmente; seja por discriminar mulheres de homens. Qual a diferença, para fins de tutela, entre um homem casado e uma mulher casada?

Art. 1.798: Deverá ter a seguinte redação:

Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, neste caso, mesmo que não iniciada a gestação (art. 1.597, IV).

JUSTIFICATIVA

Com a nova redação, pretende-se deixar claro que os embriões excedentários de que trata o inciso IV do art. 1.597 são legitimados a suceder mesmo que ainda estejam crioconservados no momento da abertura da sucessão, evitando-se disputas judiciais acerca do que seja a efetiva concepção.

Art. 1.799: Acrescentar o inciso IV, com a seguinte redação:

Os filhos ainda não concebidos do testador, na forma do disposto nos incisos III, IV e V do art. 1.597.

JUSTIFICATIVA

Com a inclusão do inciso, estar-se-á assegurando aos filhos de pai morto que venham a ter sua paternidade declarada pela presunção estabelecida pelos incisos III, IV e V do art. 1.597 o direito à sucessão.

Da forma que a lei está posta no momento, vislumbra-se incongruência legislativa porquanto autoriza o estabelecimento de uma paternidade sem que o filho tenha qualquer direito sucessório.

Art. 1.800 (dependente da aprovação do enunciado anterior): Alterar a redação do *caput* do art. 1.800 e acrescentar-lhe os §§ 5º e 6º, com as seguintes redações:

Art. 1.800. No casos dos incisos I e IV do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.
§ 5º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não tiver sido iniciada gravidez com os embriões excedentários de que trata o inciso IV do art. 1.597, abrir-se-á a sucessão provisória da cota que caberia aos embriões, aplicando-se, no que couber, o disposto na Seção II do Capítulo III, Título I, Capítulo I deste Código.

§ 6º No caso do parágrafo anterior, comprovado o casamento da mulher que forneceu o material genético para a concepção dos embriões ou, de qualquer modo, a inviabilidade destes, abrir-se-á a sucessão definitiva da cota que caberia aos embriões.

JUSTIFICATIVA

No momento em que se autoriza que embrião excedentário crioconservado que venha a ser gestado após a morte do pai tenha *status* de filho havido na constância do casamento (art. 1.597, IV) é fundamental que se assegurem a ele direitos sucessórios sob pena de se criar uma diferenciação não desejada entre irmãos.

Finda a partilha, os bens que vierem a ser destinados aos seres que nascerão ou não dos embriões excedentários ficarão sob a guarda de curador, abrindo-se a sucessão provisória caso a gestação não se inicie nos dois anos seguintes à abertura da sucessão.

Importante consignar que a sucessão deverá ser provisória, pois o inciso IV do art. 1.597 autoriza iniciar-se a gestação “a qualquer tempo”, salvo se se comprovar a inviabilidade dos embriões ou novo casamento da mulher que contribuiu para a formação daqueles embriões.

Neste último caso, os embriões não poderão suceder na qualidade de filhos do *de cuius*, uma vez que a presunção de paternidade não mais se operará, estabelecendo-se esta em favor do novo marido da mãe.

Art. (a definir): Incluir artigo no final do Capítulo II do Subtítulo II do Capítulo XI do Título I do Livro IV com a seguinte redação:

Art. XYZ. A maternidade será estabelecida pela gestação.

§ 1º. A regra contida no caput deste artigo não prevalecerá se restar comprovado que a mulher gestou, com fins altruísticos, material genético de outra mulher, estabelecendo-se a maternidade em favor daquela que forneceu o material genético.

§ 2º. Tampouco prevalecerá a regra contida no caput deste artigo no caso de sub-rogação gratuita de útero em que houver a utilização de técnica de reprodução assistida heteróloga, estabelecendo-se a maternidade na pessoa da mulher planejou a gestação.

JUSTIFICATIVA

No momento em que o art. 1.597 autoriza que o homem infértil ou estéril se valha das técnicas de reprodução assistida para suplantiar sua deficiência reprodutiva não poderá o Código Civil deixar de prever idêntico tratamento às mulheres.

O *caput* do dispositivo dará guarida para as mulheres que podem gestar, abrangendo quase todas as situações imagináveis, como as técnicas de reprodução assistida homólogas e heterólogas nas quais a gestação será levada a efeito pela mulher que será a mãe socioafetiva da criança que vier a nascer.

O parágrafo primeiro assegura à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas que não pode levar a termo uma gestação o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe sub-rogada.

Por seu turno, o parágrafo segundo contempla a mulher estéril que não pode levar a termo uma gestação. Esta terá declarada sua maternidade em relação à criança nascida de gestação sub-rogada na qual o material genético feminino não provém de seu corpo.

Importante destacar que, em ambos os casos dos parágrafos em análise, em hipótese alguma poderá ser permitido o fim lucrativo por parte de mãe sub-rogada.

Art. 1.597. Retificar o referido artigo:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...)

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido:

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga:

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

INCLUSÃO DE UM ARTIGO

Art. (a definir): Incluir o seguinte artigo:

Nos casos que envolvem os incisos III e IV do art. 1.597, a autorização para utilização de cada embrião excedentário advindo de concepção homóloga deve ser prévia e específica, sendo vedada a autorização com caráter perpétuo.

Astrid M. de Carvalho Ruthes: Juíza do Estado do Paraná.

JUSTIFICATIVA

A problemática decorre da ausência de autorização prévia e específica, mesmo nos casos que envolvem concepção artificial homóloga, devido ao fato de que possibilitará à mulher utilizar-se do embrião no momento que considerar conveniente, além de propiciar divergências futuras na sucessão hereditária.

O fato de o embrião excedentário advir de uma concepção artificial homóloga não caracteriza que o casal permanecerá com intuito perpétuo da inseminação.

Art. 1.601 (redação proposta): "Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível."

§ 1º Não se desconstituirá a paternidade caso fique caracterizada a posse do estado de filho.

"§ 2º Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação."

Rosana Fachin: Juíza do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná.

JUSTIFICATIVA

Art. 1.601 – (redação atual): *Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal alteração imprescritível.*

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

A doutrina e a jurisprudência têm cada vez mais enfatizado que a verdadeira relação paterno-filial não decorre tanto da verdade biológica, mas sim da verdade socioafetiva. Assim, pai não se confunde com genitor, mas é um conceito bem mais amplo, envolvendo aspectos afetivos que decorrem do trato diário, da convivência, em suma, da posse do estado de filho.

O insigne mestre mineiro João Baptista Villela denomina tal fenômeno de "desbiologização da paternidade", ou seja, a verdadeira paternidade se funda no afeto, podendo ou não coincidir com a paternidade biológica ou a jurídica, lembrando que "ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir" (cit. por Julie Cristine Delinski – in "O Novo Direito da Filiação" – Ed. Dialética, p. 33).

No mesmo passo, o Prof. José Bernardo Ramos Boeira salienta que *a verdade socioafetiva deve assumir papel de destaque sobretudo nos casos em que é importante manter estabilidade de famílias que cumpram o seu papel afetivo e social, embora não assentem um vínculo biológico, e ainda nos casos em que se deva evitar o reconhecimento da filiação biológica por conveniência para os interesses do filho* ("INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Posse do Estado de Filho", ed. Livraria do Advogado, 1999).

Nessas condições, a possibilidade aberta pelo art. 1.601, *caput*, de, a qualquer momento, poder ser desconstituído um vínculo paterno-filial fortemente marcado pelas relações socioafetivas colide com os superiores interesses da criança (norte constitucional inafastável), além de atentar contra a necessária estabilidade das relações familiares, alerta dado em magistral artigo do Prof. João Baptista Villela no ensejo do III Congresso Brasileiro de Direito de Família (outubro/2001), publicado no *site* do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM (www.ibdfam.com.br), tendo por título "O Artigo 1.601".

Por tais razões, propõe-se a inserção neste artigo de um parágrafo que im-

possibilite a desconstituição do vínculo de filiação quando caracterizada a posse do estado de filho.

Enunciado proposto a partir dos debates levados a efeito pelo IBDFAM.

Art. 1.641, inc. II: É necessário renovar o referido dispositivo.

JUSTIFICATIVA

Art. 1.641, II (redação atual): *da pessoa maior de sessenta anos.*

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente **inconstitucional**, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1º, inc. III, CF). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar de presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

Art. 1.605: O novo Código Civil brasileiro deixa de regulamentar, de modo eficaz, o direito de filiação quando no termo de nascimento encontra-se ausente ou defeituosa a declaração da paternidade/maternidade.

Francisco Auricélio Pontes: Juiz do Tribunal de Justiça do Ceará.

JUSTIFICATIVA

O Código Civil ainda em vigor, em seu art. 363, prescreve as circunstâncias que autorizam o processo investigatório da paternidade. O novo Código não acompanha o raciocínio do legislador anterior quando não enumera os fatos que ensejariam a investigação da paternidade. Fica como fundamento jurídico para a ação investigatória a norma enunciada no art. 1.605, repetindo a regra do art. 349 do Código vigente.

Se, por um lado, é salutar a supressão da enumeração daquelas circunstâncias do art. 363, elenco que limita a possibilidade da proposição da ação, cerceando o processo investigatório, por outro, deixa o novo Código Civil de reger, de modo eficaz, o direito fundamental da declaração da filiação por continuar barrando uma nova ação, mesmo quando o investigante dispõe de prova cabal (por exemplo, o exame de DNA) de que não dispunha na primeira oportunidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 27, prevê que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observando o segredo de justiça”.

Então, por que não uma norma dessa mesma natureza na nova codificação dos direitos do cidadão?

Atente-se para a expressão “sem qualquer restrição” inserida no texto transcrito. Poderia o novo Código Civil ir ainda mais além, estabelecendo que a decisão sobre filiação não faria coisa julgada enquanto não esgotados todos os meios de prova ou algo dessa espécie.

Embora a coisa julgada seja matéria processual, para o resguardo pleno do direito em discussão, poder-se-ia admitir que a lei substantiva tratasse do assunto, ou, não sendo de boa técnica legislativa, que se modifique a norma processual específica.

Se a lei substantiva diz que o estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, isento de qualquer restrição, é porque, antes, é ele um direito natural, substancial, atributo da dignidade da pessoa humana, elevado à categoria de princípio constitucional, como preceitua o art. 1º, III, da Constituição.

A restrição da coisa julgada não pode prevalecer para inibir a busca da verdade, notadamente em se tratando do direito em foco. Nesse caso, são inaceitáveis os argumentos de que, se não houver respeito à coisa julgada, as decisões judiciais perderão sua credibilidade, tornando as pendências infinitas, e de que a estabilidade social estaria seriamente comprometida.

É, também, inaceitável negar-se uma nova investigação de paternidade sob

o pálio da coisa julgada; argumenta-se que, caso se viesse a desconstituir a relação jurídica existente, tendo ocorrido inventário e partilha com alienação de bens a terceiros, importaria no “absurdo dos absurdos”: a desconstituição de tudo o que fora definido pela Justiça. Absurdo do absurdo, monstruosa, é a sobreposição do direito patrimonial em prejuízo do direito de estado da pessoa, atributo da dignidade do homem.

Não pode haver preclusão do direito a um atributo da dignidade da pessoa humana em decorrência de decisão em um processo no qual não se exauriram todos os meios de prova na persecução da verdade. Desde que perseguida no âmbito da licitude, a busca deve ser ilimitada.

Quantos pais irresponsáveis se negam a reconhecer a paternidade e procuram procrastinar o processo investigatório, muitas vezes com êxito, enterrando a verdade, beneficiando-se com o julgamento improcedente da ação ante a dificuldade probatória que se apresenta ao investigador e causando, assim, irreparável prejuízo à personalidade deste e até à sua sobrevivência por falta dos alimentos?! Quantas paternidades e maternidades erroneamente declaradas no Registro Civil permanecem como verdadeiras porque os proponentes das ações não lograram êxito com a prova de que até então dispunham?!

A estabilidade social é alcançada fazendo-se justiça, e esta só acontece quando se declara a verdade.

Art. 1.639: Alterar a redação do § 2º do mencionado artigo:

É inadmissível alteração do regime de bens entre os cônjuges, salvo nas hipóteses específicas definidas no artigo 1.641, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Regina Afonso Portes: Desembargadora do Tribunal de Justiça do Paraná.

JUSTIFICATIVA

REGIME DE BENS ENTRE CÔNJUGES – IMUTABILIDADE DO REGIME QUANDO VOLUNTARIAMENTE ESCOLHIDO – QUESTÕES À PROTEÇÃO DOS CÔNJUGES E DE TERCEIROS – EXCEÇÃO RELATIVA AO REGIME DE IMPOSIÇÃO DE OBRIGATORIEDADE AO REGIME.

Não obstante os jurídicos e relevantes argumentos utilizados para justificar a procedência da mutação do regime de bens adotado quando da celebração do casamento, penso, *data venia*, que o parágrafo segundo do art. 1.639 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, deve ser modificado a fim de não permitir tal alteração após o casamento, quando objeto de livre escolha do casal na data de sua celebração. Tal dispositivo, um dos mais polêmicos do texto aprovado, merece algumas considerações para preservar o anterior texto legal do Código Civil vigente.

E isso porque, apesar das ressalvas contidas no artigo condicionando essa alteração à autorização judicial após apuração da procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros, considero de intenso perigo tal regra não só para preservação dos bens dos próprios cônjuges, mas especialmente de terceiros. Note-se que, no próprio relacionamento dos cônjuges, poderá ocorrer um comportamento desleal de uma das partes (marido ou mulher) no sentido de induzir o outro cônjuge a anuir com a alteração do regime de bens por desconhecer rendas sigilosamente recebidas, expectativas de herança ou mesmo atividades negociais diversas, que podem ser benéficas ou malélicas a seus interesses.

Cito, nesse mesmo sentido, pensamento do Professor Caio Mário da Silva Pereira em sua obra *Instituições de direito civil* (7ª ed. – Forense, 1991, pág.116), destacando que, na constância da sociedade conjugal, um dos cônjuges pode ser levado a alterar o regime econômico do matrimônio, com grave risco para os próprios créditos e provável prejuízo a terceiros.

No tocante aos terceiros, penso que o problema poderá ser ainda pior. Isso porque, não obstante a referência expressa do artigo supra quanto à necessidade de autorização judicial e resguardo de interesses de terceiros, estes certamente estarão a correr sérios riscos com a mutabilidade do regime de bens durante a sociedade conjugal. Expectativas de falência ou concordata, insolvência civil ou hipótese similar, ainda

não ocorridas, jamais poderão ser objeto de previsão judicial. E, assim, outra porta de fácil acesso à fraude poderá ocorrer da geração de prole extraconjugal, visto que, entre os cônjuges, pode ser acertada a mudança do regime matrimonial de bens, revertendo estes em favor da esposa tão-somente para esvaziar a meação do pai adulterino, pois, na morte daquela, apenas integrarão a sua sucessão seus herdeiros necessários. Resta configurado o inegável prejuízo à legítima do filho advindo de relação extraconjugal do cônjuge varão.

Nessa mesma linha de raciocínio, eventuais credores que tinham, na meação de uma comunhão universal ou mesmo na partilha apenas dos aquestos no regime da comunhão parcial, a expectativa de recebimento do seu crédito podem ver frustrada a quitação de seus haveres pela maliciosa migração dos cônjuges para o regime da completa separação de bens.

Creio, portanto, assim como alguns doutrinadores ou algumas correntes de opinião, que, com a mutabilidade do regime dos bens, seriam inegavelmente abertas as portas do abuso ou à inevitável fraqueza do cônjuge (seja ele homem ou mulher) ou ainda à fraude oriunda da confiança e supostas vantagens oferecidas que poderiam reverter em prejuízo de uma das partes, máxime quando o regime foi livremente escolhido pelo casal, sem imposição legal.

A alteração do regime de bens apenas seria viável nas hipóteses específicas referidas no art. 1.641 do novo digesto civil, já que objeto de imposição legal.

Art. 1.639 (redação proposta): Excluir os §§ 1º e 2º do referido artigo e acrescentar parágrafo único.

“É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.”

Parágrafo único. O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento e é irrevogável.

Adriana da Silva Ribeiro: Juíza do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

JUSTIFICATIVA

Art. 1.639 (redação atual): *É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.*

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

O parágrafo segundo do dispositivo inova profundamente o sistema que tradicionalmente tem regido, no país, o regime matrimonial de bens, modificando sua característica essencial, que deixa de ser a da irrevogabilidade (atual art. 230, CC). Ocorre que a possibilidade de alterar o regime de bens, mesmo em pedido motivado, perante o juiz abre enorme porta para a fraude em prejuízo de terceiro, além de viabilizar a exploração de um cônjuge pelo outro, pois nunca se poderá ter certeza quanto às verdadeiras razões que estarão por trás de um aparente acordo.

É certo que, em uma sociedade de iguais (com a qual todos sonhamos), a regra da mutabilidade do regime de bens seria de comemorar, por consagrar um maior respeito à liberdade individual. Entretanto é notório estarmos distantes, mesmo no âmbito conjugal, dessa almejada igualdade. Assim, a preservação da regra de irrevogabilidade mostra-se imperiosa, como forma de resguardar o hipossuficiente.

Para Rolf Madaleno¹, “autorizada a mudança judicial do primitivo regime de bens, outra porta de fácil acesso à fraude de direito de terceiro pode surgir da geração de prole extraconjugal. Noticiada a gravidez oriunda de relação adulterina, pode o consorte adúltero acertar com seu cônjuge a mudança do regime nupcial de bens. Alterado o regime para a separação total de bens, fica esvaziada a meação do pai adulterino, cujos bens terminam integralmente vertidos para a esposa. Com a morte dela, serão chamados à sua sucessão os herdeiros necessários, prejudicada a legítima do filho extraconjugal.

Por outro lado, como não há exceção especificada no parágrafo segundo da redação atual, pode-se entender que todos os regimes de bens podem ser alterados por convenção das partes, o que levaria ao esvaziamento do art. 1.641 da mesma lei.

1 MADALENO, Rolf. DO REGIME DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES, *in* Direito de Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Ou seja, também os cônjuges casados sob o regime da separação legal ou obrigatória de bens poderiam alterá-lo mediante acordo, o que fere a própria vontade do legislador de preservar os nubentes que necessitem de autorização judicial para o casamento, bem como os de mais de sessenta anos de idade.

Art. 1.647: Suprimir a expressão "ou aval" do inciso III do referido artigo.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto: Professor Titular da Universidade Federal do Paraná.

JUSTIFICATIVA

Exigir anuência do cônjuge para a outorga de aval é afrontar a Lei Uniforme de Genebra e descaracterizar o instituto. Ademais, a celeridade indispensável para a circulação dos títulos de crédito é incompatível com essa exigência, pois não se pode esperar que, na celebração de um negócio corriqueiro, lastreado em cambial ou duplicata, seja necessário, para a obtenção de um aval, ir à busca do cônjuge e da certidão do seu casamento, determinadora do respectivo regime de bens.

Arts. 1.694, 1.696, 1.697 e 1.698: A responsabilidade dos pais para com os filhos ou vice-versa e a responsabilidade entre parentes do mesmo grau são solidárias:

Por outro lado, a responsabilidade dos avós ou de parentes do grau imediato que venham a ser chamados a concorrer com os responsáveis diretos é subsidiária:

Por derradeiro, o ajuizamento da ação deve ocorrer mediante litisconsórcio passivo necessário entre aqueles da mesma classe ou grau de parentesco.

Claudia Valéria Bastos Fernandes: Juíza Federal no Rio de Janeiro.

JUSTIFICATIVA

De acordo com o art. 1.694 do novo Código Civil, podem os parentes pedir alimentos uns aos outros em virtude da relação de parentesco, atendendo-se ao binômio necessidade – possibilidade.

Corolário dessa regra geral, dispõe o art. 1.696 que o direito a alimentos é recíproco entre pais e filhos e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos.

Em não havendo ascendentes, diz o art. 1.697, a obrigação recairá sobre os descendentes e, na falta destes, sobre os irmãos.

Por fim, determina o art. 1.698 que, se o parente chamado a prestar alimentos não puder suportar integralmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato, sendo que, em havendo várias pessoas do mesmo grau todas deverão concorrer na proporção de seus recursos e, assim, uma vez ajuizada a ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Contudo penso que o art. 1.698 merece destaque, de modo a ser esclarecida tanto a sua aplicação como a contradição nele existente.

Em primeiro lugar, deve ser entendido que a responsabilidade referida no artigo é subsidiária, de modo que aqueles que venham a ser chamados a concorrer na obrigação somente deverão sê-lo caso o primeiro ou os primeiros obrigados, de fato e comprovadamente, não consigam suprir as necessidades básicas do alimentante.

Por exemplo, no caso do dever dos avós de prestar alimentos ao neto, situação que tem sido freqüente, eles devem apenas concorrer na obrigação se, mesmo ambos os pais arcando com o sustento de seus filhos, não tiverem condição suficiente de suprir as suas necessidades básicas.

Note-se que, nessa hipótese, deve haver prova inequívoca de que tanto o pai como a mãe colaboram (estes de forma solidária) no sustento dos filhos. Então, somente após ser comprovado que, mesmo assim, não atendem às necessidades básicas destes, sejam os avós chamados a concorrer de forma subsidiária e, obviamente, também dentro de suas possibilidades.

Noutro giro, tem-se que o artigo comentado contém uma contradição, pois, ao mesmo tempo que determina que, em havendo parentes do mesmo grau, todos devem concorrer na obrigação, dispõe, por outro lado, que, se apenas um deles for acionado, poderão os demais ser chamados a integrar a lide.

Ora, ao mesmo tempo que a lei impõe um dever – agir de todos, dispõe sobre a faculdade de alguns serem ou não chamados a concorrer na obrigação.

Dessarte, entendo que, se há parentes do mesmo grau que devem responder solidária e proporcionalmente, também na relação processual, devem figurar obrigatoriamente e não de forma facultativa, de modo que estaremos diante de um litisconsórcio necessário.

Tomando como base o exemplo mencionado, digamos que, na hipótese de serem demandados os avós paternos, os avós maternos, necessariamente, deverão integrar também o pólo passivo processual.

Com isso, penso que se tornará mais justa a divisão da responsabilidade, bem como se evitará o ajuizamento de ações de maneira leviana, como vem ocorrendo ultimamente.

Arts. 1.767 e 1.780: Curatela dos Interditos.

Francisco Roberto Machado: Juiz Federal no Ceará.

Pelo ainda vigente Código Civil¹, os psicopatas², os surdos-mudos sem educação que os habilite a enunciar precisamente sua vontade, os pródigos³ e os toxicômanos acometidos de perturbações mentais, pelo fato de se encontrarem, **permanentemente ou de modo duradouro**, impossibilitados de praticar, pessoalmente, atos da vida civil⁴, estão sujeitos ao instituto da curatela, uma vez interditados judicialmente.

A curatela dos interditos, portanto, sempre se destinou a proteger pessoas cuja incapacidade, **permanente ou duradoura**, não resultasse da idade⁵, tanto que, a rigor, não é providência cabível em relação a menores.⁶ É essa a lição da doutrina⁷ e da jurisprudência que, entretanto, deve ser entendida apenas em relação aos menores impúberes, porque já absolutamente incapazes. Se o caso é de menor púbere, cuja idade lhe garanta relativa capacidade, é possível sua interdição em estando ele, de fato, enquadrado nas hipóteses legais⁸, incluído aí o acometido de perturbações mentais pela dependência de substâncias entorpecentes (toxicômano), daí a legitimidade do tutor para promover a demanda (art. 1.177, I, CPC), de tal sorte que, decretada a interdição do menor púbere sem capacidade para exprimir sua vontade, torna-se ele absolutamente incapaz para exercer, pessoalmente, atos da vida civil.

O novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/1/2002), com vigência prevista para 1º de janeiro de 2003, inova o instituto da curatela, dando-lhe maior amplitude, a ponto de preencher situações não cogitadas no vetusto Código, preenchendo lacunas que a realidade da vida cotidiana impõe. Comparemos as redações no antigo e no novo Código, *verbis*:

CC/1916. Art. 446. *Estão sujeitos à curatela:*

I – Os loucos de todo o gênero (arts. 448, n. I, 450 e 457);

II – Os surdos-mudos sem educação que os habilite a enunciar precisamente a sua vontade (arts. 451 e 456);

III – Os pródigos.

1 Art. 5º c.c. art. 446, ambos do CC/1916. Dispõem também sobre o assunto: Dec. 24.559/34 e DL 891/38.

2 'Loucos de todo o gênero' segundo nomenclatura do Código Civil de 1916 (art. 5º, II).

3 Pessoa cujo comportamento anormal põe em perigo de ruína seu patrimônio, em prejuízo de sua família e herdeiros necessários.

4 Gerir sua pessoa e/ou administrar seus bens.

5 Incapacidade suprida pelos institutos da tutela e do pátrio poder (hoje 'poder familiar', segundo nomenclatura do novo Código Civil).

6 RT 720/111 e JTJ 174/707, apud CPC, Theotônio Negrão, 32ª ed. pág. 972, nota 1b ao art. 1.177.

7 Silvio Rodrigues citando Clóvis Beviláqua (in DIREITO CIVIL, vol. 6, Saraiva, 2002).

8 Psicopatas ou surdos-mudos sem capacidade de exprimir sua vontade.

CC/2002. Art. 1.767. *Estão sujeitos à curatela:*

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

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

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

IV – os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V – os pródigos.

A expressão 'loucos de todo o gênero' (art. 5º, CC/1916) já havia sido atualizada pela nomenclatura 'psicopatas' (doentes mentais) desde a vigência do Decreto-lei nº 24.559/34. Os juízes de família e os tribunais, portanto, há décadas, incluíam no conceito de psicopatas, além dos próprios deficientes mentais, os acometidos de perturbações mentais pela dependência de substâncias entorpecentes (toxicômanos) e até mesmo os excepcionais sem completo desenvolvimento mental, a ponto de sujeitá-los à interdição/curatela.

Perante os juízes de família, entretanto, são comuns pedidos de interdição/curatela sob o fundamento de se encontrarem algumas pessoas acometidas, v.g., 'de estado comatoso resultante de parada cardiorrespiratória', sem condições, durante tempo indefinido, para o exercício de atividades cotidianas, dentre as quais gerir sua pessoa e administrar seus bens.

Na atualidade, pessoas com tais problemas, porque não se encaixam nas hipóteses do art. 446 do vigente Código Civil, não podem ser interditadas e sujeitas à curatela. Pedidos desse jaez, portanto, têm sido indeferidos. Mas os familiares ficam com o sério problema de não poderem administrar os bens daqueles parentes acometidos de outra doença grave⁹ capaz de neutralizar, por tempo indefinido, sua capacidade de gerir sua pessoa e administrar seus bens.

É certo que alguns juízes de família, depois de reconhecerem que algumas pessoas, embora não se enquadrando nas hipóteses legais de sujeição à interdição/curatela (art. 446, CC/1916), encontram-se, por tempo indefinido, incapazes para a prática de atos da vida civil, adotam soluções inteligentes.¹⁰ Tome-se o caso de um marido em estado comatoso, alvo de parada cardíaca, sem condições de exercer, quotidianamente, os direitos e deveres que a lei lhe confere dentro da sociedade conjugal, no interesse do casal e dos filhos (art. 233, CC/1916). O juiz, verificando que o caso não seria de interdição/curatela¹¹, indeferiu a aludida pretensão. Mas adotou, no caso, solução que reputou mais conveniente: invocou o disposto no art. 245 do Código Civil (1916) e supriu o consentimento do marido para que sua mulher assumisse aquelas atribuições em proveito da família, durante o período indefinido em que o

9 Que não seja psicopatia ou toxicomania.

10 Sabe-se que, tratando-se de procedimento de jurisdição voluntária, é possível ao juiz adotar, em cada caso, a solução que reputar mais conveniente ou oportuna (art. 1.109, CPC), ainda que fora dos limites objetivos da demanda, sem que isso importe em malferimento ao princípio inscrito no art. 264 do CPC.

11 Porque o paciente não era doente mental, toxicômano, surdo-mudo ou pródigo.

varão permanecesse incapaz para a prática de atos de administração dos bens do casal.

Com o novo Código Civil, já não é necessária tamanha engenharia jurídica. É possível a interdição/curatela daquelas pessoas que, conquanto não sejam psicopatas ou toxicômanas, encontram-se, por qualquer outra causa duradoura, impossibilitadas de exprimir validamente sua vontade (art. 1.767, CC/2002), ainda que essa causa não tenha qualquer relação com deficiência mental, dependência tóxica, surdo-mudez ou prodigalidade.

O novo Código também inovou ao permitir a interdição/curatela dos ébrios habituais (art. 1.767) e do portador de deficiência física (art. 1.780). A curatela será limitada, como sempre o foi no caso dos pródigos, à administração total ou parcial dos bens do curatelado, ressalvada sua plena capacidade de gerir sua pessoa.

O texto do art. 1.767 do novo Código não primou por boa técnica. Bastaria, com melhor redação, fundir os incisos I, III e IV daquele comando normativo a ponto de permitir a interdição/curatela do excepcional ou portador de psicopatia, resultante ou não de dependência tóxica, desde que demonstrada a incapacidade absoluta ou relativa para os atos da vida civil, no último caso mantida a previsão de fixação dos limites da curatela. De resto, manter-se-ia a hipótese dos pródigos, a rigor historicamente já permitida, sem prejuízo das três melhores e oportunas inovações do novo diploma: a que permite a interdição/curatela dos 'ébrios habituais', 'daqueles que, por **qualquer outra causa duradoura, não puderem exprimir sua vontade**' (inciso **II**)¹² e dos 'portadores de deficiência física que não puderem cuidar de todos ou alguns de seus negócios' (art. 1.780, CC/2002).

12 Note-se que essa hipótese, além de resolver diversas questões até então sem solução no Código de 1916, especialmente de pacientes em estado de coma sem previsão médica de retorno, terminou abrangendo o problema dos surdos-mudos sem educação que os habilite a enunciar precisamente sua vontade, não repetida expressamente na atual redação.

Arts. 1.694 e 1.700: É viável a propositura de ação de alimentos em face de espólio, uma vez que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, devendo estes ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e das forças da herança.

Marianne Júdice de Mattos Farina: Juíza do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

JUSTIFICATIVA

O Código Civil de 1916 dispõe, em seu art. 402, que a obrigação alimentar não se transmite aos herdeiros, dando ênfase, assim, ao caráter personalíssimo dessa obrigação.

Posteriormente, a Lei de Divórcio, em seu art. 23, previu que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros na forma do art. 1.796 do Código Civil.

Tratando o art. 1.796 da responsabilidade pelas dívidas do falecido até as forças da herança, alguns tribunais passaram a dar interpretação ao art. 23 da Lei de Divórcio no sentido de que a norma seria aplicada somente com relação às dívidas de alimentos já constituídas até a data do falecimento do alimentante. Outros, no entanto, entenderam revogado tacitamente o art. 402 do Código Civil, admitindo a propositura de ação de alimentos em face de espólio, evidentemente enquanto suportar a herança.

O novo Código Civil tratou de esclarecer tal desentendimento ao prever expressamente em seu art. 1.700:

A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.

Não fez o legislador qualquer referência ao direito sucessório no sentido de vincular à obrigação alimentar as parcelas vencidas e não pagas. Assim, entendo que ficou esclarecida a dúvida surgida com a vigência da Lei nº 6.515/77, restando indiscutível a possibilidade de ser proposta ação de alimentos em face de espólio.

Parece-me evidente ainda que, efetivada a partilha, não há mais que se falar em alimentos, salvo na possibilidade de os parentes pedirem alimentos uns dos outros na forma do art. 1.694, excluindo, assim, obrigação alimentar de eventual cônjuge sobrevivente quanto aos filhos do falecido.

Questão tormentosa a ser resolvida ainda no campo do direito sucessório será a invasão da legítima dos demais herdeiros em virtude dos alimentos fixados em desfavor do espólio.

Art. 1.831: O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei nº 9.278/96, seja por haver a interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, e 226, *caput*, da CF/88.

Gustavo Tepedino: Procurador Regional da República da 2ª Região.

Ana Luíza Nevares: Advogada e Professora da Universidade Estácio de Sá – RJ.

JUSTIFICATIVA

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, ao determinar que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, adotou concepção pluralista, estabelecendo, exemplificativamente, mais de um modo de constituição da família, a saber, o casamento, a união estável entre um homem e uma mulher e as comunidades formadas por qualquer dos pais e seus descendentes.

Essa concepção pluralista de família rompe com o modelo exclusivamente fundado no matrimônio, consagrado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Civil de 1916. Neste, a família devia manter-se formalmente coesa, como uma unidade que se legitimava por si mesma, pelo simples fato de ter sido constituída pelo casamento. Nessa ótica, justificava-se o afastamento de toda e qualquer situação que pudesse abalar a chamada paz doméstica. Assim, originariamente, o marido era o chefe da sociedade conjugal, impedia-se o reconhecimento dos filhos ilegítimos e o casamento era indissolúvel, devendo manter-se o vínculo conjugal mesmo quando já não existisse vida afetiva entre os cônjuges.

O modelo codificado foi radicalmente alterado com a emancipação da mulher casada, a permissão do reconhecimento dos filhos nascidos fora do casamento, especialmente dos adulterinos, e a possibilidade de dissolver-se o matrimônio pelo divórcio. Percebe-se que a própria noção de família modificou-se profundamente, deslocando-se a proteção antes conferida à instituição familiar, em si considerada, para os membros que a compõem, valorizando o elemento pessoal na entidade familiar.

É o que determina a Constituição Federal em seu art. 226, § 8º, estabelecendo que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, em consonância com a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, disposta no inciso III do art. 1º da Carta Maior.

Uma vez reconhecida a união estável como entidade familiar, direitos e deveres foram conferidos aos conviventes a partir das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96. "Tais direitos decorrem, diretamente, do *status* de família, conferido pela Constituição Federal" (Luiz Edson Fachin & Carlos Eduardo Pianovsky Ruzyk, "Um Projeto de Código Civil

na contramão da Constituição”, *in Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 4, p. 250).

Entre os direitos conferidos aos companheiros, está o direito real de habitação, disposto no art. 7º, parágrafo único da Lei 9278/96, omitido no Código Civil de 2002.

Imaginar que o Código Civil de 2002 pretendeu suprimir o direito real de habitação aos companheiros encerraria uma injustificável discriminação, uma vez que se encontra tutelada a moradia do consorte supérstite, direito constitucionalmente garantido no art. 6º, *caput*, da Lei Maior. Trata-se, portanto, de mecanismo de proteção aos membros da família, atendendo ao disposto no art. 226, § 8º, da Constituição.

Dessa maneira, para evitar o tratamento desigual entre aqueles que vivem em união estável e no casamento, especialmente no tocante a direitos que traduzem a proteção do estado à família, é de se considerar em vigor o art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, por não ser incompatível com as disposições do novo Código. Aliás, o Código Civil de 2002 não revoga expressamente a mencionada lei e o art. 9º da Lei Complementar nº 95/98, ao dispor sobre “a elaboração, a redação, alteração e a consolidação das leis”, conforme determina o parágrafo único da Constituição Federal, determina expressamente que, “quando necessária a cláusula de revogação, esta deverá indicar expressamente as leis ou disposições legais revogadas”. Tampouco regulou o Código inteiramente a matéria contemplada pela Lei nº 9.278/96, que implicaria a sua revogação, nos termos do art. 2º, § 1º, a Lei de Introdução – justamente por não ter disciplinado o direito real em questão.

De todo modo, mesmo que se considerasse a Lei nº 9.278/96 revogada tacitamente pelo Código Civil de 2002, poder-se-ia aplicar à união estável o art. 1.831 do novo Código, a partir do recurso à analogia (LICC, art. 4º), em virtude da existência da mesma *ratio legis*. Sem dúvida, a razão que levou o legislador a prever o direito real de habitação para o casamento está presente na união estável, uma vez que em ambas está presente a comunhão espiritual e de vida entre os consortes e a solidariedade que informa os laços familiares.

Não pode haver maior proteção à moradia, direito social constitucionalmente tutelado, para uma pessoa em detrimento de outra em razão da escolha da forma de constituição de família.

Art. 1.967: A inovadora condição de herdeiro necessário, dispensada pelo novo Código Civil ao cônjuge sobrevivente, impõe, na hipótese em que o testador não possua descendentes nem ascendentes, a aplicação da regra constante do referido artigo, *caput* e § 1º, ao testamento consolidado sob os auspícios do antigo Código.

Giovanna Teixeira de Souza: Advogada da União no Distrito Federal.

JUSTIFICATIVA

O advento do novel Código Civil, no capítulo que disciplina a ordem da vocação hereditária, inovou, na esteira do que já vinha sendo proclamado pela doutrina como o mais acertado, quanto à posição ocupada pelo cônjuge sobrevivente na sucessão legítima. Ademais, a par de conferir maior proteção ao consorte supérstite, o novo Código Civil atribuiu-lhe a condição de herdeiro necessário (art. 1.845), diversamente do que proclama o Código Civil ainda em vigor, de acordo com o qual o cônjuge sobrevivente é mero herdeiro facultativo, podendo, por essa razão, ser afastado da sucessão pela via testamentária.

Por sua vez, o novo Código Civil, ao disciplinar a sucessão testamentária, asseverou – tal como ocorre no antigo Código – que, em relação a ela, vigora o princípio da liberdade relativa de testar – § 1º do art. 1.857 do novo Código Civil –, cujo escopo a ser alcançado, por meio da sua aplicação, é a preservação da legítima dos herdeiros. Com efeito, a regra contida no § 1º do art. 1.857 traduz a imposição de limites concernentes à disponibilidade dos bens por parte do testador sempre que houver herdeiros necessários capazes para suceder.

Sob o prisma de tais assertivas e sendo certo, ainda, que a sucessão e a legitimação para suceder são reguladas pela lei vigente à época da abertura da sucessão (art. 1.787 do novo Código), é que surge a questão que ora se coloca: a de um testamento levado a cabo antes da vigência do novo Código Civil – considerada a inexistência de descendentes e ascendentes – diante da nova sistemática estabelecida, a qual erige o cônjuge sobrevivente à classe dos herdeiros necessários.

Ora, uma vez que ainda está em vigor o antigo Código, o testador, na hipótese em comento, pode dispor de todo o seu acervo patrimonial como bem entender, podendo, no entanto, desde que essa seja a sua última vontade, contemplar o seu consorte no testamento. Isso é assim, pois o cônjuge sobrevivente, até a entrada em vigor do novo Código Civil, não possui o *status* de herdeiro necessário, tendo apenas, em consonância com o diploma civil vigente, direito à meação – que, como sabido, não constitui herança – acaso o regime de bens escolhido albergue o referido instituto.

Deve-se ter em mente, então, que, vindo a falecer o autor da herança depois de revogado o antigo Código, a realização de sua última vontade exteriorizada pelo testamento deixado não poderá ser atendida, pois desconsiderada a nova previsão do Código Civil que enquadra o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários.

Certamente o testador, ao lançar mão da liberalidade que, na hipótese ora tratada, dispunha amplamente, pois, em consonância com o Código em vigor, poderia dispor de todos os seus bens, adentrou totalmente a legítima do cônjuge sobrevivente, contrariando, nesse aspecto, o diploma civil.

Cumpra assinalar que, em atenção ao princípio da liberdade relativa de testar, o art. 1.967 do novo Código Civil disciplina mecanismo cuja finalidade é propiciar o ajuste das disposições testamentárias no sentido de reduzi-las sempre que, em alguma medida, compreendam a legítima dos herdeiros. Como se vê, o art. 1.967 não se presta para reger as hipóteses em que a legítima dos herdeiros nem de longe foi observada.

Isso é verdade: a uma, porque o § 2º do precitado dispositivo traz a possibilidade de o próprio testador prevenir o caso dispondo sobre como será feita a redução das disposições testamentárias, a implicar a afirmação de que, nesse caso, houve respeito à legítima, no entanto não se sabe ao certo se em sua totalidade; a duas, porque o testador, ciente de que, na sua quota disponível, não se inclui a legítima dos herdeiros necessários, pois regra que já vige nos dias de hoje, pode até incorrer em erro quanto à sua delimitação, porém não ousaria fazer testamento sem observar a legítima dos herdeiros necessários conhecidos na ocasião, a não ser deliberadamente de má-fé.

Em que pese o aparente enquadramento da hipótese em tela ao art. 1.974 do novo Código Civil – “rompe-se também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários” –, afastada está sua aplicação, sobretudo porque seus efeitos não atenderiam aos reclamos da sucessão testamentária, os quais propugnam seja preservada, ainda que minimamente, a última vontade do testador, impondo-se a observância do art. 1.967, *caput* e § 1º, do novo Código Civil, ao caso ora comentado.

É forçoso concluir, portanto, que, malgrado as considerações supra acerca do art. 1.967 e mesmo não sendo a hipótese aqui vislumbrada aquela que o mencionado dispositivo pretende regular, deve o aplicador do direito – ponderada a proteção conferida pelo novo Código Civil ao cônjuge sobrevivente – valer-se dele no caso proposto, a fim de conferir legitimidade ao cônjuge sobrevivente para, na condição de herdeiro necessário, ajuizar ação por meio da qual poderá pleitear a redução das disposições testamentárias, observado o § 1º do art. 1.967, tendo em vista assegurar o seu direito à herança.

Art. 2.004: A colação será efetuada com base no valor da época da doação, exclusivamente na hipótese em que o bem doado já não mais pertença ao patrimônio do donatário. Se, ao contrário, o bem ainda integrar seu patrimônio, a colação se fará com base no valor do bem na época da abertura da sucessão nos termos do art. 1.014 do CPC, evitando-se o enriquecimento sem causa e de modo a preservar a quantia que efetivamente integrará a legítima quando esta se constituir, ou seja, a data do óbito. Eis o resultado da interpretação sistemática do art. 2.004 e seus parágrafos, juntamente com os arts. 1.832 e 884 do Código Civil.

Gustavo Tepedino: Procurador Regional da República da 2ª Região.

Rose Vencelau: Advogada no Rio de Janeiro.

JUSTIFICATIVA

Art. 2.004. O valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade.

§ 1º Se do ato de doação não constar valor certo, nem houver estimação feita naquela época, os bens serão conferidos na partilha pelo que então se calcular valessem ao tempo da liberalidade.

§ 2º Só o valor dos bens doados entrará em colação; não assim o das benfeitorias acrescidas, as quais pertencerão ao herdeiro donatário, correndo também à conta deste os rendimentos ou lucros, assim como os danos e perdas que eles sofrerem.

O sistema da colação pelo valor dos bens à época da liberalidade, previsto no art. 1.792 do CC de 1916, foi revogado pelo art. 1.014 do CPC, segundo o qual o montante levado à colação seria calculado pelo valor dos bens doados ao tempo da morte do autor da herança (TJSP, julg. 26.2.1981, RT 550/79; TJRJ, RT 503/190; TJSP, RT 471/70; STF, RF 250/164).

O CC de 2002 retornou parcialmente ao sistema anterior, considerando o valor dos bens ao tempo da doação. É assim também para se calcular a nulidade da doação feita a quem não seja descendente, cônjuge ou companheiro, não sendo possível ultrapassar a parte disponível no momento da doação (v. art. 549). Justifica-se esse critério para preservar a integralidade da metade indisponível, atingida pela liberalidade, no mesmo momento em que se dá a liberalidade. Porém a doação feita a descendente, cônjuge ou companheiro é adiantamento da legítima a que têm direito *exclusivamente* por ocasião da *morte do doador*. Por conseguinte, os bens doados são conferidos após o óbito do doador, a fim de que seja alcançada a proporção estabelecida para as legítimas. O momento para a definição de valores é o da abertura da sucessão, porque só então se pode dizer que há herança, parte disponível e legítima.

O *caput* do art. 2.004 se refere à conferência dos bens doados pelo seu valor na data da liberalidade, que poderia ferir o princípio da igualdade na hipótese de

variação espontânea do bem até a data do óbito, momento da apuração das legítimas. Para que o critério adotado pelo CC não seja causador de desigualdade, caracterizando o enriquecimento sem causa, é de se interpretar o dispositivo teleologicamente e sistematicamente. Aplica-se o dispositivo em sua literalidade na hipótese em que o bem não mais pertence ao donatário. Se, ao contrário, o donatário ainda é dono do bem na época da abertura da sucessão, o preceito deve ser interpretado sistematicamente. O valor para efeito de colação será o da época do óbito, ressalvada efetivamente a valorização provocada por benfeitorias acrescidas, de que trata o § 2º do dispositivo sob exame. Dessa forma, respeita-se a igualdade dos quinhões (Paulo Cezar Carneiro, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 153). Evita-se, assim, o enriquecimento sem causa (v. art. 884). Afinal, se o bem doado, mantendo-se no patrimônio do donatário, valoriza-se e é colacionado o valor que detinha no momento da liberalidade, o donatário que recebeu o bem como adiantamento da legítima se enriquece sem justa causa às custas dos outros herdeiros, desrespeitando-se a proporção legalmente estabelecida (v. art. 1.829 e ss.). Da mesma forma, se o bem doado se desvaloriza e é colacionado o valor que possuía no momento da doação, são os outros herdeiros que, sem justa causa, enriquecem à custa do donatário, ficando efetivamente com uma parcela maior, embora a doação seja adiantamento da mesma legítima.

Portanto a colação com base no valor corrente no momento da liberalidade apenas atende à finalidade do instituto se não houver variação alguma entre o valor constante na data da doação e do óbito. Do contrário, haverá enriquecimento sem (justa) causa do donatário ou dos demais herdeiros, frustrando-se inteiramente o intento da colação, que é garantir a igualdade das legítimas, respeitando-se a proporção estabelecida quando concorrerem descendentes e cônjuge ou companheiro.

Direito de Família e Sucessões: Os dispositivos do Código Civil de 2002 que, a pretexto de adequação do nosso Código às alterações do Direito de Família introduzidas por leis extravagantes posteriores à Constituição de 1988, foram unilateralmente introduzidos pela Câmara dos Deputados após a devolução a ela do projeto aprovado pelo Senado são inconstitucionais por violarem o princípio da bicameralidade, constante do art. 65 da CF/88.

Flávio Roberto de Souza: Juiz Federal no Rio de Janeiro.

Novo Código Civil: Direito de Família.

Raymundo Cantuária: Juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

As questões pertinentes à genética, nelas incluídas as relativas à reprogramação, devem ser objeto de estatuto próprio. Ao Código Civil fica reservado o disciplinamento de temas relativos ao Direito de Família com sentido estrito, isto é, aqueles envolvidos com as instituições familiares em si e os que são de ordem pública. É exemplo daqueles o princípio que limita o exercício do direito das partes segundo a sua vontade. No plano do Direito de Família, o voluntarismo, que tanto significa para o direito obrigacional, fica colocado em plano secundário, como decorrência de um princípio fundamental, isto é, um daqueles princípios sobre os quais se estabelece a organização social. Daí porque são esses princípios fundamentais que devem integrar o *corpus civilis*; é descabido nele introduzir regras de outra natureza que, dentro de uma técnica legislativa mais adequada, devem ser tratadas em outro diploma legal apropriado.