

# III JORNADA DE DIREITO CIVIL



# III Jornada de Direito Civil

[Composição do CJF](#)

[Expediente](#)

[Sumário](#)

## COMPOSIÇÃO DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ministro EDSON Carvalho VIDIGAL  
Presidente

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO Teixeira  
Vice-Presidente

Ministro JOSÉ ARNALDO da Fonseca  
Coordenador-Geral da Justiça Federal,  
Diretor do Centro de Estudos Judiciários e  
Presidente da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos  
Juizados Especiais Federais

Ministro JOSÉ Augusto DELGADO  
Ministro FERNANDO GONÇALVES  
Desembargador Federal ALOÍSIO PALMEIRA Lima  
Desembargador Federal FREDERICO José Leite GUEIROS  
Desembargadora Federal DIVA Prestes Marcondes MALERBI  
Desembargador Federal NYLSON PAIM DE ABREU  
Desembargador Federal FRANCISCO de Queiroz Bezerra CAVALCANTI  
Membros Efetivos

Ministro FELIX FISCHER  
Ministro ALDIR Guimarães PASSARINHO Jr.  
Ministro GILSON Langaro DIPP  
Desembargador Federal MÁRIO CÉSAR RIBEIRO  
Desembargador Federal José Eduardo CARREIRA ALVIM  
Desembargador Federal Paulo Octávio BAPTISTA PEREIRA  
Desembargadora Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA  
Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Membros Suplentes

Ney Natal de Andrade Coelho  
Secretário-Geral.

## **COORDENADOR CIENTÍFICO DO EVENTO**

Ruy Rosado de Aguiar Júnior – Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

## **EDITORAÇÃO E REVISÃO**

Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídicas do Centro de Estudos Judiciários – SPI/CEJ

*Neide Alves Dias De Sordi* – Secretária

*Milra de Lucena Machado Amorim* – Subsecretária de Divulgação e Editoração da SPI/CEJ

*Lucinda Siqueira Chaves* – Diretora da Divisão de Editoração da SPI/CEJ

*Ariane Emílio Kloth* – Chefe da Seção de Edição de Textos da SPI/CEJ

*Maria Dalva Limeira de Araújo* – Chefe da Seção de Revisão de Textos da SPI/CEJ

## **CAPA E DIAGRAMAÇÃO**

*Alice Zilda Dalben Siqueira* – Servidora da Divisão de Divulgação Institucional da SPI/CEJ

## **ILUSTRAÇÃO DA CAPA**

*Mônica Antunes*

## **NOTAS TAQUIGRÁFICAS**

Subsecretaria de Taquigrafia do Superior Tribunal de Justiça

## **IMPRESSÃO**

Coordenadoria de Serviços Gráficos do Conselho da Justiça Federal

*Luiz Alberto Dantas de Carvalho* – Coordenador

J82 Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy  
Rosado de Aguiar Jr. – Brasília : CJP, 2005.

508 p.

ISBN 85-85572-80-9

1. Código civil, 2002 2. Código civil – Enunciados 3.  
Direito das obrigações 4. Responsabilidade civil 5. Direito  
de empresa 6. Direito das coisas 7. Direito de família 8.  
Sucessões.

CDU: 347

Copyright © Conselho da Justiça Federal – 2005

ISBN 85-85572-80-9

Tiragem: 4.000 exemplares.

Impresso no Brasil.

É autorizada a reprodução parcial ou total desde que indicada a fonte.

As opiniões expressas pelos autores não refletem necessariamente a posição do Conselho da Justiça Federal.

# SUMÁRIO

- 1 **Apresentação**
- 2 **Conferência inaugural**  
José Carlos Moreira Alves
- 3 **Conferência de encerramento**  
José de Oliveira Ascensão
- 4 **Enunciados aprovados**
  - 4.1 Parte Geral
  - 4.2 Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil
  - 4.3 Direito de Empresa
  - 4.4 Direito das Coisas
  - 4.5 Direito de Família e Sucessões
- 5 **Enunciados apresentados**
  - 5.1 Parte Geral
  - 5.2 Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil
  - 5.3 Direito de Empresa
  - 5.4 Direito das Coisas
  - 5.5 Direito de Família e Sucessões

6 **Comissões**

7 **Índices**

7.1 Índice de artigos

7.2 Índice de assunto

7.3 Índice de autor

8 **Anexo**

Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil

## APRESENTAÇÃO

---

O Conselho da Justiça Federal, pelo Centro de Estudos Judiciários, tem na sua programação realizar, a cada dois anos, encontro nacional de juristas dedicados ao estudo do Direito Civil, com a finalidade de debater as disposições do novo Código Civil. Esse diploma, que está sendo objeto de maiores e mais acesas discussões agora, depois da sua promulgação, do que durante a tramitação do Projeto, trouxe profundas modificações no nosso ordenamento jurídico privado. Por isso, a conveniência do encontro de professores de diversas Faculdades de Direito do País, magistrados da Justiça Federal e da Justiça Estadual, promotores, procuradores, defensores e advogados, para o amplo debate das questões controvertidas.

A fim de dar sentido prático ao evento e assegurar a sua eficácia como instrumento auxiliar na prática forense e no estudo acadêmico, adotou-se o método já obedecido na Primeira Jornada, realizada em 2002: previamente, recolher dos participantes proposições articuladas, com breve justificativa, e depois submetê-las a discussão e votação nas comissões temáticas, em número de quatro: Parte Geral e Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil, Direito de Empresa e Direito de Família e Sucessões.

Os enunciados aprovados constituem um indicativo para a interpretação do Código Civil, estando todos diretamente relacionados a um artigo de lei, e significam o entendimento majoritário das respectivas comissões, nem sempre correspondendo à proposição apresentada pelo congressista. Também não expressam o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nem do Conselho da Justiça Federal, que é apenas o órgão promotor e patrocinador do evento.

A Terceira Jornada de Direito Civil aconteceu em Brasília, nos dias 1º a 3 de dezembro de 2004, e contou com a participação de 101 juristas, mas as sessões, instaladas na sede do Conselho da Justiça Federal, eram reservadas aos inscritos.

Foram realizadas duas sessões magnas, abertas ao público, no auditório do Superior Tribunal de Justiça. Na instalação, proferiu conferência o Ministro José Carlos Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal e membro da Comissão que redigiu o Projeto do Código Civil. O encerramento contou com a conferência do Professor José de Oliveira Ascensão, da Universidade de Lisboa. Essas sessões foram presididas pelo Ministro Edson Vidigal, Presidente do Superior Tribunal Justiça e do Conselho da Justiça Federal, e pelo Ministro Ari Pargendler, Coordenador da Justiça Federal e do Centro de Estudos Judiciários.

Foram aprovados 133 novos enunciados, de números 138 a 271, sobre os diversos temas abordados nas comissões. Algumas poucas dessas conclusões implicaram alteração das aprovadas na Primeira Jornada (a Segunda Jornada não aprovou enunciados), assim

como está indicado no início do n. 4, adiante. Os enunciados já foram amplamente divulgados, abrindo-se agora a oportunidade de reuni-los e publicá-los, juntamente com as proposições e suas justificativas.

É preciso deixar consignado o agradecimento a todos os que participaram do evento, colaborando como conferencistas, autores de proposições, presidentes e relatores de comissões, secretários e componentes de grupos de apoio. São juristas eminentes, a quem muito deve a ciência jurídica nacional. Estamos todos convencidos de que o trabalho servirá como instrumento útil para o estudo e a aplicação do Direito Civil, apesar de suas imperfeições e da natural discordância a respeito das matérias versadas nas proposições.

Brasília, 3 de novembro de 2005.

*Ruy Rosado de Aguiar Júnior*

## 2 Conferência Inaugural

---

## ASPECTOS GERAIS DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

**JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES**

*Ministro do Supremo Tribunal Federal*

No momento que estamos vivendo, vêm-me à mente as palavras, que considero das mais sensatas, de um grande comercialista italiano – Archangelli, que, em 1935, aludindo a Código Civil, dizia que este, quando nasce, em geral nasce com vários defeitos, mas é ele o produto de estudos que se fizeram para reformular o que havia anteriormente, e, por isso mesmo, sofreu, já antes da sua promulgação, uma série de críticas no sentido de inviabilizar o seu nascimento. Nascido, apresenta, certamente, vários defeitos.

Sem dúvida alguma, é o Direito Civil o ramo mais complexo do Direito. Por isso mesmo o Código Civil é o código mais complexo dentre os códigos. Portanto, quando se fala em descodificação, o que se quer descodificar talvez seja, justamente, o Direito Civil. Ninguém quer descodificar o Código Penal e, tampouco, os códigos de processo. Mas, quando se trata de Código Civil, se é micro-sistema, vamos descodificar. Não estamos mais em época de codificação dessa natureza. Todo Código Civil nasce com vários defeitos e, a pouco e pouco, dizia Archangelli, a doutrina e a jurisprudência começam a aparar as arestas que se apresentam, ora lendo o que não está escrito, ora deixando de ler o que está escrito, e, aos poucos, o Código vai melhorando. No final de certo tempo, já se considera ser um bom código. E, mais adiante, quando se pensa em reformulá-lo, aqueles que o atacaram impiedosamente, quando ainda era projeto, dizem: Para quê? Ele é tão bom! Por que não continua?

Já passamos da primeira etapa dessa progressão salientada por Archangelli, que corresponde aos ataques à idéia de reformulação do nosso Código de 1916, invocando-se, a princípio, a tendência à descodificação. Aludia-se à idéia que surgiu na Itália em 1978, com Irti, que ficou muito impressionado com o número de leis extravagantes que havia na Itália, diante da circunstância de que se considerava, na época, que o que dava unidade e estabilidade ao ordenamento jurídico, inclusive ao ordenamento jurídico privado, era a Constituição italiana de 1947.

Em 1992, e, posteriormente, em 1995, ele chegou à conclusão de que a crise da Constituição italiana era de tal ordem que verificara que o que realmente dava estabilidade às relações entre os particulares era justamente o velho Código de 1942, não só pela sua técnica, mas pelos princípios que se mantinham estáveis, em contraposição às incertezas, às discussões, às críticas ao próprio texto constitucional.

No Brasil surgiu, de pronto, contra a reforma do Código Civil brasileiro, a questão da descodificação, em primeiro lugar; em seguida, considerou-se – e isso já ocorreu durante a tramitação do projeto de Código Civil pelo Congresso Nacional – a particularidade da demora na tramitação. Já nos encontrávamos diante de um projeto envelhecido, incompleto, que não tratava das grandes inovações que o mundo moderno apresentava as quais, por conseguinte, deveriam estar disciplinadas nele, tendo em vista que aquilo caracterizava a modernidade. Com isso dizia-se ser um projeto envelhecido e absolutamente incompleto.

Em regime democrático, é muito difícil um Código ter uma tramitação rápida nos parlamentos. Isso se observa com o *BGB* (o Código Civil alemão), o Código Civil italiano e o Código Civil português de 1967, porque nenhum desses contou com Napoleão Bonaparte. Não fora ele, obviamente a França não teria, em 1804, o seu Código Civil francês, sua maior glória. Realmente Napoleão prestou-lhe uma colaboração decisiva, pois foi quem presidiu as inúmeras reuniões com aqueles que tinham elaborado o anteprojeto. Em consequência, por atuação dele, o Código foi promulgado com relativa rapidez.

Muitos não sabem que a Teoria do Casamento Inexistente surgiu por conta de uma observação de Napoleão em uma dessas reuniões, ao se discutir que, em matéria de casamento, não eram admitidas nulidades virtuais; por conseguinte, as nulidades teriam de ser textuais, expressas. Nesse momento, ele fez esta indagação: e se um homem unir-se a outro homem, isso é casamento? Pela primeira vez surgiu a idéia de que isso não era problema de nulidade, mas sim algo contra a natureza mesma do casamento. Pouco depois, em 1807, surgiu uma obra em 4 volumes, um tratado sobre Direito Civil francês, em face do Código Civil da França, em que o autor (alemão) construiu a doutrina jurídica do casamento inexistente. Depois surgiram estudos com mais intensidade a respeito da inexistência dos negócios jurídicos em geral.

Essas tramitações longas ocorrem, usualmente, em regimes democráticos, quando não há imposição de força para se elaborarem leis com rapidez, principalmente quando se trata de um Código altamente complexo, como o é o Código Civil. Ao examinarmos o problema da tramitação, verificaremos que houve, por duas vezes, uma verdadeira tragédia nessa matéria. Com referência ao Código de 1916, todos estamos absolutamente cientes de que, tendo sido ele encaminhado ao Congresso Nacional por volta de 1900, só veio a ser promulgado em 1916, principalmente porque, no Senado Federal, houve aquela célebre discussão gramatical entre Rui Barbosa e Ernesto Carneiro Ribeiro, em que se discutiu muito mais gramática do que propriamente Direito. O Senador Rui Barbosa, encarregado de dar seu parecer jurídico, fez longos estudos de natureza gramatical, e o referido parecer só foi publicado em 1965, pela Casa de

Rui Barbosa, em um volume de mais de 700 páginas, tendo chegado à análise apenas dos arts. 1º a 20, de um total de 1.807.

Essa foi a causa principal da demora na tramitação do Código de 1916. O novo Código Civil brasileiro, depois de encaminhado o projeto em 1975, só foi aprovado em 1984 pela Câmara; daí seguiu para o Senado, onde ficou totalmente parado, a ponto de ser arquivado, e não fossem a dedicação e a vontade política do Senador Nelson Carneiro, o projeto teria fenecido nos arquivos do Senado. Mesmo depois de novamente vir à tona, para efeito de continuar sua tramitação naquela Casa, só com a designação do Senador Josafah Marinho – no final da década de 90 – foi examinado pelo Senado, e a tramitação ocorreu rapidamente. O Senador Josafah Marinho, depois de uma longa análise no sentido de aprimorar, no possível, o projeto que vinha da Câmara, deparou-se com a circunstância de que, depois da aprovação do projeto na Câmara dos Deputados, em sua primeira passagem (1984), em 1988 era promulgada a Constituição da República, que representou, principalmente em matéria de família, uma verdadeira revolução no Direito brasileiro, precedida da Emenda Constitucional n. 8, de 1977, à Constituição de 1969, em que se revogara o princípio da indissolubilidade do casamento e se estabeleceu um dispositivo no sentido de que o casamento, necessariamente, não poderia ser indissolúvel.

Em geral, a indissolubilidade se explica que conste em uma Constituição, mas ter necessariamente de ser dissolúvel não é hipótese muito comum em texto constitucional. Já aí vinha um problema sério – a dissolução da sociedade conjugal e do vínculo conjugal pelo divórcio. Conseqüentemente, houve modificações importantes que se refletiram no projeto aprovado na Câmara dos Deputados.

Com a Constituição de 1988, a situação se complicou muito mais, dado que, em matéria de família, houve uma verdadeira revolução no nosso Direito, e uma revolução que se estabeleceu, primeiro, em um princípio que não era tão revolucionário, porque caminávamos para isto: o da igualdade dos cônjuges, e, segundo, em outro princípio, esse, sim, revolucionário, que era a união estável como entidade familiar, diferentemente do concubinato, que era disciplinado na área do Direito das Obrigações. Até hoje não entendi a razão de ser desse dispositivo, a chamada “entidade familiar monoparental”, porque ninguém no mundo tem dúvida de que, seja o pai solteiro, seja viúvo, os seus filhos são uma família, e família em sentido estrito. Assim que li isso na Constituição, pensei, logo, que a intenção teria sido a de obter um empréstimo mais rápido na Caixa Econômica Federal, porque, na minha opinião, não havia outra razão para que assim se dispusesse na Carta Magna. A igualdade dos filhos, até então filhos legítimos e ilegítimos, fossem naturais, adulterinos ou incestuosos, já era uma tendência que se observava no nosso Direito.

Com relação aos filhos adotivos, quaisquer que fossem as espécies de adoção, ou seja, sem levar em consideração a distinção entre adoção estrita e adoção

plena, que, no nosso Direito, começou a ser chamada de “legitimação adotiva” e seguia a orientação do Direito francês, passávamos, de uma hora para outra, a uma igualdade dos filhos. Dessa forma, todas as adoções tornavam-se plenas, e com uma gravidade: na véspera da promulgação, o filho adotivo tinha direitos bastante restritos, e direitos de natureza principalmente patrimonial entre adotado e adotante, e, já no dia seguinte, era considerado filho para todos os efeitos. Foi essa, pelo menos, a orientação do Supremo Tribunal Federal, quando surgiu o problema de saber se a adoção só podia ser plena ou se continuava a poder bifurcar-se em plena e restrita.

Essas modificações que decorreram dos arts. 226 e 227 da Constituição levaram o Senador Josafah Marinho, num trabalho hercúleo e praticamente solitário, a fazer adaptações, razão por que, quando foi aprovado no Senado – quase por aclamação –, o projeto foi remetido novamente à Câmara para a segunda passagem, apenas para que fossem examinadas as alterações sofridas no Senado Federal. Houve, inclusive, a necessidade de o Relator Geral na Câmara dos Deputados, Deputado Ricardo Fiúza, obter uma modificação do Regimento do Congresso Nacional para permitir que se introduzissem inovações, principalmente na área do Direito de Família, que não seriam possíveis pelo Regimento anterior. Dessa forma, o projeto retornaria ao Senado Federal para que aquele órgão se manifestasse a respeito de tais inovações e, em seguida, retornaria à Câmara dos Deputados. Houve uma grande reformulação, e, por mais atenção que se tivesse, obviamente, é muito difícil, em um espaço de tempo não muito dilatado, fazer uma modificação dessa natureza, razão pela qual há problemas sérios, pelo fato de que tais mudanças ocorreram, muitas vezes, com premência de tempo.

Esse projeto envelheceu em termos, pois a Comissão designada em 1969 para elaborar o anteprojeto, que teve como supervisor o Professor Miguel Reale, recebeu duas orientações do governo até o seu envio ao Congresso Nacional, em 1975: em primeiro lugar, manter tudo aquilo que ainda continuasse válido no Código de 1916, e, em segundo, inovar, ou seja, modernizá-lo; não visando à futuridade, criando normas sem que houvesse uma experiência para sua aplicação, mas modernizá-lo em face de um Código que, embora promulgado em 1916, na realidade, era fruto do século XIX, uma vez que o seu projeto fora elaborado no segundo semestre de 1899 e era, portanto, imbuído de toda uma filosofia individualista que reinava naquela época. Logo, essa modernização deveria considerar as conquistas da doutrina e da jurisprudência que atualizassem o que vinha de 1916, mas que, na verdade, remontava a 1899, portanto ao século XIX. Por isso, já naquele projeto de 1975, encontramos princípios que não são evidentemente obsoletos. Aqui mesmo foi salientada uma figura que havia no Direito Comercial brasileiro – a boa-fé. No entanto, os comercialistas não sabiam de sua existência, pelo menos nunca encontrei nenhum comercialista antigo que tivesse dito que o art. 161, que trata da interpretação, constava do Código Comercial de 1850,

o qual estabelecia um preceito relativo à observância da boa-fé na interpretação dos contratos. Evidentemente, tratava-se de boa-fé objetiva, porque ninguém interpretará contrato pela boa-fé subjetiva de uma das partes. O dispositivo passou inteiramente sem o exame, sem a análise, sem o entendimento por parte da doutrina comercial.

Posteriormente, encontrávamos na nossa literatura observações – algumas feitas por um dos grandes civilistas portugueses modernos, o Prof. Antunes Varela; outras feitas por Orlando Gomes e por Darcy Bessone – que procuravam extrair do sistema do Código Civil de 1916, de alguma forma, um fundamento para sustentar a existência do conceito de boa-fé objetiva no nosso Direito Civil. O Código, desde o seu anteprojeto inicial, em 1969, já apresentava dispositivos sobre a matéria. A respeito de um deles, o Prof. Ruy Rosado perguntou: “De onde vocês tiraram isso?”

Mais ainda, havia progressos em face do nosso Direito anterior, que depois vieram a ser incorporados à nossa Constituição, e hoje são preceitos que vêm da Constituição, e não do projeto de Código Civil, como, por exemplo, o dano moral, que desde o anteprojeto, na Parte Geral, já constava expressamente no artigo concernente aos atos ilícitos absolutos, justamente porque, àquela época, havia uma divergência frontal entre a doutrina e a jurisprudência; a primeira, a considerar ser admissível no nosso Direito o dano moral; e a jurisprudência, a ter muita cautela, geralmente, em entender que não era admissível.

Quando cheguei ao Supremo, em 1975, havia essa divergência, mas até então somente o Ministro Djaci Falcão era a favor do dano moral no Direito brasileiro. Naquela época, o Supremo julgava tanto questões constitucionais quanto infraconstitucionais. Alinhei-me ao Ministro Djaci e ficávamos vencidos nessa matéria, e um dos argumentos de que nos utilizávamos era justamente o de que, por vezes, o próprio Supremo Tribunal Federal tinha de admitir o dano moral. Contudo admitia dizendo que não se tratava de dano moral, mas de dano patrimonial, em questões, por exemplo, de atropelamento de crianças pobres, em que o Supremo dizia: “Não, nesse caso, não há problema de dano moral; o que há é a verificação da perspectiva futura de essas crianças virem a ser arrimos de família”. Conseqüentemente, admitia-se a indenização por esse dano. Mais ainda, não se admitia – e aí havia maior radicalidade – a cumulação do dano material com o dano moral.

A modernização que se procurou fazer foi justamente com base naquilo que, doutrinária e jurisprudencialmente, já se estratificara e deveria ingressar no Código Civil, embora naquele momento não houvesse esse vertiginoso progresso que ocorreu depois do envio do projeto ao Congresso Nacional, não só no terreno da medicina, como também da eletrônica e das ciências exatas em geral. Progresso tão rápido que, naquela época, ninguém discutia, até porque não existiam, acerca de problemas relacionados à *internet*, a *software*, para saber, por exemplo, no caso de *software*, se há ou não direito autoral, e sobre outras questões dessa natureza. Mais ainda,

estávamos no início do surgimento de problemas relacionados à fertilidade *in vitro*, à fertilidade artificial, campo em que realmente houve um rápido progresso e que apresenta, evidentemente, sérios problemas.

Se levarmos em consideração tudo o que surgiu, do início do quarto quartel do século passado até os nossos dias, observaremos a existência de questões relacionadas à fertilidade *in vitro*; à fertilidade artificial; a úteros de outrem (as chamadas “barrigas de aluguel”); à maternidade e à paternidade afetiva, para saber se devem prevalecer também sobre a biológica; à operação para mudança de sexo; à própria disciplina de transplante, porque já naquela época começava a surgir a necessidade de se criar legislação específica no tocante ao conceito de morte, que deixava de ser aquele relacionado à morte provada tradicionalmente, como colocar o corpo deitado numa superfície plana e depois passar uma vela acesa próxima do nariz do morto para ver se a vela apagava ou não, ou se o sangue descia por força da gravidade; enfim, se o corpo apresentava elementos capazes de dizer se havia ocorrido a morte, o que não era suficiente para as questões relacionadas aos transplantes, que necessitavam, muitas vezes, de retirada de órgãos e tecidos com certa rapidez. Veio a legislação, que tratou primeiro da morte, com o conceito de morte, para o Direito, como morte cerebral. Depois, surgiu a idéia de que a morte cerebral ainda não era propriamente a morte e a de que esta, efetivamente, ocorria com a morte do encéfalo. Hoje, possivelmente em razão de minha ignorância em medicina, chego a duvidar disso, porque os anencéfalos sobrevivem, ainda que por pouco tempo, o que mostra ser possível existir vida apesar de não haver encéfalo. Talvez a medicina venha considerar a respeito em um outro momento.

Em um Congresso Internacional de Medicina, assisti a um painel apresentado por uma equipe de médicos do Paraná, que demonstraria um sistema de verificação de morte encefálica, o mais rápido possível, para que houvesse a possibilidade da retirada urgente de tecidos e órgãos. Após a explanação, bastante complexa, dirigi-me ao chefe da equipe e fiz uma brincadeira com ele, dizendo: “Depois da demonstração dos senhores, chego à conclusão de que aquele velho sistema de colocar uma vela próxima do nariz para ver se há respiração ou não é melhor, porque, evidentemente, os senhores também demoram bastante para terem certeza de que realmente ocorreu a morte”. Mas, além de todos esses problemas, há ainda os relacionados a desligamento de aparelhos, fazendo com que a pessoa viva vegetativamente; problemas de banco de sêmen, banco de embriões, engenharia genética, células-tronco; a questão do genoma, que se tornou uma idéia mais divulgada a partir de 2000; problema relativo à clonagem humana. Participei de um painel no Superior Tribunal de Justiça que tratou dos problemas jurídicos de Direito Privado sobre a clonagem. Os que me antecederam trataram muito de problemas relativos à dignidade humana, um preceito constitucional muito em voga hoje, para se

considerar que neste País tudo é inconstitucional. Depois de ouvi-los, fiquei meio em dúvida comigo mesmo e me perguntei: será que vim a um painel diferente? Imaginava que o painel trataria de repercussões sobre o Direito Civil no que diz respeito à clonagem. O problema é delicadíssimo. Os senhores já pensaram no parentesco entre o clone e o clonado? Qual é a relação entre eles? Será que o clone é filho do clonado? Ou será que o clonado e o clone serão como irmãos gêmeos, embora não-univitelinos, porque, inclusive, um pode nascer 50, 60, 70 anos depois do outro, dando margem a que aconteça o mesmo problema que acometeu a ovelha Dolly, que envelheceu prematuramente, passando a ter artrite com poucos anos de vida, vindo, finalmente, a morrer de velhice.

Já imaginaram os problemas que surgem até para que se estabeleça esse vínculo de parentesco? Haveria acontecimentos realmente curiosos, admitindo-se que todos eles – clonado, clone e as sucessivas clonagens que se fossem fazendo – teriam pai e mãe comuns. Alguém que fosse clonado aos 70 anos teria um irmão gêmeo com 70 anos de diferença; se este fosse clonado aos 70 anos surgiria um outro, 140 anos depois do nascimento do primeiro, e teríamos, evidentemente, coisas fantásticas, inclusive com relação a problemas de nascituro, para se saber como haveria sucessão de bens a esse respeito.

Essas observações são apenas para dizer que a questão da clonagem gera problemas realmente delicados, que não são para serem tratados em Código Civil, e por uma razão simples: até hoje não temos nem sequer legislação extravagante para isso. Atualmente, nas questões relacionadas a bancos de sêmen, há países que exigem que o doador seja absolutamente inidentificável, anônimo. Há outros que entendem o contrário, que o filho tem direito, e direito fundamental, de conhecer quem é seu pai; conseqüentemente, há a necessidade de que se revele quem é o doador. Existem problemas relacionados a útero de aluguel, bancos de embriões, que geraram, inclusive, a criação do neologismo “excedentários”, dando margem a problemas sérios. Uma das sugestões de modificação do texto do novo Código Civil foi no sentido de equiparar esses embriões – que sejam excedentes daquele que veio afinal a propiciar o nascituro e, posteriormente, uma pessoa natural – aos nascituros. Isso não tem sentido, por uma razão singelíssima de Direito das Sucessões. Todos sabemos que os médicos, para evitar um sofrimento maior da mulher, e também por questão de custo, geram vários embriões. Imaginando-se, por exemplo, que sejam onze no total, se o primeiro der certo, transforma-se em nascituro, depois, nasce com vida, adquirindo, assim, personalidade jurídica. Surge, então, um problema: os dez outros embriões, equiparados a nascituro, ficam, como diriam os romanos, com os seus cômodas, isto é, suas expectativas de direito devidamente protegidas. Aí é só esperar, Deus sabe até quando, por uma legislação que diga, primeiro, se eles podem ser destruídos, e,

depois, quando serão destruídos para efeito de aquele que deu margem a um nascituro e, depois, a uma pessoa natural, vir a herdar o que tem direito.

Vejam que são situações que trazem uma série de problemas, e de difícil resolução. Outro exemplo é o caso da Aids. Na década de 80 surgiu a grande epidemia, que continua até hoje, e é trágica no mundo. Naquela época, a medicina já tinha suficiente conhecimento para dizer: “surgiu algo de novo”. Quando verificaram que era um vírus completamente diferente dos demais por apresentar características e atividades absolutamente diversas, e esse é, até hoje, o grande problema, veio a indagação: “de onde surgiu isso?”, e houve quem dissesse que teria vindo dos macacos da África. Mas alguém, com um pouco mais de bom senso, observou que os macacos existem na África há milhões de anos, e que, portanto, não havia razão para que a Aids viesse a se manifestar e a ser transmitida para o resto do mundo apenas na década de 80. Houve também quem dissesse ser problema de engenharia genética, ou decorrente de estudos com objetivo de criar bactérias que se alimentassem de ferrugem para, com isso, acabar com o problema dos metais ferruginosos no mundo inteiro, ou, ainda, que os cientistas quiseram fabricar um vírus benéfico, que acabou por dar origem a um vírus maléfico.

Temos, então, a possibilidade real da criação de monstros de laboratório: os Franksteins, os Dráculas e criaturas dessa natureza, antes objetos de ficção e, atualmente, com o avanço da medicina, podendo ser transformados em objetos de realidade.

Por isso o Direito se defronta com um problema gravíssimo, o de não impedir esses progressos, mas procurar disciplinar tais práticas para que, em vez de um mal, tornem-se um bem para a humanidade.

Por essa razão, nada disso constou no Código Civil. No entanto, era preciso que o Código contemplasse, de alguma forma, tais concepções modernas.

Assim, enfrentamos essa dificuldade no art. 1.597 do Código atual, que estabelece: *Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos (...) nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução (...)*. Enfim, emergem aqueles casos clássicos. E surgem três casos novos, (...) *havidos por fecundação artificial homóloga*; portanto, a utilização, pela mulher, do sêmen do marido, mesmo que falecido. E pergunta-se como se presumem concebidos, porque é uma ficção, e todos sabemos que há uma diferença entre a presunção *juris et de jure*, absoluta, e a ficção. Na presunção *juris et de jure*, embora não se admita prova em contrário, há uma possibilidade ainda remota de que seja verdade, enquanto na ficção, já dizia Ihering, é uma mentira legal. Sabe o legislador que aquilo não pode ocorrer nunca, mas para dar o mesmo tratamento, se fosse possível ocorrer, ele usa de uma ficção.

Portanto, é uma ficção dizer que nasceram na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, que pode ocorrer muito depois, inclusive com marido morto, como se vê neste mesmo texto: (...) *mesmo que falecido o marido*.

Outro dispositivo: *Havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga*; havidos a qualquer tempo, conseqüentemente, também, havidos na constância do casamento ou fora deste.

Finalmente, os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Quer dizer, o marido, por instrumento público, dá autorização, e, apesar disso, presumidamente, é o pai. E, pior, essas presunções, hoje, valem muito pouco, porque, com o DNA, acabou-se aquela presunção que começava como relativa e se tornava, em breve espaço de tempo, presunção absoluta. O novo Código, inclusive no art. 1.601, declara isso.

Com o DNA, essas presunções quase que se esvaíram. Há ainda a vantagem de o indivíduo não precisar provar que é filho de seus pais. Mas a possibilidade de se demonstrar que a presunção é falsa cresceu brutalmente, e, hoje ainda, com esta circunstância: mesmo que se diga que o exame de DNA não tem 100% de acerto, a margem é muito pequena – embora aí eu me lembre sempre de que, quando advogava em São Paulo, um *ex adverso* meu, num caso desses, dizia assim: “Não é tão pequena assim. Aqui em São Paulo, por exemplo, deve dar aí uns cinquenta ou sessenta mil homens, ou seja, ainda há muita gente que pode ser o pai, tendo em vista essa pequena diferença”.

Nem o DNA pode contra essa presunção já que ela é absolutíssima, apesar de o próprio pai saber que não é pai, de ter consentido, de ninguém ter dúvida disso; contudo, presume-se que foi concebido na constância do casamento.

O problema é novo, e delicado, porque não é fácil fazer essa adaptação. Há não muito tempo ninguém pensava a respeito dessas questões. Com relação aos anencéfalos, quem admitiria a possibilidade de obter a imagem de uma criança dentro do útero materno, podendo-se até fazer intervenção cirúrgica nesse feto?

Por essa razão, não se tratou desses problemas, e corretamente, pois se trata de matéria para legislação extravagante, mas legislação extravagante experimental, muito mais facilmente modificável.

É muito difícil introduzir modificações num sistema complexo sem que se cometam equívocos, porque muitas vezes se modifica o art. 1º e haverá repercussão no art. 1.550, e isso ocorreu no novo Código Civil. Um dos avanços foi quanto à Parte Geral, a qual trata da distinção entre prescrição e decadência. E mais ainda, uma regra que não está escrita, mas existente na exposição de motivos e absolutamente verdadeira, no sentido de que prazos de prescrição só ocorriam com relação à

pretensão nascida de violação de direito subjetivo, e prazos de decadência só ocorriam com relação aos chamados, nas línguas neolatinas, “direitos potestativos” – os alemães chamam de “direitos formativos”, e já chegaram a chamar até de “direitos de poder jurídico”, logo no início.

Ocorreu – consta da exposição de motivos do professor Reale – que, em todo o então anteprojeto, hoje Código, todos os prazos que não estejam nos dois artigos que tratam especificamente de prazos de prescrição são prazos de decadência, ainda que não se aluda à natureza deles. Isso segue rigorosamente, de modo que toda vez que houver um direito potestativo exercitável dentro de um prazo – e o interesse maior é com relação ao problema dos litígios judiciais –, esse prazo é prazo de decadência; quando se trata de violação dos direitos subjetivos, essa pretensão é suscetível ou não de prescrição.

Isso está em todo o Código, exceto no art. 1.601 – introduzido pelas modificações do Direito de Família, enquanto a prescrição está nos artigos duzentos e poucos da Parte Geral –, que diz: *Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade (...)*.

A regra não constava do anteprojeto nem do projeto porque, na época, não havia esse problema. Naquele tempo, tratava-se de presunções relativas dentro de um espaço muito curto de tempo as quais, depois, transformavam-se em absolutas.

Diz o art. 1601: (...) *dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.*

Aí há dois termos que fogem completamente do sistema do Código. O primeiro diz respeito à prescrição não da ação, mas da pretensão. Com relação à ação, todos sabemos tratar-se de direito subjetivo público, que, em última análise, traduz-se em direito abstrato, o de pedir ao Estado que preste a jurisdição, tenha-se ou não razão. De modo que isso não prescreve; o que prescreve, de acordo com o sistema adotado pelo Código, é a pretensão, que, embora seja um elemento de difícil conceituação, pareceu ser o mais apropriado para não se falar nem que prescrevia direito, que não prescreve, nem que prescrevia a ação, ou, ainda, para não usar a terminologia de Pontes de Miranda: “ação em sentido civil”. Quanto a isso, o indivíduo tem de conhecer Direito Romano, tem de conhecer a discussão entre Windscheid e Muther para saber se a ação no mundo moderno era diferente da **axis** do mundo romano, e o que seria essa ação no sentido material. Então, adotou-se a pretensão. E o segundo é que não se trata de problema de prescrição; é tipicamente direito potestativo, e, portanto, caso de prazo de decadência. De forma que esse dispositivo, para estar de acordo com o sistema adotado pelo Código, deveria dizer o seguinte: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher a qualquer tempo”. Não haveria prazo e, conseqüentemente, “a qualquer tempo” significaria que não era nem prazo de prescrição, nem prazo de decadência. A observação não é crítica ao trabalho que se fez; quer-se

apenas mostrar essa dificuldade. Depois de ultrapassada toda a etapa em que agora temos um Código novo, nota-se que aqueles que o atacavam violentamente, hoje, já o aceitam, e houve ataques que chegaram a ser até um pouco jocosos, dizendo que o projeto do Código Civil era inconstitucional, porque tratava primeiro do Direito das Obrigações e do Direito das Coisas e, só depois, tratava do Direito de Família e do Direito das Sucessões, e que isso feria o princípio da dignidade humana. Depois dessa crítica, fiquei preocupado com o princípio da dignidade humana, porque, se assim entendermos, tudo se transformará em constitucional, e talvez até uma operação poderá ferir também a dignidade humana de alguém. O problema é que, após todas aquelas acirradas críticas, como aí está o Código, constata-se que já não cabe discutir se deve ou se não deve sair. Temos de estudá-lo e reconhecer que ele apresenta defeitos. Isso é absolutamente indubitável, tendo em vista toda a gama de dificuldade pela qual passou a tramitação, e não apenas a tramitação, porque o anteprojeto original também apresenta falhas. Eu mesmo fui culpado, e digo-o porque está reproduzido *ipsis litteris*, com relação ao problema da incapacidade absoluta (e ainda fui verificar se isto realmente constava nos meus manuscritos originários, e constava):

*Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:*

(...)

*II – Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento (...).*

Não é o “necessário”. A redação deveria ter sido: “não tiverem o discernimento”, tanto assim que o art. 4º diz: *São incapazes, relativamente, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido.*

Esses são os que não têm o discernimento necessário.

Mais adiante vem “falta de discernimento”, inclusive com relação ao problema da curatela. De modo que isso ocorre. Há alguns erros que são, evidentemente, de redação. Todos conhecem o instituto da comissão como um dos modos de aquisição da propriedade. Na redação, houve um erro e registrou-se “comissão”.

Hoje há um Código com defeitos, e isso é absolutamente indubitável. Um exemplo: Há um artigo que se refere à necessidade ou não de outorga do cônjuge para a alienação de bens imóveis conforme o regime de casamento. O art. 1.647, nas Disposições Gerais sobre o regime de bens, reza: *Ressalvado o disposto no art. 1.648 (...).*

Isso é inovação, porque o art. 1.648 diz caber ao juiz suprir a outorga quando ela for injustificada. De modo que aqui, a rigor, não precisava nem dizer “ressalvado”; é que, anteriormente, no projeto de 1975, estava assim redigido: *Ressalvado o disposto no art. 1.711.*

O art. 1.656 prescreve: *No pacto antenupcial que adotar o regime de participação final nos aqüestos poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis desde que particulares.*

Aqui, realmente, era uma exceção, porque dizia: *Ressalvado o disposto nesse dispositivo nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime de separação absoluta, alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis.*

Portanto teríamos duas exceções no projeto: uma constante nesse dispositivo, o regime da separação absoluta, e a outra um pouco adiante, mas ainda no capítulo concernente às Disposições Gerais, que admite poder o pacto antenupcial estabelecer a possibilidade de, sem outorga, haver alienação de imóvel quando se tratar de regime de participação final nos aqüestos. A situação se complica com referência ao regime da comunhão parcial de bens. Reza o art. 1.665: *A administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial.*

Aqui, é o inverso da participação.

Um ilustre colega me perguntou qual era a minha opinião. Respondi ser necessário pesquisar, porque – confessei a ele – aquele ponto havia me escapado, pois, mesmo com um trato razoável do assunto, somente quando surgem certos problemas nos dedicamos a essas particularidades. Na realidade, temos uma disposição geral, estabelecendo uma regra que quase virou exceção, e três exceções. A primeira é o regime da separação absoluta; a segunda é o regime da participação nos aqüestos, se o pacto nupcial assim estabelecer; e a terceira é a do regime da comunhão parcial de bens, porque, evidentemente, não há dúvida alguma de que a disposição de bens abarca os atos de alienação. Tanto isso é verdade que no art. 1.656, exceção expressa do 1.647, diz-se que: *No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aqüestos poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares.*

De modo que nem se deve dar uma interpretação, porque senão haverá interpretações diferentes de termos que tratam da mesma matéria proximamente, e, portanto, não há sentido fazermos essas distinções. Ou, então, anulemos o dispositivo, porque se concebermos aqui que disposição não é alienação e nem oneração em ônus reais, será difícil entender o que é disposição de bens nesse dispositivo concernente ao regime da comunhão parcial.

Há outros problemas sérios, como o da responsabilidade civil. O parágrafo único do art. 927, *in fine*, estabelece que a responsabilidade civil ocorre quando há ato ilícito, e ato ilícito, aí, é ato culposo, que, por isso mesmo, foi modificado. Também se quis reformar esse dispositivo.

Sempre considerei um erro do Código Civil quando dizia no art. 159: *Ocorre ato ilícito quando aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou*

*imprudência, violar direito ou causar dano.* Isso é um verdadeiro absurdo, porque, na realidade, para ser ato ilícito haveria violação de direito, já que se trata de um ato obviamente doloso ou culposos em sentido estrito. E, mais ainda, quando causa dano sem haver violação, temos responsabilidade objetiva.

O Código, no livro concernente a Direitos e Obrigações, no art. 927, *caput*, dizia: *Aquele que, por ato ilícito (...) – e alude justamente a esse dispositivo, e aquele outro, que considera ato ilícito o abuso de direito, (...) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

Em seguida vem o parágrafo único, no qual realmente há um exagero, a meu ver, de responsabilidade objetiva: *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.* Ninguém mais dirigirá automóvel neste País, porque, obviamente, não há nada que cause tanta possibilidade de risco do que alguém ao volante dirigindo um carro. Acredito que a doutrina e a jurisprudência irão mitigar ou reduzir essa extensão. Ainda existem casos mais sérios. O problema com relação à união estável foi curioso. O Senador Josafah Marinho e eu tivemos uma longa conversa a respeito de saber se se colocava um dispositivo sobre concubinato, e concluímos que teria de haver concubinato por uma razão: enquanto houvesse uma estabilidade que ainda não desse margem à união estável, teria de haver alguma coisa, e isso seria o concubinato puro, e não o concubinato impuro. E como naquela época não se admitia união estável, pelo menos para separação de fato, em que continua o vínculo conjugal, como continua também na separação judicial, estabeleceu-se, com relação a esse dispositivo sobre o concubinato, que as relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. Poder-se-ia dizer que aqui há um erro do Código, mas não há, senão estaríamos admitindo “bigamia” entre união estável e casamento, e até entre uniões estáveis. Onde está escrito que um marinheiro, por exemplo, não pode ter uma união estável com cada mulher, em cada porto em que chega? Tampouco com relação aos impedimentos matrimoniais. Então, para disciplinar a união estável, ter-se-ia de proceder a uma disciplina global, o que não é tarefa fácil porque, quando a Constituição estabelece que a lei tem de facilitar a conversão, muitos pensam que alguém pode apresentar-se diante de um tabelião e dizer: “Quero virar casado, e gostaria que o senhor fizesse uma escriturazinha qualquer para eu virar casado”. Obviamente não se trata disso. O Supremo, inclusive, tem uma decisão plenária de 1995 no sentido ora preconizado, julgando mandado de segurança de que foi relator o Ministro Otávio Gallotti, o que significa que a união estável é um estágio inferior ao casamento, porque ninguém e nenhuma lei precisa facilitar a conversão de meia dúzia para seis. É preciso converter uma coisa em outra e, a meu ver, corretamente.

A união estável é difícilíssima disciplina, inclusive para a segurança jurídica. Imaginem que se compra hoje um imóvel de um homem solteiro, viúvo ou separado. O primeiro passo seria investigar se há alguma relação desse homem com uma mulher – e não seria preciso que convivessem sob o mesmo teto. Se assim fosse, bastaria colocar alguém para verificar se haveria uma senhora morando com esse homem. Poderia ser o contrário também. Aliás, há algumas observações sobre sucessão de conviventes, em que se diz: “é um absurdo a sucessão ser tão restrita para o convivente, porque imagine uma mocinha, que nada possua, que tenha se casado com um sujeito muito rico, que não comprou coisa alguma depois da união estável, se ele morre, ela fica na miséria”. A observação é evidentemente machista. Hoje há muita mulher que ganha muito mais do que o marido, de modo que, atualmente, o golpe do baú é recíproco. O problema da união estável é realmente delicado. Quando da compra de um imóvel, há alguns que dizem: “tem de trazer umas testemunhas que compareçam ao ato, para que testemunhem”, mas isso, a rigor, não vale nada, porque se pode combinar com quatro ou cinco amigos para dizerem que desconhecem se existe união estável, e, pior, às vezes, nem a própria pessoa sabe que está em união estável, e só saberá quando o juiz o informar. E retroage.

A nossa primeira paixão permanece por toda a vida, e a minha primeira paixão em Direito foi o Direito Romano. Estudei-o com certa profundidade e sempre o achei absolutamente utópico, mítico. Depois tive a felicidade de encontrar a mesma opinião num grande historiador do Direito italiano, Amacia, que dizia ser isso quase um daqueles exageros românticos de romanistas italianos quando sustentam que o casamento, no Direito Romano clássico, era um estado de fato, porque não havia necessidade de nenhum ato jurídico que desse margem à relação matrimonial; bastaria que duas pessoas reunissem dois elementos de fato: a convivência, elemento objetivo, e a *afectio maritalis*, um consentimento continuado. Enquanto quisesse estar casado, era preciso apenas que o indivíduo mantivesse o seu consentimento. No momento em que este cessasse, ocorria o divórcio, porque ele não exigia, pelo menos no Direito clássico, formalidade alguma, o que gerava uma situação dramática, em que se fica em um estado de fato comparável à posse. Os romanistas seguidores dessa corrente sustentam que nesse caso quase haveria usucapião, mostrando justamente a dificuldade que se tinha no Direito Romano de saber se alguém estava casado ou não. Lá, no entanto, a dificuldade não era tão grande, porque havia cerimônias nupciais, seguidas religiosamente e, com isso, em meios pequenos, era fácil saber quem era ou não casado. Tanto assim que é difícil distinguir concubinato de casamento. Enfrentei grandes dificuldades, até que um dia encontrei em um dos autores a solução: ambos são relações de fato – é casamento quando um homem de posição social casa-se com uma mulher que não era desonrada, nem atriz, nem prostituta, que não estava numa classe em que os romanos consideravam de desonra feminina. Então, quando o

homem e a mulher estão no mesmo nível social, se viverem em comum, a presunção é a de que são casados, e assim são considerados. Mas se um senador de Roma estabelecesse sua união com uma atriz ou uma prostituta, teríamos o concubinato, e, mais, se ele estabelecesse uma relação sem *afectio maritalis* com uma mulher do mesmo nível dele, cometia crime de adultério ou *estuprum*. É complicado.

Nós também temos várias dificuldades. O art. 1.521 dá como impedimento de casamento serem as pessoas casadas, mas não diz sobre as pessoas que se encontram em união estável, embora em vários artigos haja alusão expressa à união estável. Não há nulidade nem anulabilidade de fato. O que temos é existência ou inexistência, porque não se pode anular fato. Haverá separação de fato – e aqui se fala em separação de fato – em matéria de união estável? Porque separação de fato seria justamente a negação da união estável. Mais ainda, esse estado de fato se inicia sem nenhum ato que demonstre o início dele. Por isso o juiz dirá quando ele se iniciou. Pelo art. 1.562, o casamento se dissolve com a morte, o divórcio, a anulação, a nulidade e, tratando-se de união estável, com a sentença de dissolução da união estável: *antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, a de separação judicial, a de divórcio direto ou a de dissolução de união estável (...)*.

Vemos aí algo que realmente não é muito comum. É que começa sem se saber quando começa. Mas, para terminar, tem de haver uma sentença judicial de dissolução da união estável, o que mostra que esse problema da união estável é realmente grave. Tenho medo de que se mexa nisso, porque poderá piorar a situação. Ao final, poderemos ter uma união estável em que acaba o casamento. Não vim aqui pregar moralidade a ninguém, e não se trata de um problema moral. É um problema de instituição, e o casamento, quer se queira, quer não, ainda é uma instituição que deve ser precavida.

O Código possui vários defeitos, apurados a pouco e pouco. Por isso sou contrário à tentativa de modificação ainda na *vacatio legis*. Acho que deveríamos fazer como se fez no Código de 1916: dois anos depois de entrar em vigor, editou-se a lei que corrigiu os erros. Se trouxermos por emendas ao Código tudo o que achamos que é melhor, escreveremos outro Código. Sempre considerei que se deveria, primeiro, fazer modificações como esta: “comissão”, por exemplo, por “comistão”, correção necessária. Outra que se fez, mas, a meu ver, se fez mal, foi aquela das associações – quando se deu um grande quórum foi para a destituição de membros de diretoria e alteração dos estatutos. Mesmo assim ficou um quórum imenso e se dizia: Uma associação com vinte mil associados, para reunir um terço disso, não reúne nunca. Seria necessário um espaço considerável. Em São Paulo, o Morumbi; no Rio de Janeiro, o Maracanã. Fez-se algo e ficou pior. Veio uma modificação que, embora considerando pessoas jurídicas, tornou as associações religiosas e os partidos políticos pessoas jurídicas, que não são nem associação, nem sociedade, nem fundação. Então,

ficaram praticamente no ar. E ainda se dizia: nada das associações se aplica a essas entidades, que, evidentemente, são associações, porque uma entidade religiosa que não tenha nenhum fim lucrativo, é associação para o Código Civil, como também é o caso dos partidos políticos, que não têm interesse, embora já a Constituição dissesse que eles deveriam ser disciplinados por legislação específica, o que foi repelido. É necessária uma lei específica, mas uma lei que pelo menos admita, no interior de um sistema, a estrutura existente dentro do Direito, ou então a descoberta de uma quarta hipótese, além das associações, sociedades e fundações.

Hoje tendemos a seguir (e considero perigosíssimo) o que, na Itália, é extremamente valorizado por Perlingieri – a constitucionalização do Direito Civil. Não considero que o Direito Civil esteja constitucionalizado. O Direito Constitucional não constitucionaliza, senão ele constitucionalizou tudo, porque Processo, Direito Tributário, Direito Comercial, está tudo ali inserido. Encontramos princípio para tudo que diga respeito a essas áreas. O que entendo é isto: ele disciplina valores, que se aplicam a diferentes ramos do Direito, e se aplicam hierarquicamente, porque há muita coisa na Constituição brasileira que não é matéria de Constituição, como a impossibilidade de acionar a Justiça Comum sem antes esgotar a jurisdição desportiva. Evidentemente, jamais alguém sustentaria que isso é matéria de Constituição. E temos inúmeras outras. Há não muito tempo, li um artigo que dizia o seguinte: “É um absurdo! O Código Civil, em matéria de tutela, desrespeita a dignidade humana. Por quê? Porque ele só trata dos bens, em matéria de ausência, do ausente.” Fiquei pensando: mas ele tem de tratar do ausente? Porque o ausente, ou não se encontra no lugar, e se encontra em outro, e aí ele é capaz, plenamente capaz, e não é nem relativamente incapaz; ou ele morreu, e, conseqüentemente, não precisa mais ser tutelado como pessoa viva. Vejam que se considerava um absurdo e feria o princípio da dignidade humana que não se tivesse tratado da proteção do ausente. Isso é um problema delicado, porque, hoje, no Brasil, toda vez que fixamos um princípio, a prática, em geral, faz com que o princípio se converta no seu antípoda. Atualmente, a Constituição diz haver presunção de inocência. Nunca houve tanta presunção de corrupção como atualmente. Há presunção de constitucionalidade das leis infraconstitucionais. O Supremo Tribunal Federal tem mais de três mil ações diretas de inconstitucionalidade. Se, hoje, se promulga uma lei infraconstitucional, amanhã já se invocam vários artigos da Constituição só para dizer que aquela lei é inconstitucional. Por isso temos um Supremo Tribunal Federal que possui mais ações diretas de inconstitucionalidade que todas as cortes constitucionais do mundo reunidas, que não chegam, talvez, a 20% daquelas existentes no Supremo Tribunal Federal.

### 3 Conferência de Encerramento

---

## A DESCONSTRUÇÃO DO ABUSO DO DIREITO\*

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

*Advogado e Professor de Direito Civil da Faculdade de Lisboa*

### 1 A QUESTÃO

O art. 187 do Código Civil de 2002 (daqui por diante CC/02) teria consagrado a figura do abuso do direito. Seria uma das manifestações da orientação mais substancialista adotada pelo novo Código, em confronto com o Direito anterior. A categoria era já utilizada pelos intérpretes, a exemplo de orientações estrangeiras. Passaria agora a ter assento legal.

A própria lei acusa uma derivação patente de precedentes estrangeiros. O art. 187 corresponde quase *ipsis verbis* ao art. 334 do Código Civil português de 1966. Veremos a seguir quais as diferenças. Mas recorde-se que, ao tempo da elaboração do Anteprojeto do atual Código Civil brasileiro, o Código Civil português de 1966 era, salvo erro, o mais recente código civil existente, e o art. 334 do Código Civil português deriva, por seu turno, também quase literalmente, do art. 281 do Código Civil grego.

O art. 187 do CC/02 parece assim solidamente ancorado. Nos três textos se prevê que o titular exceda **manifestamente** os limites (...). Nos três se refere o preceito ao **exercício**. Nos três se especifica o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes (...).

Todavia, há também diferenças sutis. Como não há jurista sem interpretação, não podemos deixar de anotá-las, porque no final podem pesar muito.

É verdade que os três códigos referem a figura ao **exercício**. Mas o Código Civil grego qualifica este como **proibido**; o Código Civil português como **ilegítimo**; o CC/02 como **ilícito**.

Também a seção em que se situam difere. O Código Civil português regula-o a propósito do exercício dos direitos; o CC/02 insere-o na disciplina dos atos ilícitos<sup>1</sup>. Mas talvez a diferença mais impressionante esteja, afinal, na própria qualificação como “abuso do direito”. Este constitui a epígrafe do art. 334 do Código Civil português. Mas o CC/02 não tem epígrafes; a matéria não é rotulada por lei como abuso do direito. A qualificação como abuso do direito, feita no Brasil por todos os intérpretes, é assim meramente doutrinária. Deste modo, o jurista tem uma liberdade acrescida de a acatar ou não.

---

\* Escrito destinado aos Estudos em Memória do Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes.

É isso, logo a uma primeira vista, o que está no art. 187 do CC/02. Mas há que contar também com o que não está. E o que não está é, justamente, o núcleo histórico do abuso do direito.

O abuso do direito surgiu como resposta doutrinária aos atos emulativos, contra os quais não se encontrava previsão específica nos códigos civis. A estes se assimilaram os atos chicaneiros. Mas o art. 187 não fala nem em atos emulativos nem em atos chicaneiros. Recorre a categorias diferentes.

Curiosamente, os atos emulativos surgem previstos noutra lugar do CC/02: o art. 1.228 § 2º, no domínio do Direito das Coisas<sup>2</sup>.

É diante desse panorama que nos propomos proceder a uma desconstrução do abuso do direito. Apressamo-nos a esclarecer que não está aqui subjacente nenhum apelo a uma posição filosófica. Queremos apenas exprimir que nos propomos empreender uma análise crítica da categoria (que poderá ser até uma categoria aparente) para sondar seus pressupostos e sua solidez.

O problema, de início, consiste em depararmos com três figuras muito diversas entre si. Constituirão essas figuras uma categoria própria, a que possamos designar abuso do direito?

Se a resposta for negativa, teremos então de perguntar: e há uma categoria de abuso do direito, em absoluto? Se não reside no art. 187, onde a sua sede?

## 2 OS ENTENDIMENTOS

A doutrina do abuso do direito desenvolveu-se na França e na Bélgica em fins do séc. XIX, princípios do séc. XX, para permitir uma reação contra os atos emulativos, que não eram objeto de previsão específica do *Code Civil*. Os autores desses atos escudavam-se por isso na alegação de exercício do direito. A eles foram assimilados também os atos chicaneiros.

A questão centrou-se no exercício da propriedade. O proprietário poderia exercer o seu direito com o fim de causar prejuízos ao proprietário vizinho. Era o caso da ereção de grandes espigões no prédio para furar os dirigíveis que operavam em propriedade contígua. Às objecções, o proprietário limitava-se a observar que poderia fazer *in suo* tudo o que a lei não proibisse, porque esse era o conteúdo do seu direito.

O individualismo e o positivismo reinantes não encontravam possibilidade de estabelecer uma proibição que não constava da lei. Certa parte da doutrina engendra então a contra-argumentação: o direito permitia o uso, mas não o abuso. Com isto se afirma a existência de um limite intrínseco dos direitos que não precisaria de constar da lei. O limite seria funcional. Haveria abuso se o direito fosse exercido para causar prejuízo a outrem. O abuso já não seria coberto pela atribuição do direito.

Surgia assim a contraposição a uma afirmação do direito absoluto de propriedade, tão cara à Revolução Francesa, da existência de limites intrínsecos dos direitos, de caráter funcional, que não precisariam de ser expressos na lei<sup>3</sup>.

A doutrina teve acolhimento favorável, mas teve também seus detratores. Ficou célebre a síntese de Planiol: se há direito, não há abuso. Mas traduzia ainda o pressuposto do caráter absoluto do direito. Se considerarmos que os direitos podem estar sujeitos a limites funcionais, podendo ser atribuídos para certas funções, o abuso significará que o direito é exercido num sentido que já não é coberto pela sua função.

O abuso do direito expandiu-se por vários países, nomeadamente em Portugal<sup>4</sup> e no Brasil<sup>5</sup>, mas nunca foi objeto de uma análise inteiramente satisfatória.

O termo “abuso” suscita uma certa idéia de reprovabilidade. Mas não é essencial a consideração ética, pois basta o esclarecimento de que há limites implícitos nos direitos. Estes seriam também caracterizados por fins ou funções intrínsecas. Falando-se em abuso, significaria que esse fim ou função seria postergado.

Assim sendo, antes de mais nada se haveria de fixar os limites teleológicos dos direitos. Só conseqüentemente seria possível valorar os casos concretos para concluir se esses fins ou funções teriam sido inobservados, de maneira que o exercício já não seria coberto pelo direito. Reduzir tudo a um vício subjetivo, consistente no fim de causar prejuízo a outrem, pareceria insuficiente.

Curiosamente, porém, é essa linha subjetiva que aparece consagrada no *BGB* alemão, fruto da evolução autônoma que se processou nesse país. O § 226 contempla o *Rechtsmissbrauch*, que é traduzido como o “exercício inadmissível de situações jurídicas” – **o exercício dum direito é inadmissível se unicamente tiver por fim causar dano a outrem.**

O que é decisivo, pois, é um fim, e ainda por cima um fim exclusivo. É uma colocação estritamente subjetiva, muito na linha, quer do espírito alemão, quer da fundamentação do Direito no séc. XIX.

A doutrina alemã é ainda hoje pouco propensa a considerações funcionais, em geral. Questões que em outras latitudes são resolvidas à luz da função, na Alemanha e em países limítrofes de língua alemã são consideradas como meras questões de interpretação. Esta dirá se as situações em causa estão ou não abrangidas no conteúdo do direito. Por racionalizações sucessivas se concluirá se há, no caso, exercício do direito ou não. Essa orientação manifesta-se em vários campos, muito além da previsão subjetivista do § 226 do *BGB*.

Portanto, na fraude à lei, a doutrina alemã não vai pelo caminho do julgamento dos fins ou objetivos prosseguidos, ou do confronto com os legais, nem mesmo pela valoração de uma finalidade objetiva de afastar a aplicação de determinada norma. Pergunta antes se a situação que se questiona está compreendida

ou não no âmbito de proteção daquela norma. Logo, pretende chegar pela interpretação a circunscrever o que é ou não abrangido por uma norma.

Diremos assim que a problemática do abuso do direito nos coloca perante orientações alternativas: a) funcional, em que se procurará determinar se um tipo de exercício satisfaz ou não a função de um direito; b) subjetiva, que se centrará no julgamento das finalidades (exclusivas?) do agente; c) racional-descritiva, que pretenderá limitar-se à demarcação, por interpretação, do conteúdo dos direitos.

As duas últimas encontram-se simultaneamente na ordem jurídica alemã, mas como duas linhas de orientação independentes.

### 3 LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS

Posta a questão nestes termos, supomos que só a orientação funcional merece acolhimento.

Todo o Direito é necessariamente finalista, devendo-se por isso determinar as funções implicadas e valorar à sua luz as situações concretas.

Sobretudo, pretender que tudo se resolva por interpretação é incorrer em ficção. Para isso se terá de admitir que a factispécie contém em si a “máxima de decisão” de todos os casos concretos que possam surgir. Mas isso leva a interpretação a um pormenor que não é real. A interpretação, dada a generalidade da norma, não desce ao caso concreto. Assim, deverá ser necessariamente completada por outra operação.

Interpretada a fonte, extraída a norma, há ainda que proceder à aplicação.

É injustificada a confusão das duas operações, interpretação e aplicação, embora defendida até por autores que partem de pontos de vista diversos<sup>6</sup>.

A interpretação pára na determinação da norma, que é necessariamente geral. Deixa um espaço por preencher, no que respeita justamente à passagem ao caso concreto. O abuso do direito não se detecta, pois, apenas na abstração normativa, mesmo considerando as funções que esta incorpora, mas exige uma valoração posterior à luz daquelas orientações. É a aplicação que o realiza, iluminando as circunstâncias do caso pelas orientações que a interpretação revelou.

Não se trata propriamente da equidade, porque o critério não é a justiça, em abstrato: é dado pelas orientações ínsitas na norma apurada. São elas que permitem apreciar o caso, aplicando às circunstâncias concretas essas orientações<sup>7</sup>.

Dessa forma, é a aplicação que permite apurar se as finalidades ou funções da lei toleram ou não aquele tipo de conduta. Se a resposta for negativa, dir-se-á que há abuso do direito.

Exploremos então esse ponto de partida, começando por demarcar o âmbito do assim caracterizado “abuso do direito”.

O abuso poderá ser referido a qualquer situação jurídica? Desde logo: pode-se invocar o abuso do direito na celebração de um contrato para efeitos da rejeição de cláusulas neste compreendidas? Dir-se-ia ter havido um abuso da faculdade ou poder de contratar, no exercício da autonomia privada.

Repare-se que deste modo o abuso poderia referir-se às próprias preliminares do contrato. Seria um abuso da autonomia privada<sup>8</sup>. A ser assim, o próprio ato inválido deveria ser considerado abusivo, por resultar de um abuso do poder de contratar.

Não cremos que esse caminho seja conveniente.

O recurso a categorias vastíssimas, que acabam por englobar figuras heterogêneas, deve-se rejeitar. Perdem compreensão, como contrapartida da excessiva extensão.

O abuso nasceu a propósito da problemática específica do direito subjetivo. Poderá abranger situações jurídicas equivalentes, mas não poderes genéricos, como a faculdade de contratar, cuja distinção da própria categoria da capacidade é difícil. Estas reclamam modos específicos de reação, que não se confundem com os que foram desenvolvidos a propósito do exercício dos direitos subjetivos.

Prosseguindo na demarcação das fronteiras, há que perguntar como se relaciona a categoria com a das **cláusulas abusivas**.

É matéria que ganhou atualmente grande relevância, na seqüência da disciplina que lhe foi dada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Note-se porém que, apesar de ter naquele Código a sua sede, o preceituado tem um âmbito de aplicação mais vasto, porque o art. 29 do CDC permite abranger na defesa contra semelhantes cláusulas não apenas consumidores, mas ainda pessoas que estiverem em condições semelhantes às dos consumidores.

A qualificação das cláusulas como **abusivas** acorda a suspeita do relacionamento com o abuso do direito: da mesma forma se cria uma idéia de reprovabilidade. Mas, na realidade, o exame da matéria mostra-nos que o que está antes em causa é uma apreciação do conteúdo de certas cláusulas, e não o julgamento de uma ação. A lei tem sobretudo em vista a desproporção ou desequilíbrio que certas cláusulas criam nas posições das partes.

A matéria foi considerada como representativa de abuso do direito<sup>9</sup>. Não é porém esse o nosso parecer. Em si, enquanto tem por objeto cláusulas, refere-se à formação do contrato, e não ao exercício dos direitos. Está pois em causa a faculdade de contratar que, como acabamos de ver, é sujeita a princípios diferentes. Há, assim, todo o interesse em manter a matéria afastada do nosso tema.

#### 4 A BUSCA DE UM NÚCLEO COMUM

Desembaraçado o campo, regressemos ao art. 187 do CC/02.

Como dissemos, o dispositivo prevê três categorias muito diferentes: os atos contrários à boa-fé, aos bons costumes e ao fim econômico ou social dos direitos. Mas, como afirmamos também, omite justamente a referência ao núcleo histórico da figura do abuso do direito: os atos emulativos, a que se assimilam os atos chicaneiros.

Já no Direito romano se encontram previsões que antecipam a condenação dos atos emulativos. Esta é também pacificamente acolhida pelos praxistas, no tronco comum dos Direitos português e brasileiro atuais. Assim, Coelho da Rocha já exclui os atos que causem prejuízo a outrem sem nenhum interesse, e só por emulação<sup>10</sup>. E todos repetem o tradicional brocardo: *Qui petit quod redditurus est (...)*. (Quem pede o que terá que restituir), donde resulta a proibição da chicana.

Dessa forma, não podemos deixar de indagar por que falta justamente isso na previsão do art. 187. A estranheza ainda cresce quando verificamos que os atos emulativos não deixam de estar previstos: mas estão no art. 1228, § 2.º, e não no art. 187, como dissemos.

Limitando-nos agora ao art. 187, vejamos se o seu conteúdo é susceptível de unificação substancial.

Há aspectos comuns:

1) Regula o exercício dos direitos – assim acontece também nos Códigos grego e português. O defeito ou vício da conduta verifica-se quando ocorre o exercício de um direito; 2) Supõe um excesso manifesto – é também uma característica comum às três leis e às três categorias de casos mencionados: o exercício em causa deve exceder **manifestamente** os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim econômico ou social.

É bom que assim aconteça. Seria muito inconveniente, e mesmo socialmente insuportável, que todo o exercício jurídico pudesse ser objeto de um controle social exaustivo, para verificar se haveria nele abuso ou não. Criaria uma litigiosidade sem fim, ainda que o recurso a juízo fosse deixado na disponibilidade dos interessados. Só os casos de exercício **manifestamente** excessivo, por abusivo, poderão ser atingidos.

Mas há também elementos que põem em causa a unificação como categoria unitária do abuso do direito.

À primeira vista surge a omissão da qualificação “abuso do direito”. A lei brasileira não menciona a figura do abuso do direito.

É verdade que o CC/02 não tem epígrafes, e por isso essa diferença do CC português deve ser relativizada. Mas também não pode deixar de implicar que o intérprete fica mais solto, para no final qualificar a situação realmente como abuso do

direito ou não. Os intérpretes não aproveitaram essa liberdade. Unanimemente, ao que pensamos, qualificaram a matéria como abuso do direito, sem discutir a categoria.

Vejamos então se o art. 187 é ou não referível a essa figura; e se o não for, o que pensar do instituto tradicional do abuso do direito.

### 1) **Exercício inadmissível**

Poderão as modalidades de exercício irregular compreendidas no art. 187 ser unificadas por referência a um exercício inadmissível de situações jurídicas?

É uma categoria utilizada com freqüência, no seguimento da previsão do BGB. Cremos porém que a qualificação é pouco explicativa – ou talvez nada explicativa, pois ficamos sem saber por que é inadmissível esse exercício. Falta a caracterização material que estará na origem dessa inadmissibilidade.

Por muitas razões o Direito pode rejeitar tipos de exercício. Um exercício rejeitado pelo Direito é um exercício inadmissível, mas nem todo exercício inadmissível deve ser qualificado como abuso do direito. Um exercício ilícito ou a lesão são exercícios rejeitados, sem que por isso se deva caracterizar todo exercício ilícito ou a lesão como abuso do direito.

### 2) **Exercício disfuncional**

Uma vez que vai contra a função, poderemos dizer que há um exercício disfuncional?

De fato, na origem histórica recente da figura tiveram-se em vista situações de exercício disfuncional. Porém, desde já se há de observar que a disfunção não é necessariamente repelida pela ordem jurídica; pode a disfuncionalização ser deixada à autonomia privada.

O que dizemos ilustra-se flagrantemente com a figura do negócio indireto.

Fala-se em negócio indireto quando um negócio é utilizado para um fim que não é o seu típico.

O negócio indireto não é proibido<sup>11</sup>. O recurso a este está dentro dos limites da autonomia privada. O que importa é distinguir os tipos em que a finalidade legal se impõe às partes e aqueles em que é deixada à autonomia privada. Tal como as partes podem criar negócios atípicos, assim podem nesses termos recorrer a negócios indiretos.

Por isso, também os casos de abuso do direito não podem ser definidos como casos de exercício disfuncional de situações jurídicas.

### 3) **Estará em causa a funcionalidade?**

Assim acontece efetivamente quando se prevê o **fim econômico ou social** do direito. Trata-se, então, ou de funcionalidade, ou de algo muito próximo a ela – a finalidade.

Mas que dizer das outras situações?

Afirmando-nos bem, verificamos que no art. 187 não se pode dizer que é sempre a funcionalidade que é salvaguardada.

Os **bons costumes** nada têm a ver com considerações funcionais. Se os atos contra os bons costumes são vedados, isso resulta de considerações de outra ordem, de origem ética, e não de exigências de realização de funções. Aliás, os bons costumes não representam algo que só respeite ao exercício. Manifestam-se em geral no direito, na valoração das cláusulas contratuais, por exemplo. Os alemães não consideram ilícito o ato contra os bons costumes, porque distinguem o ato contrário à lei ou ilícito do ato contra os bons costumes<sup>12</sup>. De todo modo, o exercício contra os bons costumes é rejeitado, não por ter algo a ver com a função, mas por causa do seu conteúdo.

Revela-se assim já uma disparidade, e profunda, entre dois tipos de situações contempladas no art. 187.

## 5 O EXERCÍCIO CONTRÁRIO À BOA-FÉ

E que dizer da inclusão da boa-fé no art. 187?

A boa-fé é um grande princípio valorativo do Direito. O CC/02 traz um progresso assinalável nesse campo, uma vez que a boa-fé cobre quase integralmente todo o domínio das ações e das situações jurídicas.

Há que partir da grande distinção da boa-fé em subjetiva e objetiva.

A subjetiva está ligada a uma posição do espírito do agente. Exprime-a o Código através de expressões como “*sabendo que...*” (art. 1.212, por exemplo).

A boa-fé objetiva, que aqui nos interessa em particular, traduz-se em regras de conduta. Pergunta-se, valorativamente, como se comportaria naquela situação um sujeito de boa-fé. Traçam-se deste modo padrões de correção no comportamento, que permitem a valoração de casos concretos.

O grande inconveniente da boa-fé, tal como tem sido desenvolvida, é o oposto de sua virtude: a excessiva extensão. Se se aplica a todos os setores do Direito e em todas as circunstâncias, perde compreensão. Por isso dizemos que a boa-fé, se é tudo, passa a não ser nada. Passa a ser um rótulo com pouca explicatividade.

Contra essa excessiva diluição há que reagir, distinguindo figuras que concretizem o critério geral. Assim, o *venire contra factum proprium*, ou comportamento

contraditório, permite detectar e conseqüentemente concretizar uma manifestação da boa-fé. Dá-se assim maior precisão e segurança a uma típica incidência desta categoria.

Igualmente importante é afastar o recurso à boa-fé em zonas em que tal não se justifica. O excessivo recurso à figura, para abranger matérias em que faltava apoio legal, levou a aplicações indevidas, meramente nominalísticas e carecidas de apoio substantivo. É o que se passa, a nosso ver, com a onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias, que o art. 478 do CC/02, por uma importação menos feliz que tem por origem a posição da jurisprudência alemã, reconduz a uma exigência contrária à boa-fé. A exigência é irrelevante, pois o que é decisivo é a desproporção ou desequilíbrio das situações que fere a justiça contratual<sup>13</sup>.

Dito isto, retomemos o tema do abuso do direito. O art. 178 também recorre à boa-fé; e é de aplaudir que o faça, porque o exercício dos direitos se deve pautar pela boa-fé.

Mas a imposição da boa-fé no exercício de direitos não pode ser reconduzida a uma rejeição da disfuncionalização. Não está necessariamente em causa um exercício disfuncional. Aquilo que se disciplina é algo que respeita quase sempre ao conteúdo e não à função. Pretende-se que o exercício seja correto e não evitar, muito menos evitar sempre, que o exercício seja desviado para funções espúrias. Ora, como vimos, é essa a preocupação que funda o abuso do direito.

Com isso deparamos, na base do recurso à boa-fé, com uma situação semelhante à que encontramos a propósito dos bons costumes. O que está em jogo é uma apreciação substancialmente dirigida ao conteúdo das condutas, e não forçosamente o desvio de uma função. Imaginemos que Paulo tem o direito de fazer escoar pelo prédio de Quirino águas que tem em excesso no seu prédio. Suponhamos agora que Paulo aproveita para se desfazer de produtos químicos que tornam estéril a terra de Quirino por onde passam. Assim procedendo, nada adianta afirmar que Paulo agiu disfuncionalmente: ele está prosseguindo um interesse próprio. Mas o ato é ilícito, porque é contrário à boa-fé realizar um escoamento de maneira que destrói a terra para a qual é dirigido.

Talvez por isso se explique que a lei brasileira tenha qualificado aqueles atos como ilícitos. Uma vez que não se baseia na disfuncionalidade, mas num conteúdo do exercício que vai contra um princípio geral do Direito, o exercício é ilícito. Mas com isso também se afasta da figura do abuso do direito, em que a conseqüência da ilicitude é bastante mais duvidosa, como veremos.

Em conclusão: verificamos que todas as categorias previstas no art. 187 não se confundem, afinal, com o clássico abuso do direito.

## 6 SOBRE UM EVENTUAL CARÁTER UNITÁRIO DAS FIGURAS CONTEMPLADAS NO ART. 187

Que pensar então do próprio art. 187? Ele engloba três figuras distintas entre si, enquanto contempla a contrariedade: a) à boa-fé; b) aos bons costumes; c) ao fim econômico ou social do direito.

Tais figuras só apresentam um laço entre elas: todas consistem em irregularidades no exercício de um direito.

Será isto um elemento de unificação bastante? O art. 187 pode ser descrito como o preceito que prevê a irregularidade no exercício dos direitos?

Também assim não se resolve, porque muitas outras irregularidades no exercício há, além das contempladas. Basta pensar em todas as modalidades de exercício proibido: plantar maconha, afrontar preceitos ecológicos ...<sup>14</sup>. Temos assim três figuras distintas e não reconduzíveis a uma categoria comum. Por que as juntou então o Código?

É *também ilícito*, diz o art. 187<sup>15</sup>. Sabendo embora que há muitas outras formas de exercício ilícito, o que se poderá retirar desse acentuar da ilicitude?

De ilícito pode-se falar: a) em sentido restrito; b) em sentido lato.

**Em sentido restrito**, temos, parece, a figura contemplada no art. 186. Diríamos ser um ilícito subjetivo. Pelo menos exige dolo ou negligência, nos casos normais<sup>16</sup>.

**Em sentido lato**, porém, temos um entendimento objetivo da ilicitude, como contrariedade a preceito jurídico, mas independentemente do estado de espírito do agente.

Ora, o art. 187 emana desse conceito amplo e objetivo de ilicitude. Não pergunta se o exercício se fez com base em dolo ou negligência, ou não. Para que a conduta seja atingida por aquela previsão não há que discutir: se o sujeito se apercebeu de que contrariava os bons costumes, se pretendia ou não violar a função econômica ou social, se julgava ou não atuar corretamente.

Em todos os casos, a ilicitude proclamada não depende da qualificação da vontade ou do estado de espírito do agente.

Encontramos assim mais um tênue laço entre as figuras contempladas. Não só representam sempre irregularidades no exercício do direito, como padecem de uma irregularidade objetiva, no sentido de não depender do estado de espírito do agente.

Podemos encontrar ainda uma terceira razão para o legislador ter juntado três figuras díspares. Em todos os casos, encontramos o elemento comum de não bastar a mera descrição de uma conduta para caracterizar o ilícito. Intervém sempre um traço valorativo, indispensável para a caracterização da irregularidade.

Saber se há ou não ofensa aos bons costumes ou violação da boa-fé só se pode apurar mediante uma valoração das condutas em causa. Há uma cláusula geral valorativa, e só ela nos pode dar a resposta quanto à ilicitude. Mesmo a contrariedade ao fim econômico ou social do Direito não se basta com a materialidade de uma conduta; exige ainda que sobre ela se faça a valoração, de que resultará poder-se concluir se o fim ou função do direito em causa foi postergado.

Temos com isto apurada uma conexão das figuras em causa, não obstante a sua diversidade. Representam sempre causas valorativas de atuações objetivamente ilícitas no exercício dos direitos.

É um parentesco frágil. Bastará ele para permitir unificar as várias figuras num instituto próprio? Isso só seria possível se lográssemos encontrar um regime comum, pois de outro modo a unificação seria meramente nominal.

Expressamente, o art. 187 só contém a qualificação das condutas como **ilícitas**. Que significado poderemos retirar dela, em termos de regime?

Chamamos já a atenção para a diversidade de qualificações, nos três códigos que albergam regra semelhante. O Código Civil grego declara **proibido**. Não esclarece praticamente nada. O Código Civil português qualifica como **ilegítimo**. Não é um termo técnico. Supomos que a motivação tenha sido essencialmente negativa: quis-se fugir à qualificação como ilícito. Ter-se-á tido em vista, a nosso ver, que as conseqüências do exercício **abusivo** podem ser muito variadas, não consistindo apenas na responsabilidade civil que estaria ligada à afirmação da ilicitude. Pode fundar tão-só a pretensão de cessação da conduta, a reconstituição natural e outras conseqüências ainda, nelas incluída a responsabilidade civil, se acrescerem os elementos normais do dolo ou negligência.

O CC/02 qualifica como **ilícito**. Mas é um ilícito objetivo. Não está ligado diretamente ao dano, ao contrário do que se passa no art. 186. Como tal, não se afasta da posição do Código Civil português, pois a ilicitude em sentido amplo não basta para impor como conseqüência necessária a responsabilidade civil.

A conseqüência comum desses modos de exercício seria assim a irregularidade. Sendo irregular, o exercício pode ser proibido: pode ser utilizada a ação inibitória.

Por outro lado, as cláusulas que estipulam condutas desse tipo devem ser consideradas inválidas. Um efeito condicionado a um exercício dessa ordem (contra os bons costumes, por exemplo) seria ilegal<sup>17</sup>.

Encontramos pois alguns aspectos de regime que podem ser considerados comuns. Mas bastará isto para que se possa falar de um instituto unitário?

## 7 A OFICIOSIDADE NA APRECIACÃO

A nossa resposta é negativa. Não há nenhum instituto unitário cuja base seja o art. 187 do CC/02.

Não só não há base para se admitir um regime comum, por ser a junção meramente casual, como a unificação seria até nociva. Vamos dar algumas pistas de sustentação dessa tese examinando duas áreas em que se poderia supor a existência de um regime comum, e proceder à sua crítica: a oficiosidade e a responsabilidade civil.

Começemos pela oficiosidade. Perguntamos com isto se, perante um litígio que lhe seja colocado, o juiz poderá por sua iniciativa suscitar a questão da aplicação do art. 187, invocando o caráter oficioso da apreciação do abuso do direito.

Pressupõe-se que haveria no processo elementos que poderiam fundar a afirmação dum abuso do direito, mas que isso não teria sido alegado pelas partes. Em semelhante hipótese, não se ultrapassa o ônus da prova; mas haver-se-ia de perguntar se não seria ultrapassado o ônus da alegação. Não pretendo entrar num debate de Direito Processual. Limito-me, porque parece importante, a aduzir os termos em que a questão foi suscitada em Portugal, diante de previsão legal tão semelhante.

Vaz Serra defendeu categoricamente que *é função do tribunal determinar os limites internos dum direito, mesmo que as partes os não invoquem*<sup>18</sup>. Atingiria o que *choca clamorosamente o sentido de Justiça*. Mas a verdade é que desse modo não se apresenta nenhum critério ou fundamento da posição assumida; e é muito real o risco de, por falta de parâmetros seguros, cair-se numa jurisprudência de sentimento.

Vaz Serra afirmara que o agente em abuso do direito atuaria *como se não tivesse direito*<sup>19</sup>. O Supremo Tribunal de Justiça português inspirou-se na idéia, mas levou-a a um extremo: o abuso do direito seria um caso de falta de direito. O que seria necessário justificar, pois o agente tem um direito, o que não pode é exercê-lo assim.

É todavia com essa base que o Supremo Tribunal de Justiça se sente legitimado para controlar oficiosamente tudo. Mesmo que a parte não tenha invocado o abuso do direito, o Supremo permite-se deitar abaixo qualquer decisão contrária das instâncias que não lhe agrade, não precisando retomar o debate jurídico realizado; basta-lhe afirmar que o recorrido pratica um abuso do direito.

Assim, num acórdão de 25 de junho de 1986, o Supremo decidiu pelo abuso de direito um caso de dispensa realizada durante o período experimental, porque não tinha havido sequer exercício efetivo, uma vez que ocorrera em tempo de férias. Não havia falar, porém, em abuso de direito, uma vez que o próprio conteúdo do caso mostrava que a decisão era inadmissível. Bastava a interpretação para levar a concluir que a lei não permitia dispensa no período experimental, salvo fundada numa prestação insatisfatória do trabalhador<sup>20</sup>.

Com esse entendimento, o Supremo afasta na prática o princípio dispositivo. Não há nenhum fundamento que permita em geral que, não tendo havido oposição da parte, o tribunal pesquise oficiosamente o fundamento da pretensão. Nem a falta absoluta de direito, que o Supremo invoca, seria oficiosamente pesquisada.

A unificação das várias figuras num instituto único revela-se assim perniciosa, porque faz perder de vista a diversidade das situações. Antes, tem-se de distinguir os casos em que o tribunal pode intervir oficiosamente e aqueles em que está sujeito às alegações das partes.

O que se impõe então por si ao tribunal, independentemente de alegação das partes?

São as normas injuntivas imperativas e as que se possam qualificar como de ordem pública. Todas as outras dependem de alegação, mesmo as normas simplesmente injuntivas<sup>21</sup>.

Passamos assim a verificar que atitude o tribunal deve adotar perante cada categoria de situações, dentre as contidas no art. 187.

a) Exercício contra os bons costumes – viola regras que devem ser consideradas de ordem pública em geral. A contrariedade a estas regras deve ser oficiosamente controlada.

b) Exercício contrário à boa-fé – a boa-fé objetiva exprime-se por regras de condutas. Essas regras de conduta regulam as posições dos particulares: cabe a estes fazê-las valer, quando for do seu interesse.

Dada a desmesurada extensão da boa-fé, não podemos excluir de saída que em situações de extrema gravidade a contrariedade possa ser oficiosamente controlada, por incidência de outras considerações. Mas o princípio básico, se não mesmo universal, é o de que cabe às partes, querendo, defender-se.

c) Exercício contrário ao fim econômico ou social – essa categoria envolve uma boa dose de ambigüidade. Temos porém um apoio no art. 2.035, parágrafo único, CC/02, que qualifica como regras de ordem pública as referentes à função social da propriedade e do contrato. O preceito é relativo às **convenções**, mas dele retira-se facilmente a extensão da qualificação da ordem pública também para o próprio exercício.

Daqui resulta que a contrariedade do exercício à função social deve ser oficiosamente apreciada em juízo.

Quanto a outros atos que possam estar compreendidos na categoria “fim econômico ou social”, haverá que pesquisar. O princípio será o de suscitar apreciação oficiosa, para se salvaguardar o interesse coletivo, mas não está excluído que em certas categorias esse fim não tenha tal relevância que imponha a apreciação oficiosa. Seria porém necessária uma distinção das vastas categorias de atos

implicados, que só poderia resultar de uma investigação específica, para permitir uma conclusão neste domínio<sup>22</sup>.

## 8 A RESPONSABILIDADE CIVIL

O outro grande banco de ensaios situa-se no domínio da responsabilidade civil.

O art. 187 do CC/02, ao qualificar como ilícitos os exercícios que caracteriza, pareceria levar à conseqüência que de todo abuso do direito resultaria a obrigação de indenizar, desde que ocorresse dano. Com efeito, o art. 927 dispõe: quem, *por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*. A sujeição ao dever de reparar danos resultaria assim universalmente de todo ato **abusivo** causador de danos.

Mas é o próprio art. 927, no parágrafo único, que delimita as hipóteses em que há dever de reparar o dano, independentemente de culpa. O que significa que, quando se fala no proêmio em ato ilícito, tem-se em vista o ato para o qual o agente concorreu com culpa. Se não houver culpa, a responsabilidade só poderá relevar nos casos especificados no art. 927, parágrafo único, que são justamente os de responsabilidade sem culpa. Esses casos são:

1) Os especificados em lei – mas o art. 187 não determina a sujeição à responsabilidade, logo, não terá automaticamente essa conseqüência.

2) Os que implicarem, por sua natureza, risco aos direitos de outrem – não é o caso do art. 187: nada permite afirmar que os exercícios previstos impliquem, por natureza, risco para outrem.

É certo que o art. 927 refere especificamente os arts. 186 e 187. Porém, aí atende-se apenas ao art. 187 para efeitos da responsabilidade civil. Se não houver culpa, a responsabilidade civil não ocorre.

Mas então haverá que perguntar se não é possível haver um ato abusivo de que não resultem danos, ou em que não haja “culpa” do agente, ou em que se não aplique o art. 927 § único. Isso é possível?

Sem dúvida. A violação da função social de um bem, por exemplo, pode não provocar danos a terceiro. Pode também ser praticada sem dolo ou negligência; e não faz incorrer por si na responsabilidade sem ilícito.

Temos então outra conseqüência negativa da amálgama constante do art. 187. Mesmo no que respeita ao dever de reparar os danos, deixou de atender à índole própria de cada situação contemplada.

Teremos então de nos resignar a concluir que do preenchimento da factispécie do art. 187 nenhuma consequência resulta, se não couber dever de indenizar danos?

Não é assim. O ato é de todo modo irregular. E da irregularidade ou desconformidade do ato com a ordem jurídica podem derivar múltiplas consequências. Suponhamos um ato contrário à função social que não seja caracterizado por dolo ou negligência. O ato tem por si consequências desde logo porque permite que seja imposta a cessação desse ato. Muitas outras são ainda possíveis consoante as circunstâncias, como sejam, a invalidade de cláusulas abusivas, as defesas contra os atos contrários aos bons costumes e assim por diante.

O que acontece é que também por esse prisma a uniformização é nefasta. A qualificação do ato abusivo como ilícito não melhora, antes perturba, porque esconde a especificidade de cada situação implicada. A análise terá de prosseguir, não pelo desenvolvimento abstrato da categoria da ilicitude, mas pela análise tópica das consequências que podem resultar da violação da boa-fé, dos bons costumes ou do fim social ou econômico dos direitos exercidos.

Isto significa que, repudiada a falaciosa unificação das três figuras, o caminho que se abre é, aqui como noutros traços do regime jurídico, analisar separadamente cada categoria por si, para verificar qual a disciplina que lhe corresponde. É tarefa que deixamos assinalada mas seria deslocada aqui, porque nos levaria a empreender, não uma pesquisa, mas três pesquisas diferentes e afinal dissociadas entre si. Limitamo-nos a referir adiante alguns aspectos parcelares.

## 9 A REJEIÇÃO DE UM UNITÁRIO “ABUSO DO DIREITO”

Cabe agora expor o que resulta da pesquisa realizada.

Temos de nos resignar a admitir que não há um instituto unitário do abuso do direito. Há três institutos independentes, reunidos sob um preceito legal e uma etiqueta doutrinária apenas por representarem modos irregulares de exercício de direitos, mas cada um está subordinado a princípios e regime próprios.

Nem sequer a etiqueta é boa. **Abuso**, afinal, não diz nada. Significa tão-somente que há uma irregularidade (porque se afrontam os bons costumes, por exemplo). Mas além destas três causas de irregularidade muitas outras há.

Daqui concluiríamos que a expansão da figura, além do núcleo clássico dos atos emulativos (e chicaneiros), não se justifica; cria uma categoria meramente semântica, a que não corresponde um instituto jurídico caracterizado.

## 10 ATOS EMULATIVOS E CHICANEIROS

Na análise anterior fomos surpreendidos pela circunstância de o domínio clássico do abuso do direito não ser afinal referido no art. 187. Este não menciona os atos emulativos e chicaneiros. Como proceder, perante essa omissão?

Poder-se-ia tentar enquadrá-los em princípios muito gerais da ordem jurídica. Assim procede Castanheira Neves, que encontra a resposta no próprio fundamento material-normativo constitutivo do direito<sup>23</sup>.

Sem negarmos essa fundamentação última, consideramos que a certeza do direito impõe a mediação de categorias mais concretizadas. E, uma vez que o abuso do direito tem sido referenciado às figuras contempladas no art. 187, parece-nos prioritário indicar se os atos emulativos e chicaneiros poderão ser afinal integrados em alguma das três espécies aí reunidas.

Poderia parecer que caberiam no domínio dos bons costumes, uma vez que os atos emulativos e chicaneiros trazem a marca do eticamente reprovável. Mas o âmbito atribuído a essa cláusula geral é no Brasil bem mais restrito que o que lhe cabe na Alemanha, por exemplo. Não basta a referência a uma reprovação ética para justificar a integração no exercício contra os bons costumes. Sem que isto signifique, por outro lado, uma minimização da categoria, acantonando-a a aspectos da moral sexual.

Uma limitação referente a atos emulativos e chicaneiros não tem a ver com o fim econômico ou social, nomeadamente com a função social dos direitos. Poder-se-ia falar antes de uma **função pessoal**, mas essa não encontraria guarida expressa no art. 187.

Digamos que o limite representado por essas figuras é um limite geral. Aplica-se a todo o exercício de direitos. Mas, como toda orientação geral, implica depois uma valoração em concreto, perante as circunstâncias do caso.

Em relação aos concretos direitos, representa um limite intrínseco e não extrínseco: não resulta de um ajustamento com outras posições jurídicas, mas de um limite implícito em todo o exercício. Esse limite é de caráter funcional; o que se exclui não é descritivamente enunciável. É perante a configuração concreta da situação que se conclui se esse exercício é emulativo ou é chicaneiro.

Tal caracterização leva-nos a aproximar da figura da boa-fé. Como dissemos, a boa-fé no exercício que releva, para efeitos do art. 187, é a boa-fé objetiva.

A boa-fé diz respeito a conjunturas de relação, impõe padrões de correção que devem presidir o relacionamento das pessoas. Traduz-se assim em regras de conduta. No caso do art. 187, essas regras de conduta referem-se ao exercício dos direitos.

Ora, um ato emulativo (tal como um ato chicaneiro) vai contra a boa-fé. A relação que se pressupõe entre os intervenientes é uma relação da vida, que não terá de configurar necessariamente como relação jurídica. Em qualquer caso, os exemplos que se apontam são de relações jurídicas: a relação predial de vizinhança para o ato emulativo, a relação processual para o ato chicaneiro...<sup>24</sup>

É verdade que a lesão da boa-fé não tem como traço essencial a disfuncionalização. Mas vimos atrás<sup>25</sup> que os atos contrários à boa-fé podem ser também atos disfuncionais. É quanto basta para que essas figuras possam ficar igualmente compreendidas.

Tenha ou não estado no espírito do legislador histórico, a boa-fé tem amplitude suficiente para abranger sem distorção essas figuras também. Não lhes dá regime autônomo, mas este resultará da análise individualizada, que dissemos ser indispensável, dessa categoria.

Somos pois de parecer que a lacuna aparente do art. 187, em relação às figuras que estão na origem histórica do abuso do direito, se preenche pelo recurso à categoria valorativa ampla da boa-fé.

## 11 CONCLUSÃO

Eis por que se justifica afirmar que o abuso do direito não é, apesar das aparências, um instituto da lei brasileira. Não é o conteúdo do art. 187 do novo Código Civil, que nem sequer usa a expressão “abuso do direito”.

Se quisermos continuar a recorrer à categoria doutrinária do abuso do direito, mais vale referi-la às situações de Direito da Vizinhança, contempladas no art. 1.228 § 2º. Mas então falar de atos emulativos ou chicaneiros já diria tudo.

No que respeita ao art. 187, temos de nos resignar a decompô-lo em três situações diferentes que representam irregularidades no exercício dos direitos. Essa é a realidade; nem sequer todas as formas de irregularidade no exercício estão compreendidas. Não há base para a unificação num instituto próprio.

Falar, pois, num unitário abuso do direito só confunde. As figuras contempladas são muito diferentes e os regimes variam, ao sabor da sua índole específica. Bons costumes, boa-fé e fim econômico e social exprimem espíritos e funções muito diferentes. Nada se lucra em tomá-los como comuns; pelo contrário, abre-se a porta a erros graves.

Mas isso não significa que o art. 187 deva ser objeto de um juízo apenas negativo. Uma vez depurado o seu objeto, representa mais um avanço do movimento de eticização e substancialização do Direito, em que o novo Código se empenhou.

Junta-se a tantas outras cláusulas valorativas, da onerosidade excessiva à lesão, da função social à redução da cláusula penal.

Por efeito de todos esses institutos, o *pacta sunt servanda* ou o mero apelo à autonomia da vontade perderam a sua suficiência. O conteúdo das situações jurídicas volta a ganhar protagonismo para a apreciação da juridicidade.

Esse é o contributo do art. 187 no domínio do exercício dos direitos. Todas as categorias aí contidas respeitam ao conteúdo dos atos de exercício. Mas a referência à boa-fé permite ir ainda mais longe porque, representando uma regulação de relações humanas que se manifestam no exercício dos direitos, impõe uma observância da justiça no conteúdo das situações criadas. Por si, e na necessária conexão em que se encontra com os atos emulativos e chicaneiros, representa outro pilar para o desbravar desse domínio.

Há assim base para que o art. 187, particularmente pela conexão em que se encontra com a condenação dos atos emulativos e chicaneiros, seja uma pedra básica para a formulação, que se há de fazer, de uma teoria geral da relevância da justiça do conteúdo das situações jurídicas como pressuposto do reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de validade e eficácia.

## REFERÊNCIAS

- 1 Como diferença menor temos a ordenação das categorias reclamadas. O Código Civil português menciona os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico; o CC/02, *o fim econômico ou social, a boa-fé ou os bons costumes*.
- 2 Mais precisamente, nas disposições preliminares sobre propriedade: *São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem*.
- 3 Esta doutrina está ligada ao movimento de renovação cultural francesa, posterior à conquista de Paris pelas tropas alemãs em 1870, que impulsionou o escol intelectual francês a procurar caminhos autônomos em relação aos que se seguiam na Alemanha. Manifestou-se em numerosos setores e nomeadamente originou o que podemos considerar a última escola jurídica francesa de repercussão internacional.
- 4 Mas a aceitação em Portugal não teve em conta o art. 2.167 do Código Civil de Seabra, então vigente, que o dispensava. Numa posição singular para a época, a propriedade era definida como funcionalmente delimitada. Aquele artigo atribuía ao proprietário a aplicação à *conservação da sua existência e ao melhoramento da sua condição* de tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu. O que se pretendia com o abuso do direito resultava assim de previsão específica de lei.

- 5 Nomeadamente o acolhimento integral da versão francesa que se encontra na monografia que Everardo da Cunha Luma dedica ao tema: *Abuso do direito*. 2. ed. Forense, 1988. Para o autor, porém, o abuso do direito é um ato ilícito, pois se baseia na referência do Código Beviláqua ao *exercício irregular de um direito* (art. 160, I), o que o leva a afastar a teoria objetiva de Saleilles (n. 24).
- 6 Seja por tudo reduzirem à aplicação, como Castanheira Neves, seja por considerarem as duas operações incidíveis, segundo Canaris e uma linha de outros autores germânicos.
- 7 Sobre essa matéria, ver a nossa *Introdução à Ciência do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005 (o título das edições anteriores desta obra foi *O Direito: introdução e teoria geral - uma perspectiva luso-brasileira*, n. 351).
- 8 RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o problema da liberdade contratual*. Almedina, 1999, 229 e nt. 579. Não haveria controle na autodeterminação, exceto em caso de abuso de direito. Este não teria por objeto apenas direitos, mas também faculdades, como a de contratar.
- 9 TARTUCE, Flávio. Considerações sobre o abuso do direito ou ato emulativo civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2004. v. 2, p. 89-110 (n. 3).
- 10 COELHO DA ROCHA, Manuel Antônio. *Instituições de Direito Civil português*. 4. ed. Coimbra: Livraria J. Augusto Orcel, 1857. v. 1, § 49; v. 2, § 403.
- 11 Tal como o negócio fiduciário. O contrário se passa com o negócio simulado, de que o indireto se distingue bem. O negócio simulado é proibido, mas por razões que nada têm a ver com a disfuncionalização.
- 12 Talvez por influência remota, o CC/02 separa os arts. 186 e 187, colocando no primeiro os atos contra lei e no segundo os atos contra os bons costumes.
- 13 Sobre essa matéria, ver o nosso "Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil". *Revista CEJ*, v. 8, n. 25, p. 59-69, abr./jun. 2004; *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, n. 56, p. 43-73, abr./jun. 2004; DELGADO, *op. cit.*, p. 167-190. "Faculdade de Direito: Debate dois anos do Código Civil", UNIVERSITAS/JUS, *Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília*, n. 11, p. 81-103, 2004, n. 9.
- 14 E também, eventualmente, desrespeitar preceitos imperativos sobre forma, registro, publicidade...
- 15 É crítica em relação à qualificação do ato abusivo como ilícito Heloísa Carpena (O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 377-396 (392), por obscurecer os contornos e caminhar no sentido da responsabilidade subjetiva.
- 16 Atente-se a que o preceito tem em vista a responsabilidade civil, pois refere expressamente o dano.

- 17 Na progressão da ilicitude ou ilegalidade, poder-se-ia perguntar se um efeito comum não seria ainda a **susceptibilidade de legítima defesa** contra um modo de exercício “abusivo”. A legítima defesa é prevista pelo art. 188 I, mas sem a definir. Todavia, é genericamente caracterizada como defesa ou reação a uma agressão ilegal. A ilicitude decorrente do art. 187 seria uma ilicitude objetiva, vimos. Isso não é impedimento, porque contra a ilicitude objetiva pode configurar-se legítima defesa. Em concreto é porém muito difícil supor atos de exercício “abusivo” que justifiquem legítima defesa. Os exemplos que ocorrem parece fundarem-se mais numa agressão delitual contra o defendente que na caracterização como abusivo do exercício do ofensor. O esclarecimento do tema exigiria a análise individualizada de hipóteses referidas à violação dos bons costumes, da boa-fé e do fim econômico ou social, que poderiam talvez levar a resultados diferentes. Mas não podemos entrar nessa seara. Nem parece necessário. Que em todas as modalidades há um ilícito, no sentido assinalado atrás, já o sabemos. As conseqüências em matéria de legítima defesa bastam-se com a ilicitude ou ilegalidade da atuação. Nada acrescentam por isso, em qualquer caso, ao elemento comum da ilicitude que apuramos já existir.
- 18 Abuso do direito, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 112, 131.
- 19 No estudo pré-legislativo para o Código Civil sobre abuso do direito, *Boletim do Ministério da Justiça*, 85, 253.
- 20 A mesma indefinição de fronteiras nos parece encontrar-se no caso relatado por Heloísa Carpena (*op. cit.*, p. 387, nota 20), em que o STJ (Brasil) considerou haver abuso de direito do banco que, invocando cláusula de contrato de financiamento, se pagou através de numerário depositado em conta corrente que fora obtido pelo correntista junto do BNDES para pagamento de salários. Não está em causa haver abuso ou não, basta simplesmente a interpretação da cláusula e da lei em que se funda, para saber se aquela conduta estaria abrangida ou não pelos poderes do banco em relação ao correntista. Não há abuso, há um eventual exercício sem direito.
- 21 Partimos evidentemente do princípio de uma distinção entre normas imperativas e normas simplesmente injuntivas. Cfr. a esse propósito o art. 294 do Código Civil português, que estabelece o princípio da nulidade dos negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de caráter imperativo.
- 22 É a situação de certo modo inversa da que encontramos na análise da boa-fé. Aí, a regra seria a não-oficiosidade, sem que se pudesse excluir que em certas situações a oficiosidade se impusesse. Aqui é a hipótese de não-oficiosidade que deve ser ressalvada, como hipótese marginalmente possível.
- 23 O A. não nega o instituto, mas considera-o afinal como afloração do “direito justo”, independentemente da lei positiva: *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*. Almedina, 1967, § 18, n. 1.
- 24 O ato emulativo pode ser praticado por omissão. O proprietário de terreno agrícola que o deixa bravo só para prejudicar as explorações vizinhas, pelas repercussões da fauna e da flora que aí se desenvolve, pratica um ato emulativo. Mas nesse caso haveria que conjugar essa matéria com o direito de vizinhança. Se este obedece ao princípio fundamental da manutenção do estado dos

lugares (ou, melhor ainda, da preservação do equilíbrio imobiliário), como defendemos (cfr. o nosso “Responsabilidade civil e relações de vizinhança”. *Revista dos Tribunais*, n. 595, p. 21-33, maio 1985; *Ciências Humanas*, v. 8, n. 26, p. 87-97, jul. 1985), também pelas regras da vizinhança aquela conduta seria condenável. Numa outra perspectiva, mas sem relacionar a matéria com a do abuso do direito, cfr. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Do uso anormal da propriedade no novo Código Civil. *Revista da EMERJ* n. 6/21 (03), 15-24.

25 *Supra*, n. 5.

## 4 Enunciados Aprovados

---

## 4 ENUNCIADOS APROVADOS

### ESCLARECIMENTOS DA COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

1. A II Jornada de Direito Civil não elaborou enunciados.
2. Os Enunciados n. 96 e ns. 120 a 137, da I Jornada, constituem propostas de modificação do Código Civil de 2002.
3. Os seguintes Enunciados da I Jornada sofreram modificação na III Jornada:
  - N. 56, cancelado pelo de n. 235. (Direito de Empresa, arts. 970 e 1.179 do Código Civil)
  - N. 64, cancelado pelo de n. 234. (Direito de Empresa, art. 1.148)
  - N. 90, alterado pelo de n. 246. (Direito das Coisas, art. 1.331)
  - N. 123, prejudicado pelo de n. 254. (Direito de Família, art. 1.573)
4. Os demais enunciados da I e III Jornadas são considerados compatíveis entre si.

#### 4.1 PARTE GERAL

- 138** – Art. 3º: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.
- 139** – Art. 11: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.
- 140** – Art. 12: A primeira parte do art. 12 do Código Civil refere-se às técnicas de tutela específica, aplicáveis de ofício, enunciadas no art. 461 do Código de Processo Civil, devendo ser interpretada com resultado extensivo.
- 141** – Art. 41: A remissão do art. 41, parágrafo único, do CC às “pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado”, diz respeito às fundações públicas e aos entes de fiscalização do exercício profissional.
- 142** – Art. 44: Os partidos políticos, os sindicatos e as associações religiosas possuem natureza associativa, aplicando-se-lhes o Código Civil.
- 143** – Art. 44: A liberdade de funcionamento das organizações religiosas não afasta o controle de legalidade e legitimidade constitucional de seu registro, nem a possibilidade de reexame, pelo Judiciário, da compatibilidade de seus atos com a lei e com seus estatutos.
- 144** – Art. 44: A relação das pessoas jurídicas de direito privado constante do art. 44, incs. I a V, do Código Civil não é exaustiva.
- 145** – Art. 47: O art. 47 não afasta a aplicação da teoria da aparência.
- 146** – Art. 50: Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial). (Este Enunciado não prejudica o Enunciado n. 7)
- 147** – Art. 66: A expressão “por mais de um Estado”, contida no § 2º do art. 66, não exclui o Distrito Federal e os Territórios. A atribuição de velar pelas fundações, prevista no art. 66 e seus parágrafos, ao MP local – isto é, dos Estados, DF e Territórios onde situadas – não exclui a necessidade de fiscalização de tais

pessoas jurídicas pelo MPF, quando se tratar de fundações instituídas ou mantidas pela União, autarquia ou empresa pública federal, ou que destas recebam verbas, nos termos da Constituição, da LC n. 75/93 e da Lei de Improbidade.

- 148** – Art. 156: Ao “estado de perigo” (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157.
- 149** – Art. 157: Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002.
- 150** – Art. 157: A lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento.
- 151** – Art. 158: O ajuizamento da ação pauliana pelo credor com garantia real (art. 158, § 1º) prescinde de prévio reconhecimento judicial da insuficiência da garantia.
- 152** – Art. 167: Toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante.
- 153** – Art. 167: Na simulação relativa, o negócio simulado (aparente) é nulo, mas o dissimulado será válido se não ofender a lei nem causar prejuízos a terceiros.
- 154** – Art. 194: O juiz deve suprir de ofício a alegação de prescrição em favor do absolutamente incapaz.
- 155** – Art. 194: O art. 194 do Código Civil de 2002, ao permitir a declaração *ex officio* da prescrição de direitos patrimoniais em favor do absolutamente incapaz, derogou o disposto no § 5º do art. 219 do CPC.
- 156** – Art. 198: Desde o termo inicial do desaparecimento, declarado em sentença, não corre a prescrição contra o ausente.
- 157** – Art. 212: O termo “confissão” deve abarcar o conceito lato de depoimento pessoal, tendo em vista que este consiste em meio de prova de maior abrangência, plenamente admissível no ordenamento jurídico brasileiro.
- 158** – Art. 215: A amplitude da noção de “prova plena” (isto é, “completa”) importa presunção relativa acerca dos elementos indicados nos incisos do §1º, devendo ser conjugada com o disposto no parágrafo único do art. 219.

## 4.2 DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADE CIVIL

- 159** – Art. 186: O dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material.
- 160** – Art. 243: A obrigação de creditar dinheiro em conta vinculada de FGTS é obrigação de dar, obrigação pecuniária, não afetando a natureza da obrigação a circunstância de a disponibilidade do dinheiro depender da ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 20 da Lei n. 8.036/90.
- 161** – Arts. 389 e 404: Os honorários advocatícios previstos nos arts. 389 e 404 do Código Civil apenas têm cabimento quando ocorre a efetiva atuação profissional do advogado.
- 162** – Art. 395: A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor.
- 163** – Art. 405: A regra do art. 405 do novo Código Civil aplica-se somente à responsabilidade contratual, e não aos juros moratórios na responsabilidade extracontratual, em face do disposto no art. 398 do novo CC, não afastando, pois, o disposto na Súmula 54 do STJ.
- 164** – Arts. 406, 2.044 e 2.045: Tendo início a mora do devedor ainda na vigência do Código Civil de 1916, são devidos juros de mora de 6% ao ano, até 10 de janeiro de 2003; a partir de 11 de janeiro de 2003 (data de entrada em vigor do novo Código Civil), passa a incidir o art. 406 do Código Civil de 2002.
- 165** – Art. 413: Em caso de penalidade, aplica-se a regra do art. 413 ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciais.
- 166** – Arts. 421 e 422 ou 113: A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil.
- 167** – Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do

Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.

- 168** – Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação.
- 169** – Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.
- 170** – Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.
- 171** – Art. 423: O contrato de adesão, mencionado nos arts. 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo.
- 172** – Art. 424: As cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002.
- 173** – Art. 434: A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente.
- 174** – Art. 445: Em se tratando de vício oculto, o adquirente tem os prazos do caput do art. 445 para obter redibição ou abatimento de preço, desde que os vícios se revelem nos prazos estabelecidos no § 1º, fluindo, entretanto, a partir do conhecimento do defeito.
- 175** – Art. 478: A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às conseqüências que ele produz.
- 176** – Art. 478: Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.
- 177** – Art. 496: Por erro de tramitação, que retirou a segunda hipótese de anulação de venda entre parentes (venda de descendente para ascendente), deve ser desconsiderada a expressão “em ambos os casos”, no parágrafo único do art. 496.

- 178** – Art. 528: Na interpretação do art. 528, devem ser levadas em conta, após a expressão “a benefício de”, as palavras “seu crédito, excluída a concorrência de”, que foram omitidas por manifesto erro material.
- 179** – Art. 572: A regra do art. 572 do novo CC é aquela que atualmente complementa a norma do art. 4º, 2ª parte, da Lei n. 8245/91 (Lei de Locações), balizando o controle da multa mediante a denúncia antecipada do contrato de locação pelo locatário durante o prazo ajustado.
- 180** – Arts. 575 e 582: A regra do parágrafo único do art. 575 do novo CC, que autoriza a limitação pelo juiz do aluguel-pena arbitrado pelo locador, aplica-se também ao aluguel arbitrado pelo comodante, autorizado pelo art. 582, 2ª parte, do novo CC.
- 181** – Art. 618: O prazo referido no art. 618, parágrafo único, do CC refere-se unicamente à garantia prevista no caput, sem prejuízo de poder o dono da obra, com base no mau cumprimento do contrato de empreitada, demandar perdas e danos.
- 182** – Art. 655: O mandato outorgado por instrumento público previsto no art. 655 do CC somente admite substabelecimento por instrumento particular quando a forma pública for facultativa e não integrar a substância do ato.
- 183** – Arts. 660 e 661: Para os casos em que o parágrafo primeiro do art. 661 exige poderes especiais, a procuração deve conter a identificação do objeto.
- 184** – Art. 664 e 681: Da interpretação conjunta desses dispositivos, extrai-se que o mandatário tem o direito de reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, tudo o que lhe for devido em virtude do mandato, incluindo-se a remuneração ajustada e o reembolso de despesas.
- 185** – Art. 757: A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão.
- 186** – Art. 790: O companheiro deve ser considerado implicitamente incluído no rol das pessoas tratadas no art. 790, parágrafo único, por possuir interesse legítimo no seguro da pessoa do outro companheiro.
- 187** – Art. 798: No contrato de seguro de vida, presume-se, de forma relativa, ser premeditado o suicídio cometido nos dois primeiros anos de vigência da

cobertura, ressalvado ao beneficiário o ônus de demonstrar a ocorrência do chamado "suicídio involuntário".

- 188** – Art. 884: A existência de negócio jurídico válido e eficaz é, em regra, uma justa causa para o enriquecimento.
- 189** – Art. 927: Na responsabilidade civil por dano moral causado à pessoa jurídica, o fato lesivo, como dano eventual, deve ser devidamente demonstrado.
- 190** – Art. 931: A regra do art. 931 do novo CC não afasta as normas acerca da responsabilidade pelo fato do produto previstas no art. 12 do CDC, que continuam mais favoráveis ao consumidor lesado.
- 191** – Art. 932: A instituição hospitalar privada responde, na forma do art. 932 III do CC, pelos atos culposos praticados por médicos integrantes de seu corpo clínico.
- 192** – Arts. 949 e 950: Os danos oriundos das situações previstas nos arts. 949 e 950 do Código Civil de 2002 devem ser analisados em conjunto, para o efeito de atribuir indenização por perdas e danos materiais, cumulada com dano moral e estético.

### 4.3 DIREITO DE EMPRESA

- 193** – Art. 966: O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa.
- 194** – Art. 966: Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida.
- 195** – Art. 966: A expressão “elemento de empresa” demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial.
- 196** – Arts. 966 e 982: A sociedade de natureza simples não tem seu objeto restrito às atividades intelectuais.

- 197** – Arts. 966, 967 e 972: A pessoa natural, maior de 16 e menor de 18 anos, é reputada empresário regular se satisfizer os requisitos dos arts. 966 e 967; todavia, não tem direito a concordata preventiva, por não exercer regularmente a atividade por mais de dois anos.
- 198** – Art. 967: A inscrição do empresário na Junta Comercial não é requisito para a sua caracterização, admitindo-se o exercício da empresa sem tal providência. O empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial, salvo naquilo em que forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição em contrário.
- 199** – Art. 967: A inscrição do empresário ou sociedade empresária é requisito delimitador de sua regularidade, e não de sua caracterização.
- 200** – Art. 970: É possível a qualquer empresário individual, em situação regular, solicitar seu enquadramento como microempresário ou empresário de pequeno porte, observadas as exigências e restrições legais.
- 201** – Arts. 971 e 984: O empresário rural e a sociedade empresária rural, inscritos no registro público de empresas mercantis, estão sujeitos à falência e podem requerer concordata.
- 202** – Arts. 971 e 984: O registro do empresário ou sociedade rural na Junta Comercial é facultativo e de natureza constitutiva, sujeitando-o ao regime jurídico empresarial. É inaplicável esse regime ao empresário ou sociedade rural que não exercer tal opção.
- 203** – Art. 974: O exercício da empresa por empresário incapaz, representado ou assistido, somente é possível nos casos de incapacidade superveniente ou incapacidade do sucessor na sucessão por morte.
- 204** – Art. 977: A proibição de sociedade entre pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória só atinge as sociedades constituídas após a vigência do Código Civil de 2002.
- 205** – Art. 977: Adotar as seguintes interpretações ao art. 977: (1) a vedação à participação de cônjuges casados nas condições previstas no artigo refere-se unicamente a uma mesma sociedade; (2) o artigo abrange tanto a participação originária (na constituição da sociedade) quanto a derivada, isto é, fica vedado o ingresso de sócio casado em sociedade de que já participa o outro cônjuge.

- 206** – Arts. 981, 983, 997, 1.006, 1.007 e 1.094: A contribuição do sócio exclusivamente em prestação de serviços é permitida nas sociedades cooperativas (art. 1.094, I) e nas sociedades simples propriamente ditas (art. 983, 2ª parte).
- 207** – Art. 982: A natureza de sociedade simples da cooperativa, por força legal, não a impede de ser sócia de qualquer tipo societário, tampouco de praticar ato de empresa.
- 208** – Arts. 983, 986 e 991: As normas do Código Civil para as sociedades em comum e em conta de participação são aplicáveis independentemente de a atividade dos sócios, ou do sócio ostensivo, ser ou não própria de empresário sujeito a registro (distinção feita pelo art. 982 do Código Civil entre sociedade simples e empresária).
- 209** – Arts. 985, 986 e 1.150: O art. 986 deve ser interpretado em sintonia com os arts. 985 e 1.150, de modo a ser considerada em comum a sociedade que não tiver seu ato constitutivo inscrito no registro próprio ou em desacordo com as normas legais previstas para esse registro (art. 1.150), ressalvadas as hipóteses de registros efetuados de boa-fé.
- 210** – Art. 988: O patrimônio especial a que se refere o art. 988 é aquele afetado ao exercício da atividade, garantidor de terceiro, e de titularidade dos sócios em comum, em face da ausência de personalidade jurídica.
- 211** – Art. 989: Presume-se disjuntiva a administração dos sócios a que se refere o art. 989.
- 212** – Art. 990: Embora a sociedade em comum não tenha personalidade jurídica, o sócio que tem seus bens constrictos por dívida contraída em favor da sociedade, e não participou do ato por meio do qual foi contraída a obrigação, tem o direito de indicar bens afetados às atividades empresariais para substituir a constrição.
- 213** – Art. 997: O art. 997, inc. II, não exclui a possibilidade de sociedade simples utilizar firma ou razão social.
- 214** – Arts. 997 e 1.054: As indicações contidas no art. 997 não são exaustivas, aplicando-se outras exigências contidas na legislação pertinente para fins de registro.
- 215** – Art. 998: A sede a que se refere o *caput* do art. 998 poderá ser a da administração ou a do estabelecimento onde se realizam as atividades sociais.

- 216** – Arts. 999, 1.004 e 1.030: O quórum de deliberação previsto no art. 1.004, parágrafo único, e no art. 1.030 é de maioria absoluta do capital representado pelas quotas dos demais sócios, consoante a regra geral fixada no art. 999 para as deliberações na sociedade simples. Esse entendimento aplica-se ao art. 1.058 em caso de exclusão de sócio remisso ou redução do valor de sua quota ao montante já integralizado.
- 217** – Arts. 1.010 e 1.053: Com a regência supletiva da sociedade limitada, pela lei das sociedades por ações, ao sócio que participar de deliberação na qual tenha interesse contrário ao da sociedade aplicar-se-á o disposto no art. 115, § 3º, da Lei n. 6.404/76. Nos demais casos, incide o art. 1.010, § 3º, se o voto proferido foi decisivo para a aprovação da deliberação, ou o art. 187 (abuso do direito), se o voto não tiver prevalecido.
- 218** – Art. 1.011: Não são necessárias certidões de nenhuma espécie para comprovar os requisitos do art. 1.011 no ato de registro da sociedade, bastando declaração de desimpedimento.
- 219** – Art. 1.015: Está positivada a teoria *ultra vires* no Direito brasileiro, com as seguintes ressalvas: (a) o ato *ultra vires* não produz efeito apenas em relação à sociedade; (b) sem embargo, a sociedade poderá, por meio de seu órgão deliberativo, ratificá-lo; (c) o Código Civil amenizou o rigor da teoria *ultra vires*, admitindo os poderes implícitos dos administradores para realizar negócios acessórios ou conexos ao objeto social, os quais não constituem operações evidentemente estranhas aos negócios da sociedade; (d) não se aplica o art. 1.015 às sociedades por ações, em virtude da existência de regra especial de responsabilidade dos administradores (art. 158, II, Lei n. 6.404/76).
- 220** – Art. 1.016: É obrigatória a aplicação do art. 1.016 do Código Civil de 2002, que regula a responsabilidade dos administradores, a todas as sociedades limitadas, mesmo àquelas cujo contrato social preveja a aplicação supletiva das normas das sociedades anônimas.
- 221** – Art. 1.028: Diante da possibilidade de o contrato social permitir o ingresso na sociedade do sucessor de sócio falecido, ou de os sócios acordarem com os herdeiros a substituição de sócio falecido, sem liquidação da quota em ambos os casos, é lícita a participação de menor em sociedade limitada, estando o capital integralizado, em virtude da inexistência de vedação no Código Civil.
- 222** – Art. 1.053: Não se aplica o art. 997, V, à sociedade limitada na hipótese de regência supletiva pelas regras das sociedades simples.

- 223** – Art. 1.053: O parágrafo único do art. 1.053 não significa a aplicação em bloco da Lei n. 6.404/76 ou das disposições sobre a sociedade simples. O contrato social pode adotar, nas omissões do Código sobre as sociedades limitadas, tanto as regras das sociedades simples quanto as das sociedades anônimas.
- 224** – Art. 1.055: A solidariedade entre os sócios da sociedade limitada pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social abrange os casos de constituição e aumento do capital e cessa após cinco anos da data do respectivo registro.
- 225** – Art. 1.057: Sociedade limitada. Instrumento de cessão de quotas. Na omissão do contrato social, a cessão de quotas sociais de uma sociedade limitada pode ser feita por instrumento próprio, averbado no registro da sociedade, independentemente de alteração contratual, nos termos do art. 1.057 e parágrafo único do Código Civil.
- 226** – Art. 1.074: A exigência da presença de três quartos do capital social, como quórum mínimo de instalação em primeira convocação, pode ser alterada pelo contrato de sociedade limitada com até dez sócios, quando as deliberações sociais obedecerem à forma de reunião, sem prejuízo da observância das regras do art. 1.076 referentes ao quórum de deliberação.
- 227** – Art. 1.076 c/c 1.071: O quórum mínimo para a deliberação da cisão da sociedade limitada é de três quartos do capital social.
- 228** – Art. 1.078: As sociedades limitadas estão dispensadas da publicação das demonstrações financeiras a que se refere o § 3º do art. 1.078. Naquelas de até dez sócios, a deliberação de que trata o art. 1.078 pode dar-se na forma dos §§ 2º e 3º do art. 1.072, e a qualquer tempo, desde que haja previsão contratual nesse sentido.
- 229** – Art. 1.080: A responsabilidade ilimitada dos sócios pelas deliberações infringentes da lei ou do contrato torna desnecessária a desconsideração da personalidade jurídica, por não constituir a autonomia patrimonial da pessoa jurídica escudo para a responsabilização pessoal e direta.
- 230** – Art. 1.089: A fusão e a incorporação de sociedade anônima continuam reguladas pelas normas previstas na Lei n. 6.404/76, não revogadas pelo Código Civil (art. 1.089), quanto a esse tipo societário.

- 231** – Arts. 1.116 a 1.122: A cisão de sociedades continua disciplinada na Lei n. 6.404/76, aplicável a todos os tipos societários, inclusive no que se refere aos direitos dos credores. Interpretação dos arts. 1.116 a 1.122 do Código Civil.
- 232** – Arts. 1.116, 1.117 e 1.120: Nas fusões e incorporações entre sociedades reguladas pelo Código Civil, é facultativa a elaboração de protocolo firmado pelos sócios ou administradores das sociedades; havendo sociedade anônima ou comandita por ações envolvida na operação, a obrigatoriedade do protocolo e da justificação somente a ela se aplica.
- 233** – Art. 1.142: A sistemática do contrato de trespasse delineada pelo Código Civil nos arts. 1.142 e ss., especialmente seus efeitos obrigacionais, aplica-se somente quando o conjunto de bens transferidos importar a transmissão da funcionalidade do estabelecimento empresarial.
- 234** – Art. 1.148: Quando do trespasse do estabelecimento empresarial, o contrato de locação do respectivo ponto não se transmite automaticamente ao adquirente. Fica cancelado o Enunciado n. 64.
- 235** – Art. 1.179: O pequeno empresário, dispensado da escrituração, é aquele previsto na Lei n. 9.841/99. Fica cancelado o Enunciado n. 56.

#### 4.4 DIREITO DAS COISAS

- 236** – Arts. 1.196, 1.205 e 1.212: Considera-se possuidor, para todos os efeitos legais, também a coletividade desprovida de personalidade jurídica.
- 237** – Art. 1.203: É cabível a modificação do título da posse – *interversio possessionis* – na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior e inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do *animus domini*.
- 238** – Art. 1.210: Ainda que a ação possessória seja intentada além de “ano e dia” da turbação ou esbulho, e, em razão disso, tenha seu trâmite regido pelo procedimento ordinário (CPC, art. 924), nada impede que o juiz conceda a tutela possessória liminarmente, mediante antecipação de tutela, desde que presentes

os requisitos autorizadores do art. 273, I ou II, bem como aqueles previstos no art. 461-A e §§, todos do CPC.

- 239** – Art. 1.210: Na falta de demonstração inequívoca de posse que atenda à função social, deve-se utilizar a noção de “melhor posse”, com base nos critérios previstos no parágrafo único do art. 507 do CC/1916.
- 240** – Art. 1.228: A justa indenização a que alude o parágrafo 5º do art. 1.228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios.
- 241** – Art. 1.228: O registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (art. 1.228, § 5º), é condicionada ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz.
- 242** – Art. 1.276: A aplicação do art. 1.276 depende do devido processo legal, em que seja assegurado ao interessado demonstrar a não-cessação da posse.
- 243** – Art. 1.276: A presunção de que trata o § 2º do art. 1.276 não pode ser interpretada de modo a contrariar a norma-princípio do art. 150, inc. IV, da Constituição da República.
- 244** – Art. 1.291: O art. 1.291 deve ser interpretado conforme a Constituição, não sendo facultada a poluição das águas, quer sejam essenciais ou não às primeiras necessidades da vida.
- 245** – Art. 1.293: Embora omissa acerca da possibilidade de canalização forçada de águas por prédios alheios, para fins industriais ou agrícolas, o art. 1.293 não exclui a possibilidade da canalização forçada pelo vizinho, com prévia indenização aos proprietários prejudicados.
- 246** – Art. 1.331: Fica alterado o Enunciado n. 90, com supressão da parte final: “nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse”. Prevalece o texto: “Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício”.
- 247** – Art. 1.331: No condomínio edilício é possível a utilização exclusiva de área “comum” que, pelas próprias características da edificação, não se preste ao “uso comum” dos demais condôminos.

- 248** – Art.: 1.334, V: O quórum para alteração do regimento interno do condomínio edilício pode ser livremente fixado na convenção.
- 249** – Art. 1.369: A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474.
- 250** – Art. 1.369: Admite-se a constituição do direito de superfície por cisão.
- 251** – Art. 1.379: O prazo máximo para o usucapião extraordinário de servidões deve ser de 15 anos, em conformidade com o sistema geral de usucapião previsto no Código Civil.
- 252** – Art. 1.410: A extinção do usufruto pelo não-uso, de que trata o art. 1.410, inc. VIII, independe do prazo previsto no art. 1.389, inc. III, operando-se imediatamente. Tem-se por desatendida, nesse caso, a função social do instituto.
- 253** – Art. 1.417: O promitente comprador, titular de direito real (art. 1.417), tem a faculdade de reivindicar de terceiro o imóvel prometido a venda.

#### 4.5 DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

- 254** – Art. 1.573: Formulado o pedido de separação judicial com fundamento na culpa (art. 1.572 e/ou art. 1.573 e incisos), o juiz poderá decretar a separação do casal diante da constatação da insubsistência da comunhão plena de vida (art. 1.511) – que caracteriza hipótese de “outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum” – sem atribuir culpa a nenhum dos cônjuges.
- 255** – Art. 1.575: Não é obrigatória a partilha de bens na separação judicial.
- 256** – Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.
- 257** – Art. 1.597: As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”, constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art.

1597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição.

- 258** – Arts. 1.597 e 1.601: Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.
- 259** – Art. 1.621: A revogação do consentimento não impede, por si só, a adoção, observado o melhor interesse do adotando.
- 260** – Arts. 1.639, § 2º, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no § 2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior.
- 261** – Art. 1.641: A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.
- 262** – Arts. 1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs.
- 263** – Art. 1.707: O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da “união estável”. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsistir vínculo de Direito de Família.
- 264** – Art. 1.708: Na interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito a alimentos, aplicam-se, por analogia, as hipóteses dos incs. I e II do art. 1.814 do Código Civil.
- 265** – Art. 1.708: Na hipótese de concubinato, haverá necessidade de demonstração da assistência material prestada pelo concubino a quem o credor de alimentos se uniu.
- 266** – Art. 1.790: Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns.
- 267** – Art. 1.798: A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida,

abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

- 268** – Art. 1.799: Nos termos do inc. I do art. 1.799, pode o testador beneficiar filhos de determinada origem, não devendo ser interpretada extensivamente a cláusula testamentária respectiva.
- 269** – Art. 1.801: A vedação do art. 1.801, inc. III, do Código Civil não se aplica à união estável, independentemente do período de separação de fato (art. 1.723, § 1º).
- 270** – Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aqüestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.
- 271** – Art. 1.831: O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança.

## 5 Enunciados Apresentados

---

## 5.1 Parte Geral

---

**Art. 1º, LICC**

Autor: Sergio Feltrin, Desembargador do Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** Após a edição da LC n. 95/98, com as alterações decorrentes da LC n. 107/2001, a vigência da lei, em todo o país, dar-se-á no prazo expressamente estabelecido, excetuando-se apenas aquelas de menor repercussão.

**JUSTIFICATIVA**

Base legal: LICC, art. 1º; LC n. 95/98; LC n. 107/2001.

O debate sobre a questão permitirá, apesar de possivelmente situar-se de forma não inteiramente precisa no foco dos trabalhos, o esclarecimento de alguns pontos, de certo modo passíveis de controvérsia, consideradas, dentre outros aspectos, a vasta extensão do território nacional e a denominada “menor repercussão”.

**Art. 1º, LICC**

Autor: Benedito Gonçalves, Desembargador do Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada (Decreto-Lei n. 4657, de 4 de setembro de 1942).

**JUSTIFICATIVA**

Apesar de as reflexões da Jornada voltarem-se ao novo Código Civil, não há como dissociá-las do estudo da Lei de Introdução ao Código Civil, no item que trata da vigência da lei. A regra posta nos leva a questionar se, com o advento da Lei Complementar n. 95/98, houve a derrogação de seu art. 1º, pois, segundo o novel diploma legal, em seu art. 8º, não é permitida a expedição de ato legislativo sem data expressa de sua vigência.

**Art. 3º, CC**

Autores: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – TRF/2ª Região; Bruno Paiva Bartholo, Graduando em Direito.

**ENUNCIADO:** À vontade dos absolutamente incapazes deve ser juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes.

## JUSTIFICATIVA

O estabelecimento do rol dos absolutamente incapazes no diploma civil teria como principal escopo a proteção dessas pessoas por não serem dotadas de suficiente experiência para exercer, por si mesmas, os atos civis, conforme entendimento doutrinário mais do que sedimentado. Entretanto, essa proteção apenas se evidencia como eficiente no que diz respeito à segurança do seu patrimônio<sup>1</sup>, não garantindo o atendimento a interesses extrapatrimoniais, dos quais não se deve separar as capacidades de direito e de fato, sob pena de agressão à dignidade da pessoa humana<sup>2</sup>. Assim, no que concerne ao menor, o ideal seria que este pudesse ter participação direta nas decisões basilares para sua formação como indivíduo, a exemplo da escolha de sua religião e educação, não se sujeitando, pura e simplesmente, ao poder familiar, como se dele fosse objeto. Tal poder deve ser exercido numa evolução gradativa, que considere o grau de discernimento do infante, único entendimento em harmonia com o que preceituam a atual Carta Maior (art. 227, *caput*, CF/88) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 3º, 4º e 6º da Lei n. 8.069/90). O mesmo raciocínio – que tem como uma de suas premissas a fixação arbitrária da idade de 16 anos, considerada para fins de segurança jurídica, mas que não leva em conta o amadurecimento de um jovem que atinja essa idade – deve ser estendido aos denominados “enfermos” ou “deficientes” mentais por razões análogas, visto que, no segundo inciso do dispositivo em tela, podem ser incluídas inúmeras patologias, de menor ou maior gravidade, que possam afetar mais ou menos o nível de compreensão.

**Art. 5º, parágrafo único, V**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal convocado, 5º Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** Ao menor empresário não se aplica o instituto da falência, mas o da insolvência civil.

---

1 RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 25-26.

2 STANZIONE, Pasquale. Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 113-122, jan./mar. 2000. p. 121-122.

## JUSTIFICATIVA

*Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: (...) V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 (dezesseis) anos completos tenha economia própria.*

Além da aparente contradição entre o uso da expressão “estabelecimento civil ou comercial” pelo dispositivo e a adoção da teoria da empresa pelo Código, depara-se a doutrina com a necessidade de conciliação do referido permissivo legal, que admite a figura do menor empresário por emancipação, com a vedação da declaração de falência do menor de 18 anos, prevista no art. 3º, II, da Lei n. 7.681/45. A restrição etária imposta pela lei falimentar se justifica pelas conseqüências atribuíveis ao falido, como a eventual prática de delitos falimentares, além dos demais gravosos efeitos futuros que possam resultar para a mesma figura. Contudo, por força do art. 2.037 do CC/2002, seria aplicável aos empresários o instituto falimentar, antes exclusivo dos comerciantes, o que incluiria os menores emancipados em razão de estabelecimento mantido com recursos próprios. Portanto, surge o impasse sobre a revogação ou não, pelo novo texto codificado, do mencionado dispositivo da Lei Falimentar. Embora muitos se refiram à necessidade de harmonização legislativa pela diminuição da idade ali prevista para 16 anos, não se deve olvidar que a Carta Magna, em seu art. 228, veda expressamente a imputabilidade penal aos menores de 18 anos. Igualmente, não parece correta a interpretação pela qual se admite a aplicação da falência aos menores em questão, mas sem a possibilidade de imputar-lhes as correspondentes condutas criminosas, já que, em sendo a quebra concebida como um privilégio para os empresários em detrimento do interesse dos seus credores, além do respaldo ao interesse público de que se reveste a matéria devido à preservação de salutare relações econômicas, a um tal benefício deve corresponder uma certa responsabilidade. Por esses motivos, a hipótese que se apresenta como a mais plausível é a da admissão da empresa pelo menor emancipado, mas aplicando-se a ele o instituto da insolvência civil, não o da falência.

### **Art. 7º**

Autor: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba

**ENUNCIADO:** As hipóteses previstas no art. 7º do Código Civil de 2002 para a declaração de morte presumida sem prévia decretação de ausência, bem como o rito estabelecido no parágrafo único desse mesmo artigo, substituíram as hipóteses e o rito estampados no art. 89 da Lei n. 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos).

## JUSTIFICATIVA

O art. 7º do Código Civil de 2002 possui a seguinte redação: *Art. 7º. Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.*

Por sua vez, o art. 88 da Lei n. 6.015/73 está assim redigido: *Art. 88. Poderão os juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame. Parágrafo único. Será também admitida a justificação no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de ter sido feito o registro nos termos do artigo 86 e os fatos que convençam da ocorrência do óbito.*

O Código Civil de 2002, trazendo importante inovação em relação ao Código Civil de 1916, previu que a morte presumida, isto é, morte sem cadáver, possa ser declarada sem a necessidade de enfrentamento do longo processo de ausência, disciplinado em seus arts. 22 a 39.

As hipóteses previstas no Código Civil de 2002 são justamente: a) a extrema probabilidade de morte de quem estava em perigo de vida; b) o fato de o indivíduo ter desaparecido em campanha ou sido feito prisioneiro, não sendo encontrado até dois anos após o término da guerra.

Como se pode observar, essas duas hipóteses do art. 7º são justamente aquelas previstas no art. 88 da Lei de Registros Públicos, já que aí se prevê que o juiz poderá admitir justificação para o assento de óbito (a) de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada sua presença no local do desastre e não for possível encontrar o cadáver para exame ou (b) no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de ter sido feito o registro nos termos do art. 86 e os fatos que convençam da ocorrência do óbito.

Está a ocorrer, ao que se entende, sobreposição legislativa, pois ambas as normas tratam de uma única situação: como proceder diante da probabilíssima morte de indivíduo, sem que, no entanto, o respectivo cadáver tenha sido encontrado.

Entende-se ainda que não se trata de aplicação, na espécie, do art. 2.043 do Código Civil de 2002, uma vez que, no parágrafo único do art. 7º, encontra-se o procedimento processual a ser observado em caso de pretensão de declaração de

morte presumida, sem prévia decretação de ausência: a declaração da morte presumida somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

Por tudo isso, entende-se que, atualmente, toda e qualquer pretensão de assento de óbito de provável morto deve basear-se nas hipóteses do art. 7º do Código Civil e no rito ali estabelecido, e não no art. 89 da Lei de Registros Públicos.

### **Art. 11**

Autores: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma, Tribunal Regional Federal/2ª Região, e Daniel Queiroz Pereira, Graduando da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

**ENUNCIADO:** Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não previstas em lei, decorrentes do abuso de direito, de negócios jurídicos, da boa-fé objetiva e dos bons costumes.

### JUSTIFICATIVA

Embora o art. 11 do novo Código Civil restrinja as hipóteses de limitação do exercício dos direitos da personalidade aos casos previstos em lei, consagrando, ainda, sua irrenunciabilidade, há de se reconhecer que em hipóteses outras tal exercício deve ser amplamente condicionado.

O primeiro desses limites diz respeito ao abuso de direito. Conquanto seja a liberdade um bem essencial da personalidade e verdadeiro alicerce da própria dignidade da pessoa humana, o espaço deixado à autonomia privada deve ser sempre restringido quando houver extrapolação manifesto dos limites impostos pelo fim social ou econômico desse direito.

Exemplo de abuso funcional de direito da personalidade não previsto expressamente em lei é a *transmissão de doença grave (v.g., sida ou sífilis) por actos sexuais consentidos, entre maiores, em que o transmitente saiba ser portador da doença e do elevado risco de transmissão e em que o transmissário ignore tal circunstancialismo*<sup>1</sup>.

Os contratos e demais negócios jurídicos também condicionam os direitos da personalidade, visto que, ao não incidirem diretamente sobre a personalidade de um ou de ambos os contratantes, não são revogáveis unilateralmente e devem ser pontualmente cumpridos. Caso se constituíssem em mera expressão dos direitos da

---

1 SOUSA, Rabindranath V.A. Capelo de. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 99.

personalidade, poderiam ser unilateralmente revogados, ainda que disso decorresse a obrigação de indenizar os eventuais prejuízos causados à outra parte.

A boa-fé, por sua vez, deve ter aqui caráter objetivo, apresentando-se como um princípio normativo, e não como um estado de espírito, de caráter subjetivo. Dessa forma, todos devem atuar com honestidade, correção, probidade e lealdade, evitando frustrar as legítimas expectativas e a confiança geral dos outros.

Exemplo de abuso de direito da personalidade por violação da boa-fé reside na fórmula *tu quoque*. Assim sendo, *quem habitualmente praticar nudismo numa zona pública, não reservada para o efeito, não poderá considerar-se ofendido no seu pudor, por outrem ocasionalmente aí se desnudar*<sup>2</sup>.

Por fim, os bons costumes são comumente entendidos como aqueles usos ou costumes considerados bons pelo conjunto de regras morais aceito socialmente. Assim, em casos de comportamentos eivados de imoralidade social, configura-se o abuso do direito geral de personalidade.

Deve-se, contudo, ser extremamente cauteloso na determinação do extrapolamento manifesto dos limites impostos pelos bons costumes, pois tem-se hoje uma sociedade fortemente personalista, que considera o direito à liberdade como fundamental. Logo, o aludido excesso deve ser manifesto, e a conduta, particularmente reprovável.

## Art. 11

Autor: Mário Luiz Delgado Régis, Analista Judiciário da Seção Judiciária da Paraíba, à disposição da Câmara dos Deputados como Assessor Parlamentar

**ENUNCIADO:** A permissão contratual a que seja temporariamente exposta a imagem, e até mesmo a própria intimidade da pessoa humana, não implica transmissão ou renúncia aos respectivos direitos da personalidade.

## JUSTIFICATIVA

Problema que tem atraído a atenção de alguns operadores do Direito diz respeito aos contratos celebrados entre emissoras de televisão e participantes de *reality shows*, em face do aparente conflito com as normas tutelares dos diversos direitos da personalidade, especialmente o disposto no art. 11 do novo Código Civil brasileiro.

---

2 Idem, p. 531.

Antes de passarmos ao enfoque da aparente antinomia surgida, não-raro, quando o indivíduo, no exercício de seu direito personalíssimo à liberdade, voluntariamente abre mão do exercício de outros direitos igualmente personalíssimos, faz-se mister diferenciar os conceitos de personalidade e direitos da personalidade. A personalidade, tal como referida no art. 2º, é a aptidão genérica, reconhecida a todo ser humano, para contrair direitos e deveres na vida civil. É também o conjunto de atributos naturais da pessoa humana especialmente protegidos pelo ordenamento jurídico. A tutela desses atributos é o objeto dos direitos da personalidade, classificados em três grupos: direitos à integridade física (do corpo e do cadáver), direitos à integridade intelectual (direitos de autor, de inventor etc.) e direitos à integridade moral (honra, liberdade, recato, privacidade etc.).

A Constituição Federal (art. 5º), no resguardo dos direitos e garantias fundamentais, já tutelou os mais relevantes direitos da personalidade, assegurando, por exemplo, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade (*caput*), à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inc. X) .

Entre esses direitos fundamentais e personalíssimos, alguns gozam, indubitavelmente, de primazia constitucional sobre outros. O primeiro e mais importante direito da personalidade é o direito à vida, decorrente do princípio constitucional do respeito ao ser humano, tido como linha mestra e posto pelo constituinte em ordem de precedência em relação aos demais. Dentre as manifestações do direito à vida, encontra-se, também, o direito à integridade física. Já os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, sem prejuízo de sua cumulatividade, e sempre que verificada situação de conflito ou antinomia interna, devem ceder lugar ao direito à vida, à liberdade e à igualdade. Ou seja, sempre que houver confronto entre direitos personalíssimos de um mesmo titular, deve-se observar a ordem de prevalência posta no pergaminho constitucional. Daí por que o direito à liberdade não prevalece sobre o direito à vida, de modo que ninguém é livre para atentar contra a própria vida ou mesmo contra a integridade de seu corpo (CC, art. 13); nem ao paciente é dado o direito de recusar o tratamento médico que lhe venha a salvar a vida (CC, art. 15). Da mesma forma, o direito à intimidade e à vida privada não prevalece sobre o direito à liberdade, significando dizer que qualquer um é livre – obedecidos os demais preceitos legais e desde que não atente contra os direitos de outrem – para expor ou levar a conhecimento público a sua intimidade ou a sua privacidade, a título oneroso ou gratuito.

O novo Código Civil, por sua vez, passou a dispor, em capítulo autônomo, sobre os direitos da personalidade, *intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária*, com exceção dos casos previstos em lei (art. 11), aí incluídos, naturalmente, o direito à vida, à liberdade, à privacidade, à intimidade, à imagem, ao nome etc.

Diz-se que os direitos da personalidade são intransmissíveis porque indestacáveis da pessoa e imprestáveis a adornar personalidade diversa. A imagem de A jamais poderia servir à de B, no sentido de B transformar-se em A, da mesma forma que o nome de C nunca poderia ser transmitido a D, de modo que D assumisse a identidade de C. São irrenunciáveis porque a personalidade e todos os seus atributos imediatos ao nascimento com vida haverão de continuar agregados ao indivíduo, jamais podendo ser dele apartados. Ninguém pode renunciar à vida, ao corpo, ou mesmo ao nome ou à imagem. Pela mesma razão, seu exercício não pode sofrer qualquer tipo de limitação, salvo aquelas expressamente previstas em lei. O que não significa dizer que esteja vedada a exploração de suas potencialidades econômicas. O art. 11 do novo CC não proíbe, em momento algum, a fruição econômica desses direitos, sendo perfeitamente cabível que o titular possa, por exemplo, permitir a divulgação da própria imagem, inclusive para fins comerciais, e até de forma integral e despudorada, como nos casos de publicações especializadas em sexo ou, mesmo, em pornografia<sup>1</sup>.

O que não se admite é a cessão duradoura quanto ao tempo e indeterminada quanto ao objeto, pois equivaleria à completa renúncia da própria personalidade. Um contrato que permitisse o uso ilimitado e *ad aeternum* da imagem de alguém infringiria, direta e frontalmente, as disposições do art. 11. Nesse sentido, aliás, é a conclusão da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13/9/2002, consubstanciada no Enunciado n. 4, do seguinte teor: *O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.*

No que tange ao direito à privacidade, cujo conteúdo interessa diretamente à análise da licitude dos contratos para participação em *reality shows*, deve-se destacar, antes de mais nada, o intuito da proteção legislativa, que é a salvaguarda dos cidadãos contra quaisquer tipos de atentados ao seu mundo individual ou familiar.

Privacidade, segundo Celso Lafer, é *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 diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada*<sup>2</sup>. Na mesma linha é o entendimento do mestre Celso Bastos, para quem a privacidade é *a 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*

---

1 Walter Moraes, citado por Gilberto Haddad Jabur, chega a dizer que o apêndice contratual de conteúdo econômico já não é de direito de personalidade conquanto tenha raiz nele e nele esteja envolvido, assim como um negócio de locação ou empréstimo está compreendido no direito de propriedade (Direito à própria imagem. *Revista dos Tribunais*, n. 443, p. 18).

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

*privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano*<sup>3</sup>.

Em outras palavras, trata-se de faculdade, ou possibilidade, conferida à pessoa natural<sup>4</sup>, que pode ser exercida ou não, sem que o seu não-exercício venha a implicar renúncia ou transmissão. Não se pretende proibir o cidadão de expor sua vida íntima e privada a quem quer que seja. O interesse tutelado é a privacidade, da qual qualquer um de nós pode abrir mão. Optando por não resguardar sua intimidade, o indivíduo apenas deixa de exercer um direito que lhe foi conferido e que é irrenunciável<sup>5</sup>.

Esse direito pode ser usufruído comercialmente pelo titular, sem que haja afronta ao art. 11 do Código Civil. Mesmo que se entenda em sentido contrário, a questão da proibição à limitação voluntária do seu exercício, tal como posta no art. 11, deve ser analisada à luz do conflito surgido pelo exercício simultâneo de dois direitos personalíssimos, ambos impassíveis de limitação: a privacidade e a liberdade. A aparente antinomia entre o direito à inviolabilidade da vida privada e o direito à liberdade, no entanto, resolve-se pela prevalência desse último, consoante a ordenação constitucional inserta no inciso X do art. 5º, assegurando-se, pois, ao titular do direito à privacidade, o pleno gozo econômico respectivo. Testemunhamos, diuturnamente, pessoas famosas, ou meros aspirantes à fama, abrirem mão de sua privacidade em revistas e programas de fofocas, em tributo à curiosidade de uma massa ávida por circo.

Nesse contexto é que deve ser visto o instrumento contratual celebrado entre emissoras de televisão e participantes de *reality shows*, a exemplo do mais famoso deles, o *Big Brother*. Trata-se de negócio jurídico em que uma das partes, no exercício do direito personalíssimo à liberdade, abre mão, temporariamente, de sua privacidade, permitindo a plena exposição de sua imagem, em todas as suas acepções (imagem-retrato e imagem-atributo): a voz, o nome e até mesmo os hábitos pessoais mais íntimos. Nada há de ilicitude em seu objeto, em que pesem as merecidas condenações sob os prismas ético e moral.

Desde que corretamente explicitados todos os elementos integrantes do ajuste de vontades (fim, prazo, condições, remuneração etc.), e plenamente

---

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

4 O art. 21 do Código Civil, ao tutelar a privacidade da pessoa natural, condiciona o exercício dessa tutela ao requerimento do interessado, exigindo-se, portanto, a manifestação do titular do direito violado.

5 O mesmo se diga do direito à imagem, consistente no direito que a pessoa tem sobre sua forma plástica e respectivos componentes distintivos (rosto, perfil, busto, etc.), que a individualizam no meio social (BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 1. p. 262).

respeitados os limites contratuais, não há o que redargüir, do ponto de vista da legalidade.

Privilegia-se, assim, o indivíduo, fonte espiritual originária dos sistemas jurídicos, assegurando-lhe a liberdade de gozar e dispor economicamente de um direito que é só dele, intransmissível e irrenunciável.

## **Art. 12**

Autor: Erik Frederico Gramstrup, Juiz Federal, 3ª Região

**ENUNCIADO:** A primeira parte do art. 12 do Código Civil refere-se às técnicas de tutela específica enunciadas no art. 461 do Código de Processo Civil, devendo ser interpretada com resultado extensivo.

### JUSTIFICATIVA

O CC, art. 12, menciona a possibilidade de exigir-se a cessação de ameaça ou lesão a direitos da personalidade, sem prejuízo das perdas e danos e da aplicação de outras sanções previstas em lei. Quanto à primeira possibilidade, o dispositivo deve ser interpretado generosamente, de forma extensiva. Está mais ajustado à efetividade do Processo Civil contemporâneo do que outros, que privilegiam a tutela genérica (por exemplo, o art. 234 do CC, que contrasta com o art. 461-A do CPC). Para que seu devido alcance seja estabelecido, a leitura deve ir além da mera literalidade e, onde se fala em ordem de cessação, deve-se compreender a possibilidade de o juiz ordenar todas as medidas exemplificadas no art. 461, CPC, e seus parágrafos, isto é, obrigações de fazer e não fazer, com ameaça de sanção pecuniária, bem como providências de alteração material das circunstâncias que envolvem as partes. Essa hermenêutica ampliativa tem apoio na releitura constitucional do Direito Privado, que deve servir de amparo à proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, lesado ou ameaçado o direito da personalidade, pode o juiz não apenas ordenar ao agente que deixe de agir (ou que aja), sob pena de multa, como também determinar, diretamente, a modificação do estado de coisas exterior ao processo, para que a lesão não venha a se exaurir, e, tanto quanto possível, seja revertida *in natura*.

## **Arts. 12 e 20**

Autores: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma, Tribunal Regional Federal/2ª Região, e Daniel Queiroz Pereira, Graduando da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

**ENUNCIADO:** O rol dos interessados em agir, em caso de falecimento daquele que tem seu direito da personalidade ameaçado ou violado, deve ser ampliado, com a conseqüente inserção do companheiro.

## JUSTIFICATIVA

O art. 12 do novo Código Civil responde à necessidade de uma tutela integral e eficaz da pessoa humana. Como forma de minimizar ou evitar danos à personalidade, prevê a tutela inibitória.

O parágrafo único do supracitado dispositivo, ao seu turno, indica o rol de legitimados para requerer a tutela dos direitos da personalidade de pessoa falecida. Tem-se, portanto, o cônjuge, qualquer parente em linha reta, sem distinção de grau, ou então colaterais até o quarto grau. Nesse caso, o pressuposto legitimador consiste no *status familiae*. *A referência é àquelas situações que têm em comum a função de tutela de razões que, na maioria das vezes, transcendem o interesse existencial do indivíduo, envolvendo aquele do grupo na sua história, também futura*<sup>1</sup>.

Deve-se notar que o parágrafo único do art. 20 estabelece um rol de legitimados menos amplo ao versar sobre eventual ofensa do direito à imagem. Exclui-se aqui os colaterais.

A distinção decorre de o interesse dos pais, do cônjuge e dos filhos encontrar amparo na solidariedade familiar e *na possível conseqüência negativa que o uso ilegítimo da imagem do parente pode provocar a si e ao núcleo ao qual pertence*<sup>2</sup>. Há, portanto, maior restrição aos efeitos de tal violação e, por conseguinte, um rol de interessados mais reduzido.

Esqueceu-se, contudo, em ambas as hipóteses (arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do novo Código Civil) da alusão ao companheiro. É de se ressaltar que, com base no art. 226 da Carta Magna, não mais se admite a discriminação das famílias no campo dos efeitos externos, quer se trate de família matrimonial, quer de união estável. Em virtude do exposto, deve o companheiro, em ambos os casos, figurar ao lado do cônjuge no rol dos interessados em agir.

### Art. 25

Autor: João Baptista Villela, Professor Titular na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

---

1 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao Direito Civil-Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 178.

2 PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 183-184.

**ENUNCIADO:** Vivendo o ausente em união estável ao tempo do desaparecimento, o companheiro será o seu curador.

#### JUSTIFICATIVA

Como regra, estabeleceu o Código que o cônjuge ou o companheiro do interditando não só pode ser seu curador, como é o primeiro na ordem de preferência (art. 1.775). A *ratio legis* leva a concluir que só não o fez no caso de curatela do ausente por involuntária omissão. Impõe-se suprir a falha pela via interpretativa: *Ubi eadem ratio, ibi idem jus*.

#### **Art. 41, parágrafo único**

Autor: Erik Frederico Gramstrup, Juiz Federal da Seção Judiciária de São Paulo

**ENUNCIADO:** A remissão do art. 41, parágrafo único, do CC às *peçoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado*, diz respeito a certas fundações de origem pública, como também aos entes de fiscalização do exercício profissional.

#### JUSTIFICATIVA

Deve-se procurar evitar, na interpretação, que na lei constem palavras ou dispositivos inúteis. Com esse objetivo, pode-se tentar estabelecer duas linhas de inteligência do art. 41, parágrafo único, do CC, que se reporta a uma estranha figura: **pessoa de direito público, com estrutura de direito privado**. Provavelmente dirige-se às fundações públicas, que a doutrina costuma catalogar como autarquias, mas às quais, por força do mencionado dispositivo, aplicam-se as normas estruturantes do Código, em relação à sua arquitetura interior. Também pode ser lido o parágrafo único como indicando as corporações de fiscalização do exercício profissional. A conclusão não é tão extravagante quanto poderia parecer superficialmente, porque ditas entidades são realmente mistas. Do ponto de vista externo (é dizer, o da missão pública que exercem), são autarquias mas, no plano interno, comportam-se como associações de profissionais. Mesmo à época do regime jurídico único, contratavam seus empregados pelo regime da CLT. O art. 41 pode estar mencionando, precisamente, essa dualidade.

**Art. 42**

Autor: Benedito Gonçalves, Desembargador do Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo Direito Internacional Público.

## JUSTIFICATIVA

Vemos que esse dispositivo legal não encontra correspondente no Código Civil revogado. Pela sua redação, do tipo aberto, ficam contempladas todas as pessoas, sujeitos de Direito Internacional Público externo existentes, e outras que possam surgir por tratado ou convenção, sem necessidade de qualquer modificação na redação do Código Civil.

**Art. 44**

Autor: Erik Frederico Gramstrup, Juiz Federal da Seção Judiciária de São Paulo

**ENUNCIADO:** A redação dada ao art. 44 do Código Civil pela Lei n. 10.825/2003 não prejudica a essência associativa dos partidos políticos. O mesmo deve ser frisado quanto aos sindicatos.

## JUSTIFICATIVA

O Diploma de 2002 deu tratamento mais minudente e intervencionista às associações civis que seu predecessor. Estabeleceu a isonomia de associados dentro das respectivas categorias; protegeu-os contra a exclusão arbitrária; regulou as competências e forma de funcionamento das assembleias gerais. Com isso, provocou certa aversão por parte de algumas entidades de estrutura pessoal e sem fins econômicos (portanto, de natureza associativa). Os partidos políticos buscaram posição à parte, no inciso V do art. 44, CC, por meio da Lei n. 10.825/2003, e os sindicatos procuraram o apoio do Ministério do Trabalho, no sentido de não se adaptarem às disposições do CC/2002. No entanto, devido à estrutura interna e às finalidades, essas entidades são irrecusavelmente associações civis. Afinal, seu elemento essencial são as pessoas, e os fins, não-econômicos. Ninguém negará que suas especificidades (previstas na Constituição e em leis especiais) devem ser respeitadas, mas sindicatos e partidos continuam com a obrigação de constituir-se na forma do direito comum e com natureza associativa.

### **Art. 44, I, II, III, IV e V**

Autor: Renato Amaral Braga da Rocha, Professor e Chefe da Consultoria Jurídica da Controladoria-Geral da União/Presidência da República

**ENUNCIADO:** A relação das pessoas jurídicas de direito privado estabelecida no art. 44, incs. I a V, do Código Civil não deve ser entendida como de caráter necessariamente exaustivo, uma vez que o ordenamento jurídico atribui também a entes outros na esfera privada, não incluídos naquela tipologia, a função de sujeito de direito e, portanto, a condição de pessoa em sentido jurídico.

### JUSTIFICATIVA

O estudo do fenômeno da personificação em relação aos entes coletivos permite a identificação de variados modos de atribuição da condição de pessoa pelo ordenamento jurídico, indicando a existência de formas indiretas, oblíquas ou incidentais de atribuição da personalidade.

Disso resulta o correto enquadramento, como sujeitos de direito, dos chamados “entes atípicos”, isto é, entes coletivos que, embora não constem do tradicional rol das pessoas jurídicas de direito privado, são postos em nítida posição subjetiva pela ordem jurídico-privada. Constituem tais entes agrupamentos da organização social privada em que se pode reconhecer, tanto nos planos ontológico e funcional como em sede normativa, aquilo que José Lamartine Corrêa de Oliveira chama de “indícios de personalidade jurídica”<sup>1</sup>.

São entes que, no dizer de Gustavo Bonelli, *funcionam no âmbito da ordem jurídica como pessoas, sem que a lei dê a eles esse nome*<sup>2</sup>.

Assim, a relação das pessoas jurídicas de direito privado estabelecida no art. 44, incs. I a V, do Código Civil brasileiro deve ser considerada como submetida ao *numerus apertus*, uma vez que comporta agregação ou adição, embora nem sempre explícita, de elementos compatíveis – sob as perspectivas ontológica, funcional e normativa – com a natureza da pessoa jurídica.

### **Art. 44, § 1º**

Autores: Gustavo Tepedino, Titular de Direito Civil da UERJ, e Bruno Lewicki, Doutorando em Direito Civil na UERJ

---

1 OLIVEIRA, J. Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 12 e ss.

2 BONELLI, Gustavo. La teoria della persona giuridica. *Rivista di Diritto Civile*, Milano, a. 2, p. 497, 1910.

**ENUNCIADO:** A disposição segundo a qual o funcionamento das organizações religiosas é **livre** deve ser interpretada à luz da Constituição, evitando-se a criação de instituições apartadas da sociedade e infensas a qualquer tipo de intervenção estatal. A **liberdade de funcionamento** das entidades religiosas não legitima a prática de atos contrários à legalidade constitucional – encimada pelo princípio de proteção à dignidade da pessoa humana –, tampouco pode afastar a possibilidade de reexame, pelo Judiciário, de atos alegadamente opostos aos estatutos de entidade religiosa que tenham sido levados ao registro competente.

## JUSTIFICATIVA

A mudança do regime das pessoas jurídicas de direito privado no Código de 2002, particularmente quanto aos partidos políticos e, sobretudo, quanto às organizações religiosas, foi uma das mais imediatas reivindicações dos parlamentares brasileiros na esteira da promulgação da recodificação, gerando uma miríade de projetos para reformá-la, os quais, apensados ao Projeto n. 634, de 2 de abril de 2003, acabaram por gerar a Lei n. 10.825/2003.

Isso porque foi detectada a necessidade de um posicionamento mais preciso quanto àquelas entidades, que não se subsumiam perfeitamente à nova configuração, tripartite, das pessoas jurídicas de direito privado (associações, sociedades – estas simples ou empresárias – e fundações). No caso das organizações de cunho religioso, dadas suas características, certamente seria difícil remetê-las, pura e simplesmente, à regulação das associações.

A redação original do Projeto n. 634 simplesmente fazia das entidades religiosas um quarto gênero de pessoa jurídica de direito privado. Outras propostas apensadas àquele foram além, para delimitar com mais clareza os contornos jurídicos das organizações religiosas, mas ainda mantendo o necessário comedimento. Foi o caso do Projeto de Lei n. 1.010, de 10 de maio de 2003, o qual, com relação àquelas entidades, repetia o disposto na redação original do Projeto n. 634, mas esclarecia que as disposições concernentes às associações aplicar-se-iam às organizações religiosas ***naquilo em que for compatível***.

Por mais que se conteste a vagueza da expressão “naquilo em que for compatível”, muito mais vaga é, hoje, a delimitação dos contornos jurídicos das organizações religiosas após a aprovação da Lei n. 10.825, com a conseqüente emenda do Código. Não é o caso, frise-se, dos partidos políticos, que também foram incluídos expressamente no rol das pessoas jurídicas de direito privado, mas com a ressalva de sua regulação em lei específica.

A interpretação do § 1º do art. 44 deve ser feita com cautela. Não se pode interpretar a diferença no tratamento que foi dispensado aos partidos políticos e às entidades religiosas como se estas se tivessem tornado espaços infensos a qualquer tipo de intervenção estatal. Trata-se, é certo, de *loci* extremamente privilegiados para o desenvolvimento da personalidade, merecendo especial proteção. Contudo, como qualquer instituição social, não podem furtar-se a algum tipo de controle de suas atividades.

Nesse sentido, é válida a advertência de Pietro Perlingieri: (a) *atividade associativa não constitui uma área subtraída ao primado da pessoa (...) A formação social se apresenta como um lugar-comunidade tendencialmente aberto à pessoa, e as suas vicissitudes internas devem caracterizar-se pelo respeito aos direitos dos indivíduos, da sua dignidade, sem ostracismos injustificados e qualquer tipo de prevaricação*<sup>1</sup>.

É evidente a necessidade de ponderar os atos de uma organização e o escopo dela própria. Nessa linha, a doutrina, no Brasil, e principalmente no exterior, cuida das chamadas “organizações de tendência”, merecendo tratamento diferenciado por suas especificidades, que podem ser políticas, religiosas ou de outro matiz. Assim, alguns atos que não seriam tolerados em outras organizações merecem, no mínimo, uma análise diferente à luz do caráter religioso de uma dada entidade.

Essa ponderação, no entanto, encontra seus limites na legalidade constitucional. Recorrendo-se mais uma vez às palavras de Perlingieri, *o controle torna-se a justificação mesma da liberdade associativa, a garantia que o escopo prefixado possa de fato ser alcançado e sem arbitrárias discriminações, com igualdade de tratamento e com respeito aos princípios de ordem constitucional*<sup>2</sup>.

De fato, como o restante do ordenamento infraconstitucional, também as disposições que regem as entidades religiosas devem ser interpretadas à luz da Constituição de 1988. Nas palavras de Miguel Reale, *os mandamentos do Código Civil pertinentes, direta ou indiretamente, às atividades religiosas devem ser interpretados em consonância com a Carta Magna, especialmente no tocante à vedação de **embaraços** ao funcionamento dos cultos (...). Tudo deve ser feito, em suma, para que a plena autonomia dos cultos religiosos se desenvolva em consonância com os objetivos éticos da sociedade civil.*

A norma constitucional citada por Reale é o art. 19, I, da Lei Maior, que veda à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios *estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou*

---

1 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil-Constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 300.

2 Idem, p. 301.

*seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. Tal norma, por sua vez, deve ser lida no tom da garantia fundamental inscrita no rol do art. 5º, inc. VI: é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.*

Ou seja: já havia – em nível constitucional – impedimento ao poder público de criar embaraços ao funcionamento dos cultos religiosos e igrejas, como tradução do imperativo de respeito ao livre exercício religioso. Contudo é preciso lembrar que o mesmo art. 5º veda, também, a interferência estatal no funcionamento das associações (inc. XVII) o que, por óbvio, não representa um salvo-conduto para que estas operem sem vigilância quanto à licitude de sua atuação e ao respeito às normas, internas e externas.

O que sobressai de toda essa discussão é a certeza de que o § 1º do art. 44 do Código Civil funciona como um alerta, no sentido de evitar que o poder público se imiscua impensadamente na atividade religiosa, desrespeitando princípios constitucionais de elevada importância, entre eles o da igualdade substancial, hoje traduzido no respeito à diferença e às minorias.

A **liberdade de funcionamento** das entidades religiosas, contudo, não legitima a prática de atos contrários à legalidade constitucional (encimada pelo princípio da proteção à dignidade da pessoa humana), tampouco pode afastar a possibilidade de reexame, pelo Judiciário, de atos alegadamente opostos aos estatutos de entidade religiosa que tenham sido levados ao registro competente. Afinal, seria inapropriado, do ponto de vista hermenêutico que, justamente por ocasião da entrada em vigor de um Código reconhecidamente pautado por uma maior democratização no meio associativo, as entidades religiosas dessem um passo na direção contrária.

A jurisprudência brasileira imediatamente anterior à vigência do Código de 2002 era tranqüila a respeito dessa eventual ingerência do Judiciário no âmbito das organizações religiosas – veja-se, a respeito, as decisões do TJSP na Apelação n. 099.716.4/1-00 e do TJDF na Apelação Cível n. 2001.03.1.014640-5. No acórdão desta última, reproduzem-se as oportunas palavras do juiz monocrático que primeiro analisou a questão: (...) *não constitui ingerência indevida do Estado em assuntos religiosos a simples verificação da obediência aos critérios inseridos nos estatutos de criação de congregações como a ré. Assevere-se, aliás, que o próprio fato de os mencionados estatutos de criação serem objeto de registro (...) revela que o cumprimento de tais normas pode e deve ser tutelado pelo Judiciário, até porque, segundo o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”, sendo certo que um estatuto legalmente registrado é fonte de direitos para aqueles que aderem às suas disposições.*

### **Art. 47**

Autor: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba

**ENUNCIADO:** A interpretação do art. 47 do Código Civil de 2002 deve ser compatibilizada com a interpretação do art. 932, inc. III, do mesmo Código, no sentido de que todos os atos dos administradores, mesmo aqueles exercidos fora dos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo, obrigam a pessoa jurídica a eventual dever jurídico de reparação civil.

### JUSTIFICATIVA

O art. 47 do Código Civil de 2002 tem a seguinte redação: *Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, **exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.***

A leitura inicial e literal desse texto normativo poderia levar a inferir que os atos dos administradores praticados fora dos limites dos poderes que lhe são conferidos no ato constitutivo não obrigariam a pessoa jurídica.

Conquanto o artigo refira-se a obrigações sociais contraídas pelas pessoas jurídicas, essa leitura poderia redundar na conclusão de que a pessoa jurídica não seria responsável por eventuais danos causados a terceiros, ocasionados por atos dos administradores praticados para além dos poderes outorgados no ato constitutivo.

Por tal motivo é que se entende, e propõe, que a leitura do art. 47 do Código Civil de 2002 tenha de ser feita necessariamente em conjunto com o art. 932, inc. III, do mesmo Código, o qual prevê a responsabilidade, objetiva, dos empregadores ou comitentes por quaisquer atos de seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Entende-se que, se a pessoa jurídica responde objetivamente pelos atos de seus empregados, não pode escapar da responsabilidade por danos causados por seus administradores, ainda que estes tenham exorbitado os limites de seus poderes.

Em suma, a pessoa jurídica resta obrigada por toda e qualquer espécie de ato de seus administradores, quer tenham sido praticados nos limites dos poderes que lhe foram conferidos no ato constitutivo, quer fora deles.

### **Art. 50**

Autor: Josué de Oliveira, Desembargador do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

**ENUNCIADO:** Nas relações civis, os casos de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 do CCB (desvio de finalidade social ou confusão

patrimonial) são interpretados restritivamente, e não se somam às hipóteses do art. 28 do CDC.

## JUSTIFICATIVA

O novo Código Civil não reproduz o preceito do art. 20 do diploma revogado<sup>1</sup>, mas é certo que a existência da pessoa jurídica não se confunde com a de seus sócios e, como regra, os bens de uma e outros não se confundem nem se comunicam. Toda a teoria da pessoa jurídica é estruturada com vistas a essa distinção, a qual justifica que as pessoas naturais se proponham a desenvolver atividades econômicas subordinadas a uma pessoa jurídica, não individualmente. Com efeito, não fora a independência entre os patrimônios da pessoa jurídica e de seus sócios, muitos não haveriam de se sujeitar aos riscos da atividade econômica, que poderiam arruinar seu patrimônio pessoal. Por outro lado, os que contratam com a pessoa jurídica devem previamente averiguar sobre sua solidez e, quando com ela negociam, devem saber dos riscos naturais do negócio: só contratam porque, dentro de uma previsibilidade normal, entendem que vale a pena correr os riscos que estão dentro de uma faixa razoável. Como nos negócios essas perdas e ganhos são sempre possíveis (ou devem sê-lo por pessoa prevenida), a parte que não tiver avaliado bem os efeitos do contrato deve suportar as conseqüências de sua imprevisibilidade. Não assim, porém, quando os resultados danosos tiverem decorrido de atitude que o Direito reprova, caso em que este intervém para proteger o lesado ou punir quem agiu de modo reprovável.

Tendo em conta esses fatores todos, o Direito, que, como fenômeno histórico, assume a missão de definir os interesses merecedores de proteção em dado momento, admite o desfazimento dos contratos celebrados quando houver faltado vontade da parte, em que ela tenha sido viciada ou, por algum modo, o próprio contrato padece de vício (arts. 166, 167 e 171), assim como permite que terceiro invalide negócio fraudulento a ele prejudicial (art. 158). Dentre outros preceitos de proteção, o art. 50 do novo Código concebe o que se tem denominado de “desconsideração da personalidade jurídica”, para permitir que bens particulares do sócio que tenha cometido infração respondam por débitos sociais. Com isso protege-se a confiança que o prejudicado depositara na outra parte e pune-se o infrator.

O novo Código, entretanto, definiu claramente os casos em que, nas relações civis, essa desconsideração é possível. São situações bem menos numerosas que as contempladas no art. 28 do CDC. O legislador civil conhecia o teor desse último preceito e, no entanto, deliberadamente, dele se afastou. Se assim procedeu, fê-lo por

---

1 Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.

entender que a maior proteção que o CDC concede ao consumidor, merecedor de proteção especial, não devia também ser outorgada nas relações que não fossem de consumo. E se o legislador limitou essa proteção para o credor civil, não pode o intérprete ampliar as hipóteses de incidência: *ubi lex non distinguit nec nos distinguere possumus*. Por isso, se, pelo Código Civil, ocorre **abuso da personalidade jurídica**, a justificar que o patrimônio pessoal do autor da fraude responda por dívida social quando o sócio desviar a finalidade social ou quando se operar confusão do patrimônio social com o pessoal, casos de falência, insolvência, encerramento ou inatividade da atividade social não podem levar àquela desconsideração. Tais situações, na óptica do legislador civil, constituem riscos naturais do negócio, de modo que, se a elas não se chegou por desvio de finalidade social ou por confusão patrimonial, o credor sujeita-se aos ônus do negócio celebrado, não respondendo o sócio com seu patrimônio pessoal pelos débitos que são da sociedade.

Não se tratando, pois, de relação de consumo, nos negócios de natureza civil, em que os sujeitos se acham em posição de igualdade e devem ambos ser previdentes, os riscos se distribuem igualmente entre os contratantes. A proteção especial ao prejudicado decorrente do art. 50 do Código Civil só se justifica naquelas duas hipóteses. Fora delas, o prejudicado terá outros tipos de proteção, como a fraude contra credores, mas não aquela da desconsideração da personalidade jurídica.

## Art. 50

Autores: Renato Amaral Braga Da Rocha, Professor e Chefe da Consultoria Jurídica da Controladoria-Geral da União/Presidência da República, e Marlon Tomazette, Procurador do Distrito Federal e Professor

**ENUNCIADO:** A confusão patrimonial só autoriza a desconsideração se representar um abuso da personalidade jurídica.

## JUSTIFICATIVA

O Código Civil de 2002 positivou expressamente a desconsideração da personalidade jurídica, como uma forma de repressão ao abuso na utilização da personalidade jurídica das sociedades, fundamento primitivo da própria teoria da desconsideração. Assim, o Direito positivo admite a teoria da desconsideração em seus reais contornos<sup>1</sup>.

---

1 SILVA, Osmar Vieira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 146-147.

Tal abuso poderá ser provado pelo desvio da finalidade ou pela confusão patrimonial. Ao contrário do que possa parecer, nosso Código não acolhe a concepção objetiva da teoria, pois a confusão patrimonial não é fundamento suficiente para a desconsideração, sendo simplesmente um meio, importantíssimo, de comprovar o abuso da personalidade jurídica, que ocorre nas hipóteses do abuso de direito e da fraude.

Para autores como Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze Gagliano<sup>2</sup>, adotou-se uma concepção mais objetiva da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. No mesmo sentido é a opinião de José Tadeu Neves Xavier, ao afirmar que, *na mistura de patrimônios, as fronteiras da autonomia patrimonial da sociedade e de seus sócios tornam-se fluidas, ensejando a perda da responsabilidade limitada de quem lhe dá causa*<sup>3</sup>.

Em nossa realidade econômica ainda é extremamente comum a utilização de bens pessoais dos sócios em sociedades, bens preexistentes ou, eventualmente, adquiridos pelo esforço exclusivo de um sócio. Em tais casos, não podemos vislumbrar qualquer desvio da função da pessoa jurídica, que continua sendo usada legitimamente. Assim sendo, impor a desconsideração nessas hipóteses seria desvirtuar a finalidade do instituto.

Destarte, requisito necessário para a desconsideração é o abuso da personalidade jurídica, que pode ser provado inclusive pela configuração de uma confusão patrimonial.

## Art. 50

Autor: Renato Amaral Braga da Rocha, Professor e Chefe da Consultoria Jurídica da Controladoria-Geral da União/Presidência da República

**ENUNCIADO:** A interpretação do disposto no art. 50 do Código Civil deve assumir caráter necessariamente restritivo, uma vez que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica tem natureza rigorosamente excepcional, de modo que somente se justifica sua aplicação em caso de abuso, de forma dolosa, da personalidade jurídica.

## JUSTIFICATIVA

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica, fundado originalmente em construção doutrinária e jurisprudencial e incorporado pelo art. 50 do Código Civil brasileiro, somente deve ter lugar nos casos em que restar cabalmente

---

2 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 238.

3 XAVIER, José Tadeu Neves. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no Código Civil de 2002. *Revista de Direito Privado*, v. 3, n. 10, p. 77, abr.-jun./2002.

demonstrado o abuso, de forma dolosa, da personalidade jurídica, com a presença de pelo menos um dos elementos exigidos pela norma: desvio da finalidade para a qual o ente coletivo foi constituído ou efetiva confusão patrimonial entre este e seus sócios ou administradores.

As linhas de interpretação que conduzem ao alargamento do campo de incidência e aplicação do art. 50 do Código Civil devem ser abandonadas, sob pena de irremediável comprometimento da segurança jurídica – e do conseqüente desestímulo à atividade empresarial, pela via da impositiva ilimitação de responsabilidade patrimonial – e de virtual aniquilação do princípio essencial da separação entre pessoa natural e pessoa jurídica.

### **Art. 55**

Autor: Carlos Rebelo Júnior, Juiz Federal da Seção Judiciária de Sergipe

**ENUNCIADO:** Associações. Previsão estatutária de diversidade de direitos e deveres entre associados não descaracteriza a igualdade prevista no art. 55 do Código Civil.

### JUSTIFICATIVA

Art. 55 do Código Civil: *Os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais.*

Este artigo já merece proposta legislativa de sua alteração, tal a controvérsia doutrinária que fez aflorar entre os comentadores. É que a segunda parte pode gerar dificuldades e, sobretudo, falta de sintonia com a primeira. As vantagens estatutárias diferenciadas afrontarão ou não a igualdade de direitos. Por exemplo, Venosa antevê sérios problemas no enfrentamento de casos concretos.

### **Arts. 55 e 59, I**

Autor: Erik Frederico Gramstrup, Juiz Federal da Seção Judiciária de São Paulo

**ENUNCIADO:** O art. 55 do Código civil (preceito de isonomia intracategorial) admite desigualdade entre categorias diversas de associados, mas **não** a criação de associados sem os direitos políticos do art. 59, incs. I e II.

### JUSTIFICATIVA

O CC/2002 é detalhista e surpreendentemente intervencionista em matéria de associações. Procura proteger os associados de sanções arbitrárias, bem como os

convida a assumir suas responsabilidades internas, ao elencar quóruns especiais para as deliberações previstas no art. 59, parágrafo único. Quanto aos associados, estabelece a igualdade de direitos dentro de cada categoria – permitida a existência de estamentos com vantagens especiais. Até por sua redação literal, e por força das finalidades acima referidas, parece-nos que não permite a criação de categorias de associados sem direitos políticos (art. 59, I e II), porque isso frustraria o objetivo da lei, que é viabilizar o funcionamento saudável das associações, obviando a “ditadura de minorias”.

### **Art. 59, I**

Autor: Rodolfo Pinheiro de Moraes, Professor de Direito e Titular do Registro Civil de Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** A eleição de administradores pela assembléia geral, art. 59, I, não exclui a possibilidade de eleição indireta por outro órgão, desde que prevista no estatuto privado.

## JUSTIFICATIVA

Miguel Reale, em artigo publicado no Jornal “O Estado de São Paulo”, edição de 29/3/2003, lecionou: *Não é dito, assim, que os cargos que compõem a diretoria da associação devem ser eleitos pela assembléia-geral, para cada um deles, podendo o estatuto social estabelecer a escolha por ela de todos os componentes de um conselho, cabendo a este, depois, a designação, dentre os seus membros, dos titulares dos cargos de direção.*

Ademais, como ensina Nagib Slaib Filho, no inc. II do art. 59, o Código prevê normas acerca do procedimento específico da assembléia geral para a destituição dos administradores, mas deixa de fazê-lo no que concerne à designação, o que permite a eleição por outro modo estabelecido no estatuto ou pela assembléia<sup>1</sup>.

Assim, não há impedimento a que a eleição de administradores se realize por via indireta.

### **Art. 59, I**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

---

1 SLAIB FILHO, Nagib. Da associação no novo Código Civil. *Seção Jurídica COAD*, p. 13, jun. 2004.

**ENUNCIADO:** A norma do art. 59, inc. I, do Código Civil permite a adoção de outras formas de eleição que assegurem a participação e a consideração da vontade de todos os associados na escolha dos administradores da associação. (Com a colaboração do aluno Leandro dos Santos Guerra).

## JUSTIFICATIVA

O novo Código Civil inovou ao estabelecer, no art. 59, I, a competência exclusiva da assembléia geral para a eleição dos administradores das associações. Tal dispositivo introduz uma significativa mudança no tratamento desses entes, que, na legislação revogada, possuíam liberdade quase total para dispor sobre a forma de escolha de seus dirigentes.

A finalidade da mudança, parece, seria combater os desvios que, na prática, a liberdade concedida pelo Código de 1916 ocasionava. Espelhando-se no modelo de eleição dos administradores das sociedades anônimas, o legislador procurou garantir que as associações estivessem a serviço de seus associados, e não de minorias que se mantêm na direção sem real legitimidade para tal, pois eleitos por meios escusos e antidemocráticos.

Nesse sentido, mostra-se correta a norma do art. 59, I. As associações desempenham importantíssimo papel social, sendo espaços que permitem o convívio necessário e adequado ao desenvolvimento de todo ser humano. Destarte, incumbe ao legislador garantir que elas realmente desempenhem esse papel de integração, e que não sejam desvirtuadas, tornando-se instrumentos para a prática de atos lesivos ou contrários ao interesse social.

A intenção do legislador coaduna-se, portanto, com a liberdade de associação garantida pelo art. 5º, inc. XVII, da Constituição de 1988. Pronunciando-se sobre essa liberdade, dispõe Jorge Miranda: *A liberdade ou autonomia interna das associações acarreta a existência de uma vontade geral ou colectiva, o confronto de opiniões para a sua determinação, a distinção de maiorias e minorias. Daí a necessidade de observância do método democrático e das regras em que se consubstancia, ao lado da necessidade de garantia dos direitos dos associados. À lei e aos estatutos cabe prescrever essas regras e essas garantias, circunscrevendo-as, assim, a actuação dos órgãos associativos, mas não a liberdade de associação (devidamente entendida)*<sup>1</sup>.

Entretanto, se louvável a intenção, o mesmo não se pode dizer da forma pela qual ela foi expressa. Se, por um lado, o estabelecimento da exclusividade da

---

1 MIRANDA, Jorge apud MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 101-102.

assembléia geral impede o uso de modelos eleitorais que permitam, na prática, a perpetuação de determinado grupo no poder, ele também impede o uso de outros modelos igualmente democráticos e, muitas vezes, mais adequados à realidade.

E esse é justamente o problema de trabalhar com uma interpretação puramente literal da norma do art. 59, I. Se exigida sempre a eleição dos administradores pela assembléia geral, na prática, estar-se-á dificultando, quiçá até inviabilizando, a existência de associações de grande porte, as quais, muitas vezes, obtêm melhores resultados, por exemplo, com a disponibilização de urnas aos associados durante determinado período ou o envio de votos pelo correio.

Uma das soluções para tal problema seria considerar inconstitucional a norma em debate, por limitar a liberdade de associação, deixando-se de aplicá-la. Entretanto, esse caminho apresenta dois problemas: a) a finalidade da norma contida no art. 59, I, vai ao encontro da liberdade de associação, conforme já demonstrado acima; b) a declaração de sua inconstitucionalidade simplesmente a eliminaria de nosso ordenamento jurídico, permitindo a manutenção de meios viciados e ilegítimos de escolha.

Outra solução seria, mediante um trabalho de interpretação, atenuar a força cogente do art. 59, I, de modo a garantir a efetivação de sua finalidade – a imposição de meios democráticos de escolha dos dirigentes –, sem impedir, todavia, o uso de formas tradicionais e legítimas de escolha. Esse parece ser o caminho seguido por Miguel Reale, que procura amenizar a exclusividade da assembléia geral para a eleição dos administradores: *A questão mais delicada se refere à eleição dos dirigentes pela assembléia geral, porquanto se configuram várias hipóteses à luz do estatuto social, devendo-se considerar, desde logo, proibida a eleição por outro órgão que não seja a assembléia geral, como, por exemplo, os chamados “associados fundadores”. Isto posto, todavia, não procede o entendimento de que a escolha deva sempre ser feita de uma só vez e para a totalidade dos cargos a serem preenchidos, podendo o estatuto prever a eleição em períodos distintos, de um ou mais anos, com renovação periódica e parcial do mandato dos diretores. Não é dito, assim, que os cargos que compõem a Diretoria da associação devam ser eleitos pela assembléia geral, para cada um deles, podendo o estatuto social estabelecer a escolha por ela de todos os componentes de um Conselho, cabendo a este, depois, a designação, dentre os seus membros, dos titulares dos cargos de direção. Com tais medidas fica preservado o direito dos associados de decidir livremente sobre o processo de administração que julguem mais adequado aos interesses da entidade, preferindo a eleição indireta de seus diretores, bem como que a eleição não seja global, mas apenas para uma das partes do Conselho, na proporção e datas previamente estabelecidas<sup>2</sup>.*

---

2 REALE, Miguel. *As associações no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 11 abr. 2004.

Pensamos ser necessário ir além. Com base numa interpretação extensiva, é possível expandir a norma do art. 59, I, de forma a, sem retirar seu caráter cogente, torná-la compatível com a realidade social. Para tanto, cumpre explicitar o conceito de interpretação extensiva apresentado por Paulo Nader: *Interpretação Extensiva – (...) O intérprete constata que o legislador utilizou-se com impropriedade dos termos, dizendo menos do que queria afirmar. Ocorrendo tal hipótese, o intérprete alargará o campo de incidência da norma, em relação aos seus termos. O exemplo anterior é útil ainda: se o legislador, desejando referir-se a descendente, emprega o vocábulo filho*<sup>3</sup>.

Assim, defendemos que, ao se referir à assembléia geral, o legislador foi infeliz, pois tinha em mente, na verdade, a vontade de determinar que a escolha dos administradores das associações fosse feita segundo um método democrático e que possibilitasse a participação e a consideração da vontade de todos os associados. Entretanto, não tendo conseguido expressar-se adequadamente, restringiu demasiado a norma, estabelecendo uma aparente exclusividade da assembléia geral.

Essa exclusividade, contudo, pode ser afastada se trabalharmos com uma interpretação teleológica, extensiva e principiológica (vide, por exemplo, o princípio da operabilidade, um dos que nortearam o novo Código Civil), de modo a se aceitarem também outras formas de eleição, como a disponibilização de urnas aos associados durante certo período, método tradicional e que, diga-se de passagem, é o utilizado na escolha dos agentes políticos da nação. Tal interpretação permite salvar a norma, garantindo sua constitucionalidade, mas não impede o funcionamento adequado das associações.

Por fim, deve-se reconhecer que a melhor solução seria uma mudança legislativa. Embora seja muito fácil propor tal mudança, sabemos que ela dificilmente ocorrerá, cabendo ao intérprete conferir à norma uma interpretação que atenda à sua finalidade e que, ao mesmo tempo, garanta-lhe aplicabilidade.

## Art. 66

Autor: Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Desembargador do Tribunal Regional Federal/5ª Região

**ENUNCIADO:** 1. Percebe-se, no § 1.º do art. 66 do Código Civil, quando da utilização da expressão “*Ministério Público Federal*”, impropriedade decorrente do fato de que, à época da tramitação da matéria, em fase anterior à edição da Constituição de 1988, ainda não se tinha a distinção entre o Ministério Público Federal (MPF) e o Ministério Público da União (MPU), do qual faz parte, nos termos da vigente Carta Magna, o

---

3 NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 261.

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). 1.1. Desse modo, *de lege lata*, enquanto tal impropriedade não for *de lege ferenda* corrigida – e já há projeto de lei nesse sentido –, deve-se interpretar a expressão referida, “*Ministério Público Federal*”, como sendo Ministério Público da União (MPU), para que, deste, funcione, junto a fundações situadas no Distrito Federal e Territórios, o ramo específico, a saber, o MPDFT. 2. Quanto ao § 2.º, a expressão “*por mais de um Estado*” deve ser compreendida como abrangente **também** das seguintes hipóteses: a) por um ou mais estados e o Distrito Federal; b) por um ou mais estados e um ou mais territórios; c) por um ou mais estados e um ou mais territórios e o Distrito Federal. 2.1. Evidentemente, se o caso for de fundação que se estenda por um ou mais territórios ou por um ou mais territórios e o Distrito Federal, aplicar-se-á o § 1.º, com a interpretação preconizada nos subitens 1 e 1.1. *supra*. 3. Ademais, é preciso interpretar todo o art. 66 e respectivos parágrafos de modo que a atividade de **velamento** nele prevista não elida a de **fiscalização** – relativa às fundações federais, ou mesmo às fundações privadas instituídas, mantidas ou que recebam verba da União ou de qualquer outro ente abrangível pelo art. 109, I, da Constituição –, atribuída ao MPF propriamente dito no art. 6.º, VII, **b**, XIV, **f**, e XVII, **b**, da Lei Complementar n. 75/93, c/c o art. 1.º, § 1.º, da Lei de Improbidade, e defluente da própria Constituição da República.

## JUSTIFICATIVA

O art. 66 e seus parágrafos, do vigente Código Civil, tem paralelo, com algumas modificações, no art. 26 e parágrafos, do Código de 1916, conforme o quadro a seguir:

CC/2002	CC/1916
<i>Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.</i>	<i>Art. 26. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas.</i>
<i>§ 1.º Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal.</i>	<i>§ 2.º Aplica-se ao Distrito Federal e aos Territórios não constituídos em Estados o aqui disposto quanto a estes.</i>
<i>§ 2.º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.</i>	<i>§ 1.º Se estenderem a atividade a mais de um Estado, caberá em cada um deles ao Ministério Público esse encargo.</i>

Trata-se, pois, da questão da supervisão das fundações pelo Ministério Público.

No Direito comparado, essa espécie de ente sempre depende, em alguma medida, do beneplácito estatal. Alguns ordenamentos, como o alemão, exigem permissão do Estado para que possa funcionar (BGB, § 80)<sup>1</sup>. Em outros países – este é o modelo que adotamos, e sobre o qual o legislador de 2002 não inovou –, não há necessidade da autorização, mas as fundações, em contrapartida, estão sujeitas à observação de um órgão público que vela para que não sejam desvirtuadas de suas finalidades.

O Código italiano, por exemplo, impõe às fundações um forte controle público. Seu art. 25 estabelece que *a autoridade governativa exercita o controle e a vigilância sobre a administração das fundações: provê à nomeação e à substituição dos administradores ou representantes, quando as disposições do ato fundacional não são aplicáveis; anula – ouvidos os administradores – deliberações contrárias à lei, ao ato fundacional, à ordem pública ou aos bons costumes; pode dissolver a administração e nomear um comissário extraordinário, sempre que os administradores da fundação não agirem na conformidade do estatuto, dos objetivos fundacionais ou da lei*<sup>2</sup>. Pode ainda a autoridade pública, na Itália, segundo o art. 26 do Código peninsular, *determinar a coordenação das atividades de várias fundações ou mesmo a unificação de suas administrações, respeitando, quanto possível, a vontade dos fundadores*<sup>3</sup>.

---

1 § 80 - Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung

(1) Zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung sind das Stiftungsgeschäft und die Anerkennung durch die zuständige Behörde des Landes erforderlich, in dem die Stiftung ihren Sitz haben soll.

(2) Die Stiftung ist als rechtsfähig anzuerkennen, wenn das Stiftungsgeschäft den Anforderungen des § 81 Abs. 1 genügt, die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint und der Stiftungszweck das Gemeinwohl nicht gefährdet.

(3) Vorschriften der Landesgesetze über kirchliche Stiftungen bleiben unberührt. Das gilt entsprechend für Stiftungen, die nach den Landesgesetzen kirchlichen Stiftungen gleichgestellt sind.

Vorschrift neugefaßt durch das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15.7.2002 (BGBl. I S. 2634) m.W.v. 1.9.2002.

2 Art. 25 - Controllo sull'amministrazione delle fondazioni

L'autorità governativa esercita il controllo e la vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni; provvede alla nomina e alla sostituzione degli amministratori o dei rappresentanti, quando le disposizioni contenute nell'atto di fondazione non possono attuarsi; annulla, sentiti gli amministratori, con provvedimento definitivo, le deliberazioni contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico o al buon costume; può sciogliere l'amministrazione e nominare un commissario straordinario, qualora gli amministratori non agiscano in conformità dello statuto e dello scopo della fondazione o della legge. L'annullamento della deliberazione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima (1445, 2377). Le azioni contro gli amministratori per fatti riguardanti la loro responsabilità devono essere autorizzate dall'autorità governativa e sono esercitate dal commissario straordinario, dai liquidatori o dai nuovi amministratori.

3 Art. 26 – Coordinamento di attività e unificazione di amministrazione

Um pouco menos rigoroso, o Código suíço, de que mais se aproxima o modelo nacional, põe as fundações sob a supervisão do ente estatal (Confederação, Cantão, Comuna) para o qual sejam elas mais relevantes, segundo seus fins. A autoridade supervisora provê a que os bens das fundações sejam empregados conforme sua finalidade (art. 84). O poder público competente, mediante proposta da autoridade supervisora pode, ainda, ouvida a administração fundacional, modificar a organização da fundação, se isso for absolutamente necessário à conservação de seus bens ou à manutenção do objetivo visado por seu fundador (art. 85), ou, pelo mesmo processo, alterar o próprio escopo do ente, se as características e a natureza do fim primitivo variaram a ponto de a fundação haver manifestamente cessado de responder às intenções originais; da mesma forma, podem ser atingidos os encargos ou condições impostos originalmente pelo instituidor aos bens fundacionais (art. 86). As fundações de caráter familiar ou eclesiástico não se submetem à autoridade supervisora, ficando as questões puramente privadas sujeitas a decisão judicial (art. 87)<sup>4</sup>.

Aqui, o órgão legitimado a velar pelas fundações, impedindo seu desvirtuamento, é o Ministério Público, conforme previsão do artigo sob comentário. Tal função se insere dentre aquelas previstas constitucionalmente ao *Parquet* nos termos da disposição residual contida no inc. IX do art. 129 da Carta Magna<sup>5</sup>.

---

L'autorità governativa può disporre il coordinamento della attività di più fondazioni ovvero l'unificazione della loro amministrazione, rispettando, per quanto è possibile, la volontà del fondatore.

- 4 Art. 84. 1. Les fondations sont placées sous la surveillance de la corporation publique (Confédération, canton, commune) dont elles relèvent par leur but. 2. L'autorité de surveillance pourvoit à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination. Art. 85. L'autorité cantonale compétente ou, si la fondation relève de la Confédération, le Conseil fédéral [actuellement «le dép. compétent du CF» (art. 47 de la LF du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration – RS 172.010)]. Le recours de droit administratif au TF est recevable contre les décisions du dép. et contre celles des autorités cantonales de surveillance (art. 97 et s. OJ – RS 173.110).] peut, sur la proposition de l'autorité de surveillance et après avoir entendu le pouvoir supérieur de la fondation, modifier l'organisation de celle-ci, lorsque cette mesure est absolument nécessaire pour conserver les biens ou pour maintenir le but du fondateur. Art. 86. 1 L'autorité cantonale compétente ou, si la fondation relève de la Confédération, le Conseil fédéral [25 Actuellement «le dép. compétent du CF» (art. 47 de la LF du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration – RS 172.010)]. Le recours de droit administratif au TF est recevable contre les décisions du dép. et contre celles des autorités cantonales de surveillance (art. 97 et s. OJ – RS 173.110).] peut, sur la proposition de l'autorité de surveillance et après avoir entendu le pouvoir supérieur de la fondation, modifier le but de celle-ci, lorsque le caractère ou la portée du but primitif a varié au point que la fondation a manifestement cessé de répondre aux intentions du fondateur. 2. Peuvent être supprimées ou modifiées de la même manière et dans les mêmes circonstances les charges et conditions qui compromettent le but du fondateur. Art. 87. 1. Sous réserve des règles du droit public, les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques ne sont pas soumises au contrôle de l'autorité de surveillance. 2. Les contestations de Droit Privé sont tranchées par le juge.
- 5 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Mas a estrutura do nosso Ministério Público é federativa: há o Ministério Público Federal, os Ministérios Públicos dos estados e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (os municípios, como se sabe, não possuem Ministério Público). Qual ou quais deles terão essa função de velar pelas fundações?

No *caput*, o art. 66 do Código diz que essa competência é do Ministério Público do estado onde a fundação estiver situada. No § 1.º, esclarece que, se funcionar no Distrito Federal ou em território, é do Ministério Público Federal – aí alterou o direito anterior – e, no § 2.º, acrescenta: se estender sua atividade por mais de um estado, será, em cada um deles, do respectivo Ministério Público.

Esse dispositivo sofreu alterações em sua tramitação. Inicialmente, pretendeu-se que o Ministério Público Federal fosse o competente sempre que a fundação funcionasse no Distrito Federal ou em território, ou quando estendesse sua atuação além dos limites de um estado<sup>6</sup>. No Senado, mediante proposta do então Senador Fernando Henrique Cardoso (Emenda n. 12, acolhida com alterações redacionais pelo Relator, Senador Josaphat Marinho), limitou-se a supervisão do MPF às fundações situadas no Distrito Federal ou em território, voltando-se à regra do texto de 1916 quanto às fundações atuantes em vários estados<sup>7</sup>.

**Não há dúvida de que a adoção da solução tradicional, que passou a constituir o § 2.º do art. 66, foi um avanço. Como havia ponderado o Senador Fernando Henrique na justificação de sua emenda, além das dificuldades que teria o MPF em fiscalizar fundações situadas em rincões do interior do território nacional nos quais não há a mesma estrutura existente nos MPEs, haveria ainda a facilitação de burlas e problemas de competência: *Na Comarca de Mossoró move o representante do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte ação de prestação de contas contra os administradores de fundação que ali mantenha um asilo? Basta que esses mesmos administradores montem um segundo asilo, em Russas, no Ceará, para assim esvanecer a atribuição dos Ministérios Públicos de ambos os estados, ficando a fundação sob a teórica tutela do Ministério Público Federal. Inversamente, quando o Ministério Público Federal viesse a apurar irregularidades na administração de fundação que tenha atividade em dois estados, bastaria que os ímprobos administradores desativassem os órgãos da fundação em um dos estados para tornarem ilegítima a atuação do Ministério Público Federal. E até que o Ministério Público Estadual pudesse firmar sua convicção a respeito da matéria, precioso tempo teria decorrido, talvez o suficiente para a completa dilapidação do***

---

6 O texto do projeto que saiu da Câmara era: Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas. Parágrafo único. Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, ou, ainda, se estenderem a sua atividade a mais de um Estado, caberá ao Ministério Público Federal esse encargo. BRASIL. O Projeto de Código Civil no Senado Federal. Brasília: Senado Federal, 1998. v. 1. p. 17.

7 *Idem*, p. 159-160, 314, 328 e 330.

*patrimônio da Fundação. (...) o Projeto suscitará intrigante questão processual, e mesmo constitucional. O Ministério Público da União somente funciona perante juízes e tribunais federais. Por outro lado, as causas de competência da Justiça Federal são delimitadas no texto constitucional (art. 125 da Constituição), ali não figurando as causas referentes a fundações que estendam suas atividades a mais de um estado. Perante qual juízo, pois, (...) passam a correr as ações referentes a tais fundações? Perante a Justiça Estadual, sem que o Ministério Público Federal possa nela funcionar? Perante a Justiça Federal, em desacordo com a regra constitucional que dá a competência dessa Justiça? E se a fundação, que tenha causa pendente perante a Justiça Estadual, passa a atuar em mais de um estado? Desloca-se, nesse caso, a competência para o foro federal<sup>8</sup>?*

Todavia, da leitura desse Parecer depreende-se que, embora houvesse muito boa intenção na abordagem, algumas questões técnicas não foram devidamente consideradas. A incidência do art. 87 do Código de Processo Civil<sup>9</sup>, por exemplo, já em vigor na época, resolveria praticamente todas as questões competenciais então levantadas. **Por outro lado, percebe-se claramente – e esse é o ponto mais importante – uma confusão entre as expressões “Ministério Público Federal” e “Ministério Público da União” (observe-se que elas são usadas como se fossem perfeitamente sinônimas), talvez decorrente de não ter a Constituição de 1967/1969, vigente ao tempo do parecer em foco, procedido a uma clara diferenciação entre os dois, que a Carta de 1988 felizmente fez. Como se sabe, o Ministério Público da União é termo genérico referente à instituição que compreende, em seus ramos específicos, entre outros, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (CF/88, art. 128, I, a e d)<sup>10</sup>.**

Conseqüentemente, aceita a idéia-base da emenda Fernando Henrique, de que não se deveria cometer a fiscalização das fundações espalhadas por mais de um estado ao Ministério Público **Federal**, o equívoco que, *data venia*, se perpetuou foi considerar que este deveria restringir-se à fiscalização das fundações sitas no Distrito Federal ou em territórios quando, na verdade, outro ramo do Ministério Público da **União** deveria fazê-lo: o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

---

8 Idem, p. 159-160.

9 Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

10 Art. 128. O Ministério Público abrange: I – o Ministério Público da União, que compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II – os Ministérios Públicos dos Estados.

Da forma como se acha redigido o atual texto do Código Civil, porém, o MPDFT ficou afastado de suas atribuições, em clara violação ao espírito da Constituição, ao organizar o Ministério Público da forma que o fez, exigindo, por sinal, para alteração de sua estrutura, lei complementar (art. 128, § 5.º), o que carrega a pecha de inconstitucional ao § 1.º do dispositivo em análise<sup>11</sup>.

Enquanto não se resolve tal problema, é preciso corrigir exegeticamente o equívoco do § 1.º e – mesmo que a alguém pareça ser tal interpretação contra legem – entender que onde ali se escreveu Ministério Público **Federal**, quis-se dizer Ministério Público da **União**, e como o ramo deste que, a teor da Constituição e da LOMPU, cuida do Distrito Federal e dos territórios é o MPDFT, considerar que foi a este que o legislador do Código quis se referir. A providência, longe de agredir a lei, atende aos seus fins e a harmoniza com o sistema constitucional e institucional já em vigor.

O engano em pauta já atraiu a atenção do mundo jurídico, e o próprio relator final do projeto que veio a se transformar no novo Código, o Deputado Ricardo Fiúza, já se preocupou em corrigi-lo no seu Projeto de Lei n. 6.960, de 2002, não da melhor maneira, pois, embora resolvesse o problema tocante ao Distrito Federal, não o fazia em relação aos territórios<sup>12</sup>. Agora, porém, no Projeto n. 7.312, também de 2002, a questão parece equacionada, pois se prevê o seguinte texto: *Art. 66. (...) § 1.º Se funcionarem no Distrito Federal ou em Território, caberá esse encargo ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. § 2.º Se estenderem a atividade a mais de um estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.*

**Em verdade, esse novo § 2.º ainda não é o ideal, pois só contempla a situação em que a atividade fundacional se estenda por mais de um estado, deixando de fora as hipóteses em que ela se espalhe por um ou mais estados e o Distrito Federal, um ou mais estados e um ou mais territórios, ou pelo Distrito Federal e um ou mais territórios. Isso para não falar do caso em que abarque o Distrito Federal e um ou mais territórios quando, evidentemente, dever-se-á aplicar o § 1.º.**

Por tudo isso, talvez a melhor redação para o dispositivo inteiro fosse algo como: “Art. 66. O Ministério Público dos estados, e o do Distrito Federal e territórios, quando for o caso, velarão pelas fundações que se situem em seu âmbito, cabendo a

---

11 Tramita no Supremo Tribunal Federal ação direta de inconstitucionalidade nesse sentido. Trata-se da ADIn n. 2.794-8, Rel. o Min. Sepúlveda Pertence, com pedido de liminar, movida pela CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Até a data em que foram escritas estas linhas, sequer a providência *in limine* havia sido julgada, mas já havia parecer da Procuradoria-Geral da República pela procedência da ação, para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo questionado, tudo consoante informação no sítio do STF na *internet* (<http://www.stf.gov.br>).

12 A redação ali proposta era: Art. 66. (...) § 1.º Se funcionarem em território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal. § 2.º Se estenderem a atividade por mais de um estado, ou se funcionarem no Distrito Federal, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.

cada um o encargo de velar pelos órgãos, estabelecimentos ou parcela de atividades fundacionais localizadas em sua área, no caso de fundações que estendam sua atuação por mais de uma das mencionadas unidades federadas”.

José Eduardo Sabo Paes, escrevendo ao tempo do Código de 1916, trata da atividade ministerial de velamento pelas fundações: *Essa atitude de velamento (...) significa exercer toda atividade fiscalizadora a fim de verificar se realizam os seus órgãos dirigentes proveitosa administração da fundação, de modo a alcançar e atender as finalidades visadas pelo instituidor e constantes do seu estatuto. Caso a fundação situe-se em apenas um estado ou no Distrito Federal, portanto instituída e exercendo suas atividades e finalidades estatutárias nesse âmbito territorial determinado, ela será velada pelo órgão do Ministério Público local, i. é., Promotor ou Procurador de Justiça Curador de Fundações responsável pela aprovação do estatuto, de suas alterações, do exame de suas contas, enfim, de todos aqueles atos compreendidos na expressão “velar” (caput e § 2º do art. 26 da CC). Caso a fundação estenda sua atividade a mais de um estado ou ao Distrito Federal ou, se situada no Distrito Federal, estenda sua atividade a outro ou a outros estados da Federação, estabelece o Código Civil no seu § 1º que “caberá em cada um deles ao Ministério Público esse encargo”. Portanto, cada um dos Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça e Curadores de fundações com atribuições de velamento terá o encargo de acompanhar os trabalhos da fundação de outro Estado ou do Distrito Federal que esteja atuando em sua circunscrição. No entanto, algumas observações se fazem pertinentes. Primeiro, há que se perquirir de que forma essas atividades são estendidas a outro ente federativo. Se de forma eventual, sem a existência sequer de uma filial ou representação cumprindo eventualmente algum contrato ou ajuste, ou, ao contrário, se de forma permanente, com escritório, filial, empregados com atividades dirigidas e contínuas. No primeiro caso, de trabalhos eventuais, e não obstante haver o poder-dever do Ministério Público de velar pela entidade, entende-se que cabe ao Ministério Público do Estado em que ela está situada (registrada e em funcionamento) a atribuição de por ela velar, exigindo suas contas. É certo que a fundação, mesmo que esporadicamente, só poderá atuar em local diverso de sua sede caso suas finalidades e o estatuto assim permitam e esteja em regular funcionamento (comprovado por atestado do Ministério Público). No segundo caso, daquelas fundações de âmbito interestadual ou nacional que, estatutariamente e de acordo com suas finalidades ou para atender aos seus beneficiários, ou para das (sic) consecução às suas finalidades, atuam de forma permanente com escritórios, estabelecimentos ou filiais, faz-se necessário o acompanhamento do representante do Ministério Público do ao qual onde (sic) estão sendo as referidas atividades estendidas. Para tanto, e em atenção ao § 1.º do art. 26 do Código Civil, cabem inicialmente ao órgão do Ministério Público,*

*mediante prévia análise da documentação pertinente, escritura de constituição da fundação, última versão do estatuto registrado em cartório, ata que autorizou a abertura da filial ou do estabelecimento, ata de eleição da atual Diretoria e endereço da sede, e, se houver, das demais unidades da fundação, permitir a instalação da representação da fundação no seu Estado ou no Distrito Federal (se for o caso) e autorizar o registro da deliberação que decidiu pela abertura do escritório, bem como do registro do estatuto e da ata relativa à eleição ou à escolha do(s) representante(s) legal(is) da fundação. Após a apresentação/requisição da documentação, do seu exame e da autorização de seu registro, a fundação deverá ser velada e fiscalizada extrajudicialmente e, se for o caso, judicialmente, por meio do encaminhamento da prestação de contas, de sua filial ou de seu escritório ou de suas ações em seu estabelecimento, ao órgão do Ministério Público, com a mesma plenitude daquelas realizadas no local onde a fundação se situa ou foi registrada, mesmo porque não fez o legislador civilista qualquer diferenciação entre o caput e os parágrafos do art. 26<sup>13</sup>.*

Porém, resta ainda algo a dizer sobre o tema.

Independentemente do melhoramento redacional ou não do art. 66 do Código, como fica a situação do Ministério Público Federal, diante de fundações federais, ou mesmo fundações privadas que tenham sido instituídas ou sejam mantidas pela União ou qualquer outro ente federal abrangível pelo art. 109, I, da Constituição<sup>14</sup>, ou que destes recebam verbas<sup>15</sup> para seu custeio ou perquirição de seus fins?

**Estará o MPF, na redação vigente, adstrito a fiscalizar aquelas que funcionem no Distrito Federal ou em território, ou, aperfeiçoado o texto, inteiramente afastado dessa atividade?**

Nesse caso, como fica o disposto no art. 6º, XVII, **b**, da já referida Lei Orgânica do Ministério Público da União, que atribui ao MPF competência para promover as ações cabíveis a fim de declarar a nulidade de atos ou contratos geradores do endividamento externo da União, de suas autarquias, **fundações** e demais **entidades controladas pelo Poder Público Federal**, ou com **repercussão direta ou indireta em suas finanças**<sup>16</sup>?

---

13 PAES, José Eduardo Sabo. O Ministério Público e o velamento às fundações que estendam suas atividades a mais de um estado ou ao Distrito Federal. *Âmbito Jurídico*, mar./2001. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/cron0113.htm>>.

14 De modo a carrear interesse e, portanto, competência federal para o caso.

15 Nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade), *subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício e participação do órgão (rectius, ente) público*.

16 Além desse dispositivo, no mesmo diploma complementar há o art. 6º, VII, **b**, e XIV, **f**, que permitem ao *Parquet* Federal a promoção das medidas cabíveis para que possa também fiscalizar a probidade da aplicação de recursos, *v. g.*, em entes fundacionais, ainda que privados, ligados a entes públicos, como é o caso freqüente

Sob pena de se entender que a regra do Código Civil conflita com essa da LOMPU – hipótese em que a última, por seu mais elevado *status* legal e pela especialidade de sua dicção, há de prevalecer –, é necessário interpretá-las de modo a harmonizar-lhes o conteúdo, e assim evitar esse aparente conflito de normas<sup>17</sup>.

**De um lado, o Código Civil quer que o Ministério Público de cada unidade federada vele pelas fundações que lhe digam respeito; de outro, a LOMPU, e a própria Constituição, interpretada em conjunto com esta, querem que o Ministério Público Federal possa fiscalizar as fundações federais e outras onde haja a presença de recursos federais.**

Como muito bem observa Alexandre Gavronski, a atuação do Ministério Público Federal na fiscalização das fundações não se confunde com o velamento delas. As funções ordinárias de velamento (análise dos balancetes, das alterações estatutárias e do cumprimento das finalidades para as quais as fundações foram instituídas) continuam sob a responsabilidade dos Ministérios Públicos dos estados (e, entenda-se, do Distrito Federal e Territórios, se for o caso). A atribuição do MPF em relação às fundações não tem a abrangência do velamento, vale dizer, de amplo acompanhamento das atividades da entidade para garantir a fiel observância de seus estatutos. Nesses casos, em que atua o Ministério Público dos estados ou o do Distrito Federal e Territórios, pode caber, inclusive, a fiscalização dos contratos entre a fundação e entes públicos de outras esferas que não a federal, como os municípios, ou mesmo com empresas privadas. A atribuição do *Parquet* Federal, menos abrangente, justifica-se em razão e na medida da relação entre as fundações e os entes federais<sup>18</sup>.

O Ministério Público Federal, por conseguinte, apesar do art. 66 do Código Civil, estará sempre habilitado, não a velar pelas fundações, mas a fiscalizá-las e a tomar as medidas extrajudiciais e judiciais que se fizerem necessárias em atenção aos interesses, aos direitos e ao patrimônio da União e suas entidades, ou aos valores que a Constituição, a LOMPU e outras leis lhe determinem defender e preservar, *v.g.*, ajuizando ações civis públicas, ações de improbidade contra dirigentes fundacionais que se enquadrarem nas disposições legais pertinentes etc.

---

das fundações de apoio a universidades (autárquicas ou fundacionais) federais, as quais gerenciam recursos destas.

17 Na verdade, o referido dispositivo da Lei Orgânica do *Parquet* da União apenas reflete as atribuições (previstas por um conjunto de outras estatuições, constitucionais e legais) do Ministério Público Federal de proteger e defender o patrimônio da União e das demais entidades federais, o que evidentemente tem de incluir fundações em que parcela desse patrimônio tenha sido ou seja investida.

18 No sentido do texto, embora direcionando as afirmações especificamente às fundações de apoio às Instituições Federais de Ensino Superior, GAVRONSKI, Alexandre. A atuação do Ministério Público Federal na fiscalização das fundações de apoio das Instituições Federais de Ensino Superior – IFES: cabimento e alcance. In: SEMINÁRIO DAS FUNDAÇÕES DE APOIO ÀS INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO. Universidade de Brasília, nov. de 2002. Inédito.

**Poderá haver, em algum momento, atribuições que se completem ou mesmo se sobreponham entre os dois níveis do Ministério Público nesse trabalho de velamento, de um lado, e fiscalização, de outro. Não há, porém, como traçar abstratamente, em previsão genérica para todas as hipóteses possíveis, os lindes que separam uma coisa da outra. O caso concreto dirá.**

Somente pode-se ousar afirmar que, se o *Parquet* responsável pelo velamento de uma fundação sujeita à fiscalização por outro ramo do Órgão Ministerial encontrar irregularidades – v.g., improbidade, crime etc. – que exijam providências além daquelas ínsitas às atividades de velar pelo ente fundacional, deverá remeter o caso ao responsável pela atividade fiscalizadora, a quem caberá tomar as medidas desbordantes do mero velamento, embora se possa imaginar, em alguma situação, uma atuação conjunta.

#### **Art. 76**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** Em relação aos servidores públicos, aos militares e aos marítimos, o domicílio necessário não exclui a possibilidade de existência de domicílio voluntário. (Com a colaboração da aluna Andrea Leite Ribeiro de Oliveira).

#### JUSTIFICATIVA

A Constituição Federal de 1988 garante, em seu art. 5º, a inviolabilidade do direito à liberdade. Assim, os indivíduos, salvo os presos e os incapazes, devem ter a liberdade de escolher o lugar onde estabelecerão seu domicílio.

Apesar de o inciso II do art. 5º, CF/88, estabelecer que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei*, o que o parágrafo único do art. 76 do novo Código Civil impõe é a obrigatoriedade de servidores públicos, militares e marítimos terem, pelo menos, aquele domicílio, e não a obrigatoriedade de terem apenas aquele domicílio específico. O dispositivo em questão não impede que esses indivíduos tenham outro domicílio, o voluntário, o qual será livremente escolhido. Até porque, é o domicílio voluntário o lugar onde eles estabelecerão suas relações individuais e constituirão suas famílias. Essas pessoas, portanto, não podem ser privadas de escolher seu próprio domicílio, o qual existirá concomitantemente ao domicílio necessário.

Cabe ressaltar que o próprio Código Civil admite, em seu art. 71, a pluralidade de domicílios. Assim, não há nenhum empecilho a se considerar que

servidores públicos, militares e marítimos tenham dois – ou até mais – domicílios: o necessário e o(s) voluntário(s).

### **Art. 99, II**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** Os bens públicos de uso especial, previstos no inciso II do art. 99 do novo Código Civil, devem englobar, por interpretação sistemática, aqueles pertencentes ao Distrito Federal e suas autarquias.

#### JUSTIFICATIVA

A clara omissão do legislador no que tange aos bens públicos distritais de uso especial não deve dar azo a considerações que extrapolem a sistemática do próprio conceito de bem afetado a uma finalidade pública. É salutar que se conceba a existência de bens públicos de uso especial de propriedade do Distrito Federal.

A idéia transmitida pelo art. 98 é a de que esse ente político possui personalidade e patrimônio, pois é pessoa jurídica de direito público interno (art. 41, II, CC/2002). Seus bens são classificados tal como disciplinado no dispositivo seguinte, não sendo plausível enquadrar os bens de uso especial do Distrito Federal nas duas outras categorias, que em nada se relacionam.

### **Art. 102**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** Os bens públicos móveis que não atendem a sua função social podem ser objeto de usucapião. (Com a colaboração do aluno Felipe Germano Caricedo Ciudad).

#### JUSTIFICATIVA

O princípio da unidade da Constituição impede que qualquer bem imóvel público seja usucapido, já que traduzem norma posta pelo constituinte originário os arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único. No entanto, o art. 102 do Código Civil é posterior ao texto constitucional e deve ser interpretado pela

óptica da Carta Maior (por via da declaração de nulidade parcial sem redução de texto). O art. 5º, inc. XXIII, CF, incidirá como norma balizadora da usucapião quanto aos bens não abrangidos pela vedação constitucional, ou seja, os bens públicos móveis. A opção do legislador é válida até deparar-se com um bem que, apesar de pertencer a uma pessoa jurídica de direito público, não serve adequadamente à sua função social. Este será objeto de usucapião. Com fins de promover justiça social e harmonizar o sistema jurídico – pois é dever do Estado promover a dignidade da pessoa humana –, deve-se permitir que particular adquira originariamente um bem que há muito não era perfeitamente aproveitado pelo Poder Público.

### **Art. 156**

Autor: Mário Luiz Delgado Régis, Analista Judiciário da Seção Judiciária da Paraíba, à disposição da Câmara dos Deputados como Assessor Parlamentar

**ENUNCIADO:** Ao estado de perigo (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157.

## JUSTIFICATIVA

Uma das principais inovações do Código Civil de 2002, em matéria contratual, reside exatamente na sua **base ética**, pois o novo diploma não só valoriza a correção de comportamento, a probidade, a retidão, a honestidade, a lealdade, a confiança e a solidariedade social, como erige esses valores ao patamar de requisitos de validade do próprio negócio jurídico.

Dentre os novos mecanismos instituídos para assegurar os primados da ética e da boa-fé nos contratos, merecem destaque as figuras do estado de perigo (art. 156), da lesão (art. 157) e ainda a resolução do contrato por onerosidade excessiva (art. 478).

O estado de perigo e a lesão foram posicionados pelo legislador do Código Civil na Parte Geral, como vícios do negócio jurídico, ao lado do erro, do dolo e da coação. Ou seja, são hipóteses de defeito do negócio jurídico, que podem levar à anulabilidade, invalidando o contrato desde a sua celebração. Já a regra da onerosidade excessiva foi posta na disciplina dos contratos, como causa de resolução: o contrato nasce perfeito e válido mas, durante a execução, determinados fatores impõem sua extinção. A resolução não é determinada por vício no elemento constitutivo do negócio, mas por um motivo exterior ao contrato,

que surge posteriormente, dando ao contratante o direito de rescindir o negócio jurídico.

Configura-se o estado de perigo, diz o Código, quando alguém, para salvar a si, pessoa de sua família ou alguém por quem nutra grande afeição, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Trata-se de situação objetiva, que independe de qualquer subjetivismo. Aqui a vítima nem errou, nem foi induzida a erro ou coagida, mas viu-se compelida a celebrar um negócio que lhe era extremamente desfavorável em razão de circunstâncias concretas que viciaram a manifestação da vontade. A pessoa que está em perigo adota conduta que conscientemente não adotaria, daí por que é ela excludente de responsabilidade contratual.

É o caso típico de alguém que teve um parente seqüestrado e vende o seu carro pela metade do preço, visando à obtenção de fundos para o pagamento do resgate. Essa compra e venda é anulável, e quem adquiriu o bem, sabendo da situação de perigo do vendedor, será obrigado a complementar o preço ou a devolver o carro. Anulado o negócio, retorna a situação ao estado anterior, cabendo a cada uma das partes repor à outra o que desta houver recebido.

Não se confundem **estado de perigo** e **coaçoão**. No primeiro caso, lembra Eduardo Espínola, citado por José Carlos Moreira Alves, *nem foi um dos contraentes o autor do constrangimento nem foi este praticado no intuito de se obter o consentimento para o contrato de determinado*<sup>1</sup>.

É controversa a possibilidade de evitar a anulação do negócio mediante a redução da desproporção pela suplementação do preço. Para Moreira Alves, *no estado de perigo, alguém se obriga a dar ou fazer (prestação) por uma contraprestação sempre de fazer; daí não ser possível suplementação da contraprestação, para validar o negócio*<sup>2</sup>.

Com o devido respeito, ousamos divergir. Isso porque a contraprestação do que se beneficia do estado de perigo nem sempre consistirá em obrigação de fazer. É o caso do pai que, para pagar o resgate de um filho seqüestrado, vende o seu automóvel por preço bem aquém do valor de mercado, sabendo o comprador do real motivo da venda. Demais disso, ainda que a contraprestação represente um fazer, pode ocorrer a redução da excessiva onerosidade, sempre que o beneficiário concordar em receber menos do que originariamente propusera.

Cabe lembrar, finalmente, que o negócio anulável estará sempre sujeito a confirmação, pela vontade das partes (art. 172).

---

1 ESPÍNOLA, Eduardo, *apud* MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 150.

2 MOREIRA ALVES, *op. cit.*, p. 150.

Em suma, se a parte que se aproveitou da situação de perigo complementar o preço ou concordar em reduzir o proveito obtido, deve ser preservado o negócio, aplicando-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157.

Segue-se, assim, a orientação principiológica do Código de proteger as relações sociais, mantendo-as, sempre que possível.

### **Art. 157**

Autor: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba

**ENUNCIADO:** Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002.

### JUSTIFICATIVA

Em se tratando de vício do consentimento, a ocorrência da lesão acarreta, em regra, a anulação do negócio jurídico, nos termos do art. 171, inc. II, do Código Civil de 2002: *Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico (...) II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.*

Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da conservação dos negócios jurídicos, pelo qual a revisão do contrato deverá sempre prevalecer em relação ao desfazimento contratual, seja este por meio de resolução, seja mediante a anulação do negócio jurídico.

Confirmando tal entendimento, o § 2º do art. 157 determina: *Art. 157. § 2º. Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.*

Dessa forma, pensa-se que o § 2º do art. 157, como expressão do princípio da conservação dos contratos, deverá ser intensamente sobrelevado pelo magistrado, o qual deve demonstrar, sem comprometimento de sua parcialidade, que vislumbra na espécie a possibilidade da existência de lesão, incitando então, fortemente, a parte favorecida a ofertar um suplemento ou a concordar com a redução do proveito, ou ambas as partes a realizarem um acordo sobre a revisão da cláusula de preço.

Toda a conduta do juiz deverá ter em vista o princípio da conservação dos contratos, bem como uma nova concepção de contrato, pautada nos princípios da função social, da boa-fé objetiva e da equivalência material das prestações contratuais,

sendo certo que deverá tentar, ao máximo, a revisão do negócio e não simplesmente conformar-se com sua anulação.

### Art. 157

Autor: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba

**ENUNCIADO:** Dentre os elementos subjetivos que marcam a situação de inferioridade da vítima na lesão, encontra-se implicitamente, além da necessidade e da inexperiência, também a leviandade.

### JUSTIFICATIVA

A lesão tem a seguinte configuração no Código Civil alemão de 1900, em seu §138, *litteris: Parágrafo 138 (Contra os bons costumes). Um negócio jurídico que infrinja os bons costumes é nulo. Nulo é, particularmente, um negócio jurídico pelo qual alguém, explorando o estado de necessidade, a leviandade ou a inexperiência de um outro, faz prometer ou conceder, para si, ou para um terceiro, contra uma prestação, vantagens patrimoniais das quais o valor excede de tal modo à prestação que, de acordo com as circunstâncias, as vantagens patrimoniais estão em manifesta desproporção com a prestação.*

Como se pode observar, o BGB alemão, sem deixar de lado uma concepção objetiva pautada pela desproporção das prestações, introduziu, como requisitos para a configuração do instituto, situações subjetivas de inferioridade da vítima, quais sejam: a necessidade, a inexperiência e também a leviandade.

A leviandade, conforme a lição de Marcelo Guerra Martins, *tem sido vista como a afoiteza na realização do negócio. É a ausência da necessária e indispensável reflexão em torno das conseqüências advindas da avença*<sup>1</sup>.

Igual caminho segue o art. 4º da Lei n. 1521/51, ao tipificar o crime de usura, levando também em conta a leviandade: *Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.*

Entretanto, diversamente do Código Civil alemão e da própria Lei n. 1.521/51, quando esta tipifica o crime de usura real, o Código Civil de 2002 não elenca a leviandade dentre as situações subjetivas da vítima que podem, somadas a outros

---

1 MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 91.

requisitos, resultar na verificação da lesão. Veja-se o art. 157: *Art. 157. Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.*

Contudo, se observarmos a evolução histórica do instituto da lesão, veremos que a leviandade sempre foi tida como um dos elementos caracterizadores da situação de inferioridade da vítima, ao lado da necessidade e da inexperiência.

Deixando-se de lado a leviandade, estar-se-ia, na verdade, a prejudicar todas as vítimas de negócios jurídicos lesivos que contrataram ou foram levadas a contratar com pressa e sem a necessária reflexão.

Entende-se, assim, que a leviandade está contida, ainda que implicitamente, no art. 157 do Código Civil de 2002, dentre as situações de inferioridade que podem dar ensejo a um negócio jurídico lesivo.

### Art. 157

Autor: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba

**ENUNCIADO:** Para a configuração da lesão, segundo o art. 157 do Código Civil de 2002, impõe-se a congregação de elementos objetivos e subjetivos. Entretanto, dentre eles não se exige o **dolo de aproveitamento** da parte contratante lesante, isto é, o aproveitamento intencional da situação de inferioridade da contraparte.

### JUSTIFICATIVA

A lesão tem a seguinte configuração no Código Civil alemão de 1900, em seu §138, *litteris: Parágrafo 138 (Contra os bons costumes). Um negócio jurídico que infrinja os bons costumes é nulo. Nulo é, particularmente, um negócio jurídico pelo qual alguém, explorando o estado de necessidade, a leviandade ou a inexperiência de um outro, faz prometer ou conceder, para si, ou para um terceiro, contra uma prestação, vantagens patrimoniais das quais o valor excede de tal modo à prestação que, de acordo com as circunstâncias, as vantagens patrimoniais estão em manifesta desproporção com a prestação.*

Como se pode observar, o BGB alemão, sem deixar de lado uma concepção objetiva pautada pela desproporção das prestações, introduziu, como requisitos para a configuração do instituto, situações subjetivas de inferioridade da vítima, quais sejam: a necessidade, a leviandade ou sua inexperiência, **necessariamente conhecidas, ou mesmo exploradas, pelo lesante, o qual age assim com “dolo de aproveitamento”**, isto é, age, nas palavras de Marcelo Guerra Martins, com a *vontade*

*de lesar contratualmente alguém, através da consciência do estado de necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte.*<sup>1</sup>

Igual caminho segue o art. 4º da Lei n. 1.521/51, ao tipificar o crime de usura: *Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.*

Entretanto, diversamente do Código Civil alemão e da própria Lei n. 1.521/51, quando esta tipifica o crime de usura real, o Código Civil de 2002 não exige o **dolo de aproveitamento** da parte contratante lesante, isto é, o aproveitamento intencional da fraqueza do outro contraente. Eis o teor do comentado art. 157: *Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.*

Dessa forma, ainda que a parte lesante não tenha a intenção de se aproveitar da situação de premente necessidade ou da inexperiência da parte lesada, poderão estar configurados os requisitos para a verificação da lesão, desde que também ocorra desproporção objetiva das prestações.

### **Art. 158, § 1º**

Autor: Marcelo Roberto Ferro, Advogado e Professor da PUC/Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** 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.

### JUSTIFICATIVA

O legislador não indicou o momento em que se verifica a insuficiência da garantia real: se antes, ou após a excussão da garantia.

A inovação do Código Civil está em considerar legitimados, para a ação pauliana, os credores **ainda quando sejam privilegiados**, isto é, **antes da execução da dívida e da conseqüente excussão do bem**. Só assim se pode entender a inovação legislativa.

Na essência, essa legitimação dos credores privilegiados para a ação pauliana implica o reconhecimento de que eles podem sofrer prejuízo com a prática de atos fraudulentos de disposição que tenham por objeto os demais bens do devedor, os

---

1 MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 93.

quais constituem a garantia geral. Isso significa que a avaliação do prejuízo pauliano deve levar em conta o valor da garantia real e da garantia geral, visto que a existência da primeira não exclui a segunda, até mesmo em razão do princípio estabelecido no art. 1.430 do Código Civil: *Quando, excutido o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para o pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante.*

A insuficiência pode decorrer de fatores supervenientes à constituição da garantia, como, por exemplo, da incidência de multa contratual, acrescida de juros moratórios, ou mesmo da depreciação do bem. Na jurisprudência francesa, a Corte de Cassação já firmou entendimento no sentido da possibilidade de os credores privilegiados servirem-se da ação pauliana, vislumbrando prejuízo não na insolvência do devedor, mas nos atos que alterem o valor do bem dado em garantia. No entender de Alvino Lima, o princípio da ilegitimidade dos credores privilegiados cede diante da prova do prejuízo decorrente da alienação do bem objeto da garantia, que torne dificilmente executável o crédito<sup>1</sup>.

Em vista disso, Pontes de Miranda, ao discorrer sobre o conteúdo do art. 106 do Código Civil de 1916, propõe a extensão da legitimidade da ação pauliana para os credores com garantia real, afirmando que o referido artigo deve ser lido como se dissesse: *pelos credores quirografários; ou pelos credores com garantia real, no que o crédito exceda o valor da coisa dada em garantia, ou pelos privilegiados, se lhes dá prejuízo*<sup>2</sup>. Segundo o autor, os direitos reais de garantia dão ao crédito uma atuação mais intensa no patrimônio do devedor, e, por tal 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. Essa verificação não precisa ser feita, necessariamente, após a excussão da garantia. Daí a afirmação de 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**<sup>3</sup>.

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

---

1 LIMA, Alvino. *A fraude no Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. n. 23. p. 119.

2 PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi. t. 4. p. 458.

3 CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 2. p. 419.

prejuízo com atos de disposição do devedor que afetem os bens representativos de sua garantia geral.

### **Art. 167**

Autor: Alberto Junior Veloso, Juiz de Direito do Paraná

**ENUNCIADO:** Considerando os termos do novo Código Civil brasileiro, não há mais motivo para falar em simulação invalidante e não-invalidante, pois toda espécie de simulação gerará invalidade do negócio jurídico. Já não há, ante o Direito positivado, a diferença pregada pela doutrina entre os efeitos da simulação inocente e nocente, visto que, em ambas as hipóteses, haverá nulidade do negócio simulado.

### JUSTIFICATIVA

Simulação é a divergência entre a vontade declarada e a expressa, quando há consenso entre ambas as partes envolvidas no negócio jurídico sobre essa divergência, sempre com intenção de enganar.

Homero Prates a compara a um autômato, com aparência de vida, mas inteiramente oco, sem vida. Francesco Ferrara a ela se refere como a um espectro, um fantasma, que desvia a atenção para aquilo que verdadeiramente se pretendeu. Reputo que a simulação é como uma etiqueta falsa representando uma grife, para esconder os defeitos do produto falsificado.

Entretanto, embora necessária a intenção de enganar, na simulação pode não haver a intenção de prejudicar terceiros. Em face disso, a doutrina, dentre as muitas classificações de simulação, discorre sobre simulações inocentes (não há intenção de causar prejuízo a terceiros) e nocentes ou maliciosas (há intenção de fraude ou de prejudicar outrem).

Para grande parte da doutrina, apenas a simulação nocente ou maliciosa geraria a invalidade do negócio jurídico, o que, aliás, era a tônica do Código Civil de 1916, conforme a regra de seu art. 103. No novo Código Civil, a simulação deixou o campo das anulabilidades e passou a ser causa de nulidade do negócio jurídico.

Como se sabe, as nulidades não se convalidam, portanto, não há como considerar eventualmente válido um negócio simulado, mesmo que não tenha havido intenção de prejudicar terceiros. Passou a dispor o art. 167 do Código Civil: *É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.* Sendo assim, e como a lei não faz distinções, a tese propõe que todo negócio simulado é nulo, independentemente da intenção das partes de

causar prejuízos a terceiros, pelo que toda simulação é, ante a regra legal citada, invalidante.

A tese encontra amparo no princípio da eticidade, que inspira o Código Civil em vigor, uma vez que não seria possível admitir negócio em que há dissenso entre a vontade real (desejada) e aquela declarada, ou seja, não é possível encobrir a mentira. Haveremos de lembrar que não mais vigora a proibição a que os próprios envolvidos no negócio invoquem a nulidade do negócio simulado, pelo que qualquer um deles poderá pedir o reconhecimento judicial dessa nulidade, embora não tenha havido prejuízo a ninguém. Nesse sentido a posição de Humberto Theodoro Júnior<sup>1</sup>.

Com isso, há de se distinguir entre **simulação** e **dissimulação**. Nos casos de simulação absoluta (aqueles nos quais, afastado o manto do negócio meramente aparente, nada sobra), todo o negócio seria declarado nulo, independentemente da intenção dos agentes. Nas simulações relativas, o ato simulado (aquele que apareceu aos olhos de todos) sempre será nulo. O ato dissimulado, ou seja, aquele que foi originariamente escondido, poderá ou não ser declarado nulo, conforme tenha ou não havido ofensa à lei ou prejuízo a terceiros.

### Art. 193

Autor: Luiz Manoel Gomes Junior, Professor Universitário, São Paulo

**ENUNCIADO:** A regra do art. 193 do Código Civil não dispensa, para fins de recurso especial, que a questão federal tenha sido objeto de debate nas instâncias ordinárias (prequestionamento).

### JUSTIFICATIVA

Pela literalidade da regra do art. 193 do Código Civil, poderá o interessado alegar a prescrição em qualquer grau de jurisdição, inclusive nas instâncias extraordinárias. Contudo, não é bem assim. Há, sem dúvida, a possibilidade de alegar prescrição a qualquer tempo, mas apenas **nas instâncias ordinárias**, ou seja, em primeiro ou segundo grau de jurisdição. Estando a demanda nos tribunais superiores para análise de recurso extraordinário ou especial, não será possível alegar prescrição, pois **ausente o prequestionamento**.

O prequestionamento constitui **requisito indispensável** para o exame de determinada questão em sede extraordinária<sup>1</sup>. No caso, há necessidade de prévia

---

1 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 3. t. 2. p. 499.

1 STJ, EREsp n. 30.701/SE, Rel. Min. Garcia Vieira, julg. em 3/2/1999, DJU de 23/10/2000.

discussão e julgamento sobre a ocorrência, ou não, da prescrição para a análise da matéria, pois a Constituição Federal exige que a questão tenha sido decidida (arts. 102, III, e 105, III, CF/88).

Assim, nas instâncias extraordinárias é **inadmissível** a invocação da prescrição, salvo se já tiver sido objeto de anterior debate e decisão. É também o entendimento de Câmara Leal: *Se a prescrição não foi alegada perante a justiça estadual, e a lei federal que a rege não se tornou, portanto, objeto de discussão, claro está que a sentença, deixando de aplicá-la, não lhe negou eficiência, não foi proferida “contra a letra de lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado”, e o recurso extraordinário se faz inadmissível.*<sup>2</sup>

Em outras palavras, a prescrição não pode ser alegada, inicialmente, perante os tribunais superiores, o que afasta a exegese literal do art. 193 do Código Civil.

### **Art. 193**

Autor: Luiz Manoel Gomes Junior, Professor Universitário, São Paulo

**ENUNCIADO:** As limitações previstas nos arts. 300 e 302 do Código de Processo Civil não impedem a alegação de prescrição, a qualquer tempo, nos termos do art. 193 do Código Civil, nas instâncias ordinárias.

### JUSTIFICATIVA

Segundo o art. 300 do Código de Processo Civil, compete ao réu manifestar-se precisamente sobre todas as alegações contidas na inicial, invocando **todos** os fundamentos de fato e de direito que entender pertinentes, sob pena de preclusão (art. 302, CPC).

Como o processo não é um “jogo de cartas”, no qual se escolhe a hora para surpreender o adversário, a regra processual apontada possui um evidente caráter impositivo (no sentido de obrigatoriedade) e ético.

Não invocada, no tempo próprio, determinada matéria, resta ela atingida pela preclusão. Tal limitação, ou seja, a impossibilidade de alegar matéria nova (salvo aquelas apreciáveis de ofício – §3º do art. 267 do CPC), tem recebido tratamento uniforme nos tribunais<sup>1</sup>.

---

2 CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 78.

1 STJ, REsp. n. 493.048/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 24/6/2003, DJU 29/9/2003.

Como compatibilizar as limitações impostas pelo CPC com a regra de natureza processual do art. 193 do Código Civil? Há duas interpretações possíveis: a) os arts. 300 e 302 do Código de Processo Civil restringem a possibilidade de invocar prescrição no âmbito processual, ou seja, após a contestação. Na omissão do interessado, restaria inviabilizada a alegação, em outras palavras, ela estaria acobertada pela preclusão; b) o art. 193 do Código Civil deve ser visto como uma exceção ao sistema da preclusão processual, isto é, a prescrição não estaria sujeita às regras delineadas nos arts. 300 e 302 do Código de Processo Civil.

Pontes de Miranda defende que (...) *a regra jurídica do art. 162 (semelhante ao atual art. 193 do Código Civil) não significa poder ser alegada a prescrição se o réu falou na causa e não exerceu seu direito de exceção. Na contestação há de ser alegada, se já existe a exceptio, porque então seria de ser exercida. **Se não o foi, não mais pode ser, porque ou foi interrompida com a citação, ou, se já existia a exceção, não foi exercida** (...)*<sup>2</sup>. (Grifos nossos)

Maria Helena Diniz acolhe tal entendimento, ou seja, a alegação tardia é admitida, desde que (...) *a parte a quem aproveite não tenha ainda falado nos autos*<sup>3</sup>.

A primeira interpretação, apesar de respeitável, pois respaldada em autorizado magistério doutrinário, encontra obstáculo na própria literalidade da norma do art. 193, tornando-a **inócua**. Qual o sentido de afirmar que a prescrição pode ser alegada **a qualquer tempo**, se após a contestação tal não fosse mais permitido? O texto legal é claro: a prescrição pode ser alegada **a qualquer tempo**.

Segundo as regras do Código de Processo Civil (arts. 300 e 302, especialmente), toda a matéria de defesa deve vir com a contestação, sob pena de preclusão. A norma do art. 193 do Código Civil deve ser interpretada como uma **exceção ao sistema da preclusão do Direito Processual**. Porém a exegese não autoriza afirmar que isso seria admissível por conveniência do interessado, mas apenas em decorrência da legislação incidente na espécie. Analisando a questão, Humberto Theodoro Junior<sup>4</sup> e Carlos Roberto Gonçalves<sup>5</sup> seguem a mesma diretriz.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a interpretação ora defendida encontra o necessário respaldo: *A prescrição pode ser argüida e decretada em qualquer instância, inclusive em sede de apelação, ainda que não alegada em contestação*<sup>6</sup>.

---

2 PONTES MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 6. p. 249.

3 DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva. v. 1. p. 471.

4 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3. t.2. p. 203.

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 203.

6 STJ, REsp n. 157.840/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 16/5/2000, DJU 7/8/2000.

**Art. 194**

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

**ENUNCIADO:** O juiz deve suprir de ofício a alegação de prescrição em favor do absolutamente incapaz.

## JUSTIFICATIVA

O art. 194 impede ao juiz o suprimento da alegação de prescrição, salvo para favorecer o absolutamente incapaz, mas não determina a atitude positiva que o magistrado deve adotar. Ora, a incapacidade absoluta interessa não apenas ao sujeito a quem se refere, mas também ao bem geral da sociedade. Tanto é assim que as nulidades que origina devem ser decretadas de ofício pelo juiz e argüidas pelo Ministério Público quando tiver de intervir (art. 168). A lógica do Código não se compadece, pois, com o mero poder de discricção do juiz, no caso, senão que lhe impõe intervir a bem do absolutamente incapaz, cujos interesses, nessa qualidade, coincidem com os do Estado.

**Art. 194**

Autor: Artur César de Souza, Juiz Federal da Seção Judiciária do Paraná

**ENUNCIADO:** O art. 194 do Código Civil, ao ser interpretado de forma sistemática com o art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, não impede o reconhecimento de ofício da prescrição de direitos não-patrimoniais, autorizado pela norma processual, mas, sim, permite que o juiz supra, também de ofício, a alegação de prescrição patrimonial quando favorecer o absolutamente incapaz.

## JUSTIFICATIVA

A redação da primeira parte do atual art. 194 do CC não se diferencia daquela que constava no primitivo art. 170 do Projeto da Comissão especial da Câmara dos Deputados, quando da discussão do Código Civil brasileiro de 1916, *in verbis*: *O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição.*

Contudo, tendo em vista que os prazos prescricionais confundiam-se por vezes com os prazos decadenciais, além de serem tratados num único âmbito

normativo no CC de 1916, resolveu-se alterar a redação primitiva para aquela que ficou consignada no art. 166 do Código revogado.

Ninguém melhor para notificar esse momento histórico, bem como a discussão sobre o reconhecimento de ofício, pelo juiz, da prescrição de direito não-patrimonial, que o inesquecível Eduardo Espínola: *Diz o art. 166 que o juiz só poderá conhecer da prescrição de **direitos patrimoniaes**, se invocada pelas partes. Salientam os commentadores “a formula pouco feliz” (Clovis – Cód. Civ. Comm.; Merêa – Cód. Civ. Annot.) do artigo, que pode levar a crêr que os direitos não patrimoniaes estão igualmente sujeitos à prescrição propriamente dita, a qual, nesse caso, pode ser decretada pelo juiz ex-officio. Tem, entretanto, a redacção do artigo a sua história e a sua justificação. O projecto primitivo, partindo da distincção doutrinaria entre **prescrição** e **decadência** (ou **caducidade**, **termo extinctivo de direito**), só contemplara, no capitulo destinado a indicar os vários casos de prescrição, as hypotheses em que ocorre verdadeira prescrição. E como os direitos patrimoniaes é que se acham sujeitos a perder a garantia por effeito da prescrição propriamente dita, assim redigira o Projecto o seu artigo 201: “As acções, que protegem **os direitos patrimoniais**, extinguem-se por prescrição”. Em seguida, estabelecia os prazos. Quanto à **decadência**, a que estava submettido o exercicio de certos direitos não patrimoniaes, não o regulára ahi, mas em seus lugares especiales. A primeira Commissão especial dos 21 deputados entendeu, porem, na redacção final do Projecto, de incluir entre os casos de **prescrição** os de **decadência** de **direitos não patrimoniaes**. Já o art. 201 do Projecto Bevilaqua havia desaparecido na revisão da Commissão dos 5 jurisconsultos. Mas acontecia que a verdadeira prescrição, no pensamento do legislador, em respeito à tradição doutrinaria e à pratica jurisprudencial, não podia ser decretada de officio pelo juiz, o qual, ao envez, era autorizado a pronunciar a decadência dos direitos não patrimoniaes, sem provocação da parte interessada. Esses princípios não seriam mantidos, se não houvesse modificação nos termos do art. 170 do Projecto da Commissão especial da Câmara, assim concebido: “O juiz não pode supprir, de officio, a allegação de prescrição”. Como os casos de **decadência** estavam unidos aos de **prescrição**, e submettidos à mesma epigraphie – “dos prazos da prescrição” –, também aquelles só poderiam ser decretados pelo juiz, se alegados. Para fazer cessar esse estado de coisas, o deputado Barbosa Lima lembrou-se de apresentar a seguinte emenda ao art. 170: “Proponho que fique assim redigido: ‘Art. 170 – O juiz não pode declarar de officio a prescrição de **direitos patrimoniaes**’ ”<sup>1</sup>.*

Assim, percebe-se que a interpretação teleológica do art. 166 do CC de 1916, no sentido de que o juiz poderia reconhecer de ofício a prescrição de direito não-

---

1 ESPÍNDOLA, Eduardo. *Breves anotações ao Código Civil brasileiro*. 1918. v. 1. p. 476-477.

patrimonial, é fruto da confusão existente entre prazos prescricionais e decadenciais, principalmente porque, sob a égide do Código Civil revogado, esses prazos eram tratados conjuntamente.

A afirmação de que o juiz não pode reconhecer de ofício a prescrição de direito patrimonial nada mais significa do que, em sentido contrário, a possibilidade de o juiz reconhecer de ofício a decadência (ou a prescrição de direitos não-patrimoniais).

O novo Código Civil brasileiro pouco contribui para, de fato e diante do caso concreto, distinguir entre prescrição e decadência, pelo menos no que concerne aos prazos concretamente considerados, razão pela qual deve prevalecer a mesma interpretação teleológica da época em que se discutia o Código Civil de 1916.

O art. 219, § 5º, do CPC, ao delimitar o impedimento para que o juiz reconheça, de ofício, prescrição de direito patrimonial, deseja estabelecer que, diante de direitos não-patrimoniais, o que está em jogo são os prazos decadenciais, e não os prescricionais.

Em relação à segunda parte do art. 194 do novo Código Civil, observa-se que sua redação (*salvo se favorecer a absolutamente incapaz*) veio apenas elucidar a dúvida que já fora levantada por Antônio Luís da Câmara Leal, *in verbis*: *Discutem nossos escritores se o juiz pode decretar, de ofício, a prescrição não alegada a favor dos incapazes. Antes do Cód. Civil, Carlos de Carvalho, consolidando o direito vigente, estatuiu: “A prescrição não alegada pela parte importa renúncia de direito e somente poderá ser decretada pelo juiz em favor de menores e dos que a eles não equiparados, por não terem capacidade para renunciar expressa ou tacitamente”. Carvalho de Mendonça, fazendo alusão a esse dispositivo consolidado, pôs em dúvida a sua ortodoxia. Hoje é ociosa qualquer discussão em torno do assunto. O Cód. Civil, estabelecendo, como norma invariável, a impronunciabilidade ex officio da prescrição de direitos patrimoniais, dela não excluiu a prescrição a favor dos incapazes, e, portanto, ao juiz não é facultado reconhecê-la, de ofício<sup>2</sup>.*

Portanto, o art. 194 não teve por finalidade impedir ao juiz o reconhecimento, de ofício, da prescrição de caráter não-patrimonial, mas, sim, eliminar a dúvida sobre o reconhecimento ou não de ofício, pelo juiz, da prescrição de caráter patrimonial em favor de incapazes, o que, em caso positivo, era impossível com base no Código Civil de 1916, segundo Câmara Leal.

Deve-se preconizar uma interpretação sistemática do art. 194 do CC com o que dispõe o art. 219, § 5º, do CPC, tendo em vista que é da tradição do nosso ordenamento jurídico, segundo a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento de ofício da prescrição de

---

2 CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Forense, 1978. p. 82-83.

caráter não-patrimonial. Logo, não se deve postular que o art. 194 do CC tenha revogado o art. 219, § 5º, do CPC.

A melhor interpretação do art. 194 é aquela que autoriza ao juiz reconhecer a prescrição de caráter patrimonial quando favorecer o absolutamente incapaz. O novo dispositivo do Código Civil não veio restringir a possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição de caráter não-patrimonial, ao contrário, ampliou o entendimento até então questionável referente à possibilidade de se reconhecer a prescrição de caráter patrimonial em favor do absolutamente incapaz.

### **Art. 194**

Autor: Mário Luiz Delgado Régis, Analista Judiciário da Seção Judiciária da Paraíba, à disposição da Câmara dos Deputados como Assessor Parlamentar

**ENUNCIADO:** O art. 194 do Código Civil de 2002, ao permitir a declaração *ex officio* da prescrição de direitos patrimoniais em favor de absolutamente incapaz, derogou o disposto no § 5º do art. 219 do CPC.

### JUSTIFICATIVA

O art. 194 do CC/2002 trouxe inovação das mais relevantes ao estabelecer que a prescrição, versando ou não sobre direitos patrimoniais, só poderá ser decretada de ofício pelo juiz quando favorecer o absolutamente incapaz.

O Código de 1916 só vedava ao juiz conhecer de ofício a prescrição quando relativa a direitos patrimoniais, *in verbis*: Art. 166. *O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes.* Quando a ação envolvia direitos extrapatrimoniais, poderia ser conhecida de ofício.

A partir da entrada em vigor do CC/2002, mudou o cenário. Mesmo versando sobre direitos extrapatrimoniais, a prescrição não pode mais ser conhecida de ofício, se não beneficiar o absolutamente incapaz. Por outro lado, se favorecer o incapaz, pode ser conhecida de ofício, mesmo envolvendo direitos patrimoniais.

O novo Código revoga, portanto, o disposto no § 5º do art. 219 do CPC, cuja redação era a seguinte: *Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato.*

Nos processos em andamento, a prescrição em favor do absolutamente incapaz, quer envolva direitos patrimoniais quer extrapatrimoniais, poderá ser pronunciada imediatamente pelos juízes.

**Art. 198**

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

**ENUNCIADO:** Desde o termo inicial do desaparecimento, declarado em sentença, não corre a prescrição contra o ausente.

## JUSTIFICATIVA

O desaparecimento que compõe a tipicidade da ausência só se caracteriza depois de certo lapso de tempo, embora sua ocorrência possa ser súbita. No período em que esteve sem condições de exercitar seus direitos, mas ainda não lhe tivesse sido nomeado curador, expôs-se a perdê-los. Foi, portanto, literalmente um incapaz, embora o Código Civil não o tenha dito expressamente. Logo, é justo que se aplique a *ratio* implícita no art. 198: *Agere non valenti non currit praescriptio*.

**Art. 202, I**

Autor: Luiz Manoel Gomes Junior, Professor Universitário, São Paulo

**ENUNCIADO:** A citação somente interrompe a prescrição caso não haja extinção do processo, sem julgamento do mérito, em decorrência da desídia do autor.

## JUSTIFICATIVA

A regra do inc. I do art. 202 do Código Civil é clara: a citação interrompe a prescrição. Ao acionar o aparelho jurisdicional, o interessado deixa manifesta a intenção de exigir o reconhecimento/satisfação do direito supostamente existente em seu favor, o que autoriza a interrupção da prescrição.

Ao contrário do entendimento de Washington de Barros Monteiro<sup>1</sup>, ainda que o processo seja extinto sem julgamento do mérito, em regra, temos que houve a interrupção da prescrição; de igual forma se houver a desistência.

Com relação à desistência, são da mesma opinião Marco Aurélio S. Viana<sup>2</sup> e Silvio Rodrigues<sup>3</sup>: (...) *as mesmas razões que militam em relação à citação em*

---

1 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. p. 300.

*processo nulo, a qual, não obstante a nulidade, interrompe a prescrição, encontram-se em face da citação em processo do qual foi o réu absolvido da instância* (hoje extinto sem julgamento do mérito – observação nossa). *Em ambos os casos, a citação demonstra a solércia do credor, tomando uma atitude ativa que contraria a idéia de negligência, necessária para caracterizar a prescrição.* Igualmente Arnaldo Rizzardo<sup>4</sup>, mencionando precedente do Superior Tribunal de Justiça<sup>5</sup>.

A título de exemplo, no Direito espanhol (art. 1.946 do Código Civil) não haverá a interrupção da prescrição nas seguintes hipóteses: a) se a citação for nula por falta de formalidades essenciais; b) se houver desistência ou deixar o interessado de dar prosseguimento ao feito; c) se houver a extinção sem julgamento do mérito – *absuelto de la demanda*. No Direito japonês (art. 149 do CC), não há interrupção da prescrição se houver desistência da ação. Dispositivo semelhante há no Direito uruguaio (art. 1.237).

No entanto, se o processo for extinto sem julgamento do mérito, por desídia do interessado em dar-lhe regular prosseguimento (art. 267, II e III, do CPC), perderá o direito à interrupção da prescrição, justamente porque terá demonstrado a ausência de interesse em obter o reconhecimento/satisfação do seu eventual direito.

Admitindo tal entendimento, no Direito espanhol temos José Menéndez Hernández<sup>6</sup>, pois o interessado estaria abandonando o mecanismo interruptor da prescrição com sua negligência.

### **Art. 205, § 5º**

Autor: Rosiane Rodrigues Vieira, Estudante e Estagiária da PU/AGU/GO

**ENUNCIADO:** O §5º do art. 205 do Código Civil deve ser aplicado analogicamente nos casos de prescrição da ação por ofensa a direitos autorais do autor ou conexos.

### JUSTIFICATIVA

Essa interpretação deve ser adotada por uma questão de tradição legislativa, pois tanto o Código Civil de 1916, art. 178, § 10º, VII, como a Lei n. 5.988, de 14 de dezembro de 1973, art. 131, estabeleciam que prescreve em cinco anos a

---

2 VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 1. p. 329.

3 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva. v. 1. p. 341.

4 RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 1. p. 597-598.

5 STJ, REsp n. 38.606/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, julg. em 15/10/1996.

6 HERNÁNDEZ, José Menéndez. *Comentario del Código Civil*. Barcelona: Bosch, 2000. v. 9. p. 442.

ação civil por ofensa a direitos patrimoniais do autor ou conexos, contado o prazo da data em que se deu a violação.

A Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, revogou expressamente a Lei n. 5.988/73 e, ao tratar dos direitos autorais, acabou por não regular a matéria da prescrição, tendo em vista que o dispositivo que dispunha sobre a questão foi vetado pelo então Presidente da República. Como o Código Civil de 2002 não trata do prazo para a prescrição do direito de ação por ofensa aos direitos autorais, a matéria ficou sem regulamentação legislativa expressa, podendo ser enquadrada somente na regra geral dos prazos prescricionais, prevista em seu art. 205.

Entretanto, não cabe aplicar o prazo geral do art. 205 nessa hipótese, pois iria contra a sistemática adotada no Código de 2002, que restringiu todos os prazos prescricionais sobre a matéria contidos no antigo diploma. Além disso, é de nossa tradição legislativa que a prescrição da ação por ofensa a direitos autorais é de 5 anos.

#### **Art. 206, § 3º, V**

Autor: Luiz Manoel Gomes Junior, Professor Universitário, São Paulo

**ENUNCIADO:** O pedido de reparação civil decorrente de atos e omissões dos órgãos de imprensa prescreve em 3 anos, nos termos do art. 206, § 3º, inc. V, do Código Civil, haja vista a não-recepção, pela Constituição Federal, do art. 56 da Lei de Imprensa.

#### JUSTIFICATIVA

Na doutrina e na jurisprudência sempre se discutiu, em face da Constituição (art. 5º, inc. V e X, da CF-88), a razoabilidade do prazo prescricional previsto no art. 56 da Lei de Imprensa. Pontes de Miranda o tem como aceitável: (...). *Não há nenhuma razão jurídica por que não incida no caso, que é de ação indenizatória por suposto abuso na liberdade de manifestação do pensamento e informação, o art. 56, caput, da Lei Federal n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, o qual em nada contrasta com a vigente Constituição da República, cujo art. 5º, incs. V e X, de modo algum impede à legislação subalterna impor limite temporal ao direito aí garantido, ou ao exercício da pretensão. Não obstante conste, sobre o tema, outra leitura pretoriana, mais respeitável que convincente, afigura-se demasia ver, na só previsão da indenizabilidade do dano moral – cuja cláusula apenas sublimou à dignidade constitucional o que já estava implícito na ordem jurídica anterior, óbice a que, na tarefa de lhe dar perfil mais definido e regulamentar o exercício, a legislação ordinária ponha termo breve ou brevíssimo ao exercício da pretensão (prescrição), ou à própria duração do direito subjetivo de ser indenizado (decadência), atendendo às exigências particulares do alto relevo que a*

*mesma Constituição reconhece à liberdade da imprensa (art. 5º, IV, IX e XIV, e art. 20). Não há nisso contradição normativa alguma, senão justificável conveniência político-legislativa em que se não prolongue estado de incerteza quanto ao exercício desse direito da personalidade, cuja limitação conseqüente não o descaracteriza nem degrada. Os institutos da prescrição e da decadência foram concebidos para acudir à necessidade pública de, em nome doutros valores, terem limite temporal certos direitos, ações e pretensões, segundo o fluxo da vida. E “a vida corre célere, – mais ainda na era da máquina” (Pontes De Miranda, “Tratado de Direito Privado”, RJ. Ed. Borsoi, 3ª ed., 1970, t. VI/101, SS 662, nº 2)<sup>1</sup>.*

Defendem a não-recepção do art. 56 da Lei de Imprensa pela Constituição Federal: Darcy Arruda Miranda (*Comentários À Lei de Imprensa*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. t. 2. p. 697) e TJSP – AC n. 117.334-4 – Santos – Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, julg. em 30/1/2001 – LEX – JTJ n. 241/96-97.

Com o reconhecimento, em recente julgado do Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>, da não-recepção do art. 56 da Lei n. 5.250/67 (prazo de 3 meses) pela atual Constituição Federal, no caso de responsabilidade civil dos órgãos de imprensa, o prazo prescricional passa a ser de 3 anos, já que ausente regra especial sobre a questão.

Em sentido contrário, anote-se a posição de Walter Ceneviva<sup>3</sup>, sustentando a tese de que o prazo seria de 10 anos.

### **Art. 206, § 3º, V**

Autor: Guilherme Couto de Castro, Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** Prescreve em três anos a pretensão de reparação civil contra a Fazenda Pública.

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

### **Art. 212**

Autor: Flávia Pereira Hill, Advogada, Rio de Janeiro

---

1 TJSP, AI n. 221.471-4/5-00 – São Paulo, Rel. Des. Cezar Peluso, julg. em 5/3/2002, LEX n. 255, p. 322-323. No mesmo sentido: TJSP, AI n. 71.342-4/0, Rel. Des. Rodrigues de Carvalho, julg. em 19/2/1998; TJSP, AI n. 105.496-4/2, Rel. Des. Erbeta Filho, julg. em 13/4/1999.

2 STF, RE n. 348.827/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 1/6/2004, DJU 6/8/2004.

3 CENEVIVA, Walter. Decadência e dano moral. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 25 set. 2004. Caderno C, p. 2.

**ENUNCIADO:** O termo “confissão” (art. 212, I) deve abarcar o conceito lato de depoimento pessoal, tendo em vista que este consiste em meio de prova de maior abrangência, plenamente admissível no ordenamento jurídico brasileiro.

## JUSTIFICATIVA

A teoria geral do Direito dá tratamento ampliativo à admissibilidade dos meios de prova. Modernamente, com a evolução do Direito Processual – que inevitavelmente ressoa, com especial força, em matéria de direito probatório, dada a importância da dinâmica judicial nessa esfera –, imbuído dos princípios da verdade real, da comunhão da prova, do livre convencimento motivado e da instrumentalidade das formas, formou-se um cenário que reafirma o tradicional entendimento.

A esse respeito, impende trazer à baila as notáveis lições de Pontes de Miranda: *O meio de prova pode consistir em algo que possa ser apreciado pelos sentidos, ou que possa conter apreciações pelos sentidos: dados físicos, exteriorizações de pensamento ou sentimento (documentos, certidões, atestados, laudos periciais, depoimentos de figurantes, ou de testemunhas, confissões, sentimentos revelados em exames de responsabilidade etc.)*<sup>1</sup>.

Nesse contexto, o Diploma Processual Civil de 1973, no art. 332, espelha o tradicional entendimento, nos seguintes termos: *Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa.*

Embora o Código Civil de 2002 seja norma posterior de mesma hierarquia, não há conceber como revogada a regra processual supra-referida. Verifica-se, a partir da leitura do art. 212 e seus incisos, que o legislador elencou os meios de prova admitidos. Contudo, deve ser dispensada a esse dispositivo legal uma leitura consentânea com as tradicionais premissas antes expostas, imprimindo-lhe maior amplitude, sob pena de se tolher a busca da verdade material e, em última análise, a própria consecução do ideal de Justiça, pois esta, decerto, não sobrevive divorciada daquela primeira noção.

Dito isso, cumpre observar que o art. 212 enuncia, em seu inc. I, a confissão como meio de prova admitido no ordenamento jurídico pátrio. A confissão pode ser assim conceituada, nas palavras do célebre jurista José Frederico Marques: A

---

1 PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. 3. p. 463.

*confissão é o reconhecimento que uma parte faz da veracidade de um ou mais fatos que lhe são desfavoráveis e foram afirmados pela parte contrária*<sup>2</sup>.

Ou seja, a confissão possui âmbito de incidência limitado e específico, prestando-se, segundo a melhor técnica, estritamente à comprovação de **fatos desfavoráveis** à parte que produz esse meio de prova. Estão fora de seu âmbito de incidência, portanto, os fatos **igualmente úteis à correta compreensão da lide**, mas que lhe sejam **benéficos ou favoráveis**<sup>3</sup>. Dúvidas não há, por exemplo, de que a apresentação de um alibi pela parte, em juízo, não se enquadra no conceito jurídico de confissão, embora possa ser decisiva para o resultado do julgamento.

Todavia, a despeito de sua relevância, nenhuma das hipóteses previstas no art. 212 abarca esses elementos, não podendo o intérprete contentar-se com tal inteligência, sob pena de se divorciar das premissas inicialmente expostas.

Com efeito, norteando-se pelos princípios gerais de direito probatório, os fatos apresentados oralmente pela parte e que lhe sejam **favoráveis** são alcançados apenas por um meio de prova: o depoimento pessoal<sup>4</sup>. Esse meio de prova abarca **todos os fatos, benéficos ou prejudiciais**, que tenham sido apresentados oralmente pela parte. Com isso, estão abrangidos **todos os fatos relevantes ao deslinde da questão**, independentemente de quem seja o seu beneficiário, até porque, consoante acima referido, modernamente, o meio de prova se destina a reconstituir **a verdade** com o maior grau de fidelidade possível, a fim de permitir a formação da correta convicção judicial. Não vige, entre nós, a noção de que a prova pertence à parte. A prova, uma vez produzida – seja por uma das partes ou por terceiros, como peritos, testemunhas etc. –, agrega-se aos autos, passando a pertencer ao juízo, conforme preconiza o princípio da aquisição processual da prova ou da comunhão da prova.

Imperioso destacar, nesse passo, as considerações de José Frederico Marques, *in verbis*: *De tudo se infere que o depoimento pessoal, além de ato destinado a provocar a confissão da parte, constitui também um instrumento da imediação processual. E não há dúvida alguma de que a sua utilidade, no tocante a esse segundo escopo, é das maiores, como fator ponderável da formação do convencimento do juiz, além de ser elemento que muito pode esclarecer trechos e fatos do litígio. (...) Cumpre ressaltar, mais uma vez, que o depoimento pessoal não se confunde com a confissão.*

---

2 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 2000. p. 169. Ver também art. 348, CPC.

3 Sobre o tema, destaquem-se as palavras de James Goldschmidt: Não só pode aproveitar-se como meio de prova a declaração desfavorável da parte, a confissão no próprio sentido, **senão também a declaração favorável, a chamada self-serving**, pelo menos quando se preste baixo juramento decisivo. (In: Teoria Geral do Processo. Campinas: Minelli. 2003. p. 201). (Grifo nosso)

4 Insere-se nesse conceito tanto o depoimento pessoal propriamente dito, meio de prova requerido pela parte contrária e prestado em audiência, como o chamado “interrogatório livre” (subespécie), em que a parte é convocada pelo juiz, a qualquer momento, para prestar informações relevantes à causa (arts. 342 e 343, CPC).

*Nele pode haver mais que a confissão, e pode não conter nenhum reconhecimento confessório do depoente. Esse meio de prova é um dos instrumentos de manifestação da confissão. “A confissão é a espécie, o depoimento pessoal é a forma”<sup>5</sup>.*

Assim sendo, depoimento pessoal e confissão têm íntima relação entre si, já que ambos são os únicos meios orais de prova produzidos pelas próprias partes. Tanto assim que a confissão, demais de ser meio de prova<sup>6</sup> expressamente previsto em lei (art. 348, CPC, e art. 212, CC/2002), é reconhecida pela doutrina, outrossim, como efeito específico (pena) que pode decorrer do depoimento pessoal, notadamente quando a parte declina fatos que lhe são prejudiciais, o que corrobora a ligação entre os dois institutos.

Sob essa perspectiva, atentando-se para a necessidade de emprestar ao art. 212 interpretação condizente com os primados do direito probatório – que preconiza a ampla admissibilidade dos meios de prova –, dentre os incisos da norma em comento, aquele que melhor acolhe a previsão de depoimento pessoal, a partir de uma interpretação ampliativa, é decerto o inc. I, que prevê a confissão<sup>7</sup>.

Com isso, adotando-se interpretação ampliativa do termo “confissão” como abrangente do conceito lato de depoimento pessoal, estar-se-á suprimindo omissão legislativa sobre a previsão de um meio de prova mais amplo e de incomparável relevo para o alcance da verdade real, e que, decerto, nem por isso foi retirado de nosso ordenamento jurídico como meio de prova legalmente admitido.

Diante do exposto, agasalhar o depoimento pessoal no inc. I virá, acima de tudo, restabelecer o equilíbrio e a coerência do art. 212 com os primados da teoria geral do Direito.

## **Art. 214**

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

---

5 MARQUES, *op. cit.*, p. 402-403.

6 Abalizada doutrina questiona, de *lege ferenda*, a confissão como autêntico meio de prova. Por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros. v. 3. p. 100.

7 No mesmo sentido, destaque-se respeitável doutrina: A confissão é intimamente vinculada à figura do depoimento da parte. Como lembra Chiovenda, o depoimento pessoal é uma forma de provocar a confissão da parte adversa. E por essa mesma razão, não há como estudar o depoimento pessoal sem necessárias referências (e constantes vinculações) entre este e a confissão. (MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. In: Manual do processo de conhecimento. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 363). O depoimento pessoal distancia-se da prova testemunhal em sua essência, conforme destacado por Luiz Rodrigues Wambier: O depoimento pessoal diferencia-se do meio testemunhal, embora sua produção se dê pelo mesmo modo, porque a testemunha também não deve emitir juízos de valor, opiniões, mas limitar-se a relatar os fatos que sabe. (Curso avançado de Processo Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 496).

**ENUNCIADO:** Entende-se incluído no art. 214, como razão de nulidade da confissão, o erro resultante de indução dolosa.

#### JUSTIFICATIVA

O art. 214 é a reprodução adaptada do Código Civil italiano, art. 2.732. Embora, onde houver dolo, haja necessariamente erro, faltou ao legislador brasileiro a diligência de afeiçoar o antecedente italiano à sistemática, já tradicional no regime do Código Civil brasileiro de 1916 e continuada no atual (por exemplo, art. 171), de sempre nomear expressamente o dolo, ao lado do erro, quando for o caso de se pretender incluí-lo. Na própria Itália, Bigliuzzi Geri e outros dão como “indiferente” proceder ou não o erro de dolo<sup>1</sup>. O enunciado tem por fim eliminar dúvidas possíveis. E reafirma a solução que já vinha do Código de Processo Civil, no art. 352, que continua integralmente em vigor.

#### Art. 215

Autor: Flávia Pereira Hill, Advogada, Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** A aparente amplitude da expressão “*prova plena*” deve ser temperada, importando em presunção relativa acerca dos elementos indicados nos incisos do §1º, devendo, no mais, ser conjugada, necessariamente, com o disposto no parágrafo único do art. 219.

#### JUSTIFICATIVA

A expressão “*prova plena*”, constante do art. 215 do Código Civil de 2002, não possui toda a amplitude que denota ter a partir da leitura do citado dispositivo legal. Tal expressão deve ser temperada, partindo-se da análise sistemática de todo o Título V, bem como das regras tradicionais dispensadas ao tema.

Primeiramente, reproduza-se o disposto no art. 364 do Código de Processo Civil: *O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrevão, o tabelião, ou o funcionário declarar **que ocorreram em sua presença***. (Grifo nosso)

Cumprido, nesse passo, trazer a seguinte classificação – tradicional em Direito probatório –, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco: *É **autógrafo** o documento*

---

1 GERI, Lina Bigliuzzi *et. al.* *Diritto Civile*. Torino: Utet, 1986. v. 12. p. 935.

*produzido materialmente pelo próprio autor intelectual das declarações que contém. Heterógrafo, quando o autor material é outra pessoa. As escrituras públicas são documentos heterógrafos, mas outros instrumentos públicos poderão não sê-lo (atos do escrivão, de um funcionário do Poder Executivo etc.)*<sup>1</sup>.

Importando-se a classificação para os documentos públicos, tem-se a seguinte dicotomia: (i) informações e fatos presenciados pelo oficial público; e (ii) informações meramente declaradas pelos particulares ao oficial público.

A esse respeito, imperioso destacar as lições de Humberto Theodoro Júnior, *in verbis*: *Esses documentos contêm informações que se referem a: a) às circunstâncias de formação do ato, como data, local, nome e qualificação das partes etc.; e b) às declarações de vontade, que o oficial ouvir das partes. A presunção da veracidade acobertada pela fé pública do oficial só atinge aos elementos de formação do ato e à autoria das declarações das partes, e não ao conteúdo destas mesmas declarações. Pela verdade das afirmações feitas perante o oficial, só mesmo os autores delas são os responsáveis. Há, destarte, que se distinguir, como faz Chiovenda, entre a verdade extrínseca e a verdade intrínseca, em matéria de documento público*<sup>2</sup>.

Assim sendo, dúvidas não há de que o documento público ostenta *status* diferenciado, em razão da fé pública de que se investem os oficiais públicos, outorgando como que uma chancela às informações **de que efetivamente tenham conhecimento**. Por isso, a leitura isolada do art. 215, ao referir-se, *tout court*, a **prova plena**, traz a falsa impressão de que o documento público seria prova plena de **todo** o conteúdo nele expresso, sem qualquer limitação. Sob essa perspectiva, estar-se-ia ignorando a tradicional distinção acima exposta e tomando-se como verdadeiros aqueles fatos (declarações enunciativas) de que o oficial público nem sequer teve conhecimento, tendo-se limitado a reproduzi-los, tais quais ditos pelo particular. O entendimento possui o condão de pôr esses fatos a salvo de qualquer comprovação por outro meio de prova, criando nefasta e perigosa presunção de veracidade, sem qualquer respaldo, o que compromete a reconstituição da verdade real, princípio norteador do Direito probatório Civil e Penal, na atualidade.

Desse modo, a expressão “prova plena” deve alcançar apenas os elementos elencados no § 1º do art. 215, pois tais fatos foram certificados e comprovados pelo oficial público, prescindindo, portanto, de qualquer outro meio de prova que corrobore o documento público.

---

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 3. p. 567.

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. I. p. 442. No mesmo sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. p. 508.

De outra parte, quanto às informações meramente declaradas pelos particulares ao oficial público (documentos heterógrafos), permanece a necessidade de sua comprovação pelos meios de prova admitidos, não estando abrangidas na terminologia “prova plena”, disposta no *caput* da norma civil em comento, embora não exista, nesse dispositivo legal, qualquer expressa limitação. Nessa parte, a leitura da expressão “prova plena” deve, necessária e invariavelmente, ser conjugada com o disposto no parágrafo único do art. 219<sup>3</sup>.

Tal norma corrobora o entendimento ora esposado, ao estabelecer que as informações diretamente relacionadas com as *disposições principais ou com a legitimidade das partes* prescindem de ulterior comprovação. Tais informações correspondem exatamente àquelas discriminadas nos incisos do art. 215. Por outro lado, as chamadas “declarações enunciativas” são justamente aquelas que foram simplesmente relatadas ao oficial público. Diante disso, essa segunda categoria de informações não está albergada pela expressão “*prova plena*”, portanto, demanda ulterior comprovação.

Contudo, a impropriedade do emprego da expressão “prova plena”, *tout court*, no art. 215, verifica-se mesmo quanto às informações que são do conhecimento do oficial público. Isso porque tais informações, contidas em documento público, embora alçadas a *status* privilegiado, tendo, inclusive, eficácia *erga omnes*, ostentam **presunção relativa de veracidade (*iuris tantum*)**, passível de impugnação judicial, por meio de incidente de falsidade.

Cumprido transcrever, mais uma vez, as considerações de Humberto Theodoro Junior: *Todos* (documentos públicos) *gozam da mesma presunção de veracidade, quando legitimamente elaborados dentro da competência do órgão expedidor. A presunção é, no entanto, apenas iuris tantum, porque pode ser desconstituída por declaração judicial de falsidade do documento (art. 387), que pode ser obtida em ação principal ou em incidente, nos termos dos arts. 390 e 395*<sup>4</sup>.

Com efeito, nada obsta a que, *ad exemplum tantum*, o particular apresente carteira de identidade falsa ao oficial público, provando-se, posteriormente, em juízo, a verdadeira qualificação do particular, em detrimento do teor do documento público.

Assim sendo, constata-se que a expressão “prova plena”, tal qual se encontra no citado dispositivo legal, sem qualquer temperamento, ocasiona um forte impacto inicial ao intérprete, parecendo dispor de amplitude deveras maior do que efetivamente lhe deve ser atribuída.

---

3 Art. 219. (...) Parágrafo único. Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.

4 THEODORO JÚNIOR, *op.cit.*, p. 443.

Isso posto, a correta interpretação da expressão “*prova plena*”, prevista no *caput* do art. 215, implica presunção relativa e deve abarcar apenas as informações elencadas em seu §1º. Tal expressão deve ser interpretada, no restante, em conjugação com o disposto no parágrafo único do art. 219, não alcançando, portanto, as chamadas “declarações enunciativas”, que demandam comprovação por todos os meios de prova legalmente admitidos.

### **Art. 232**

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

**ENUNCIADO:** A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz não pode ser considerada confissão ficta, independentemente do conjunto probatório.

### JUSTIFICATIVA

O art. 232, na sua literalidade, é hostil às garantias constitucionais, na medida em que dá ênfase a uma hipótese interpretativa, entre tantas a que o juiz poderá recorrer. Daí resulta o tom inibitório quanto ao exercício dos direitos da personalidade. Já se observou que *o art. 232, desviando-se da moderna teoria sobre a avaliação da prova, que pede a integração da totalidade dos elementos disponíveis, inclusive, claro, a recusa em submeter-se à perícia, acena ao juiz com a possibilidade de uma avaliação isolada ou parcelar. Isto é, ignora o chamado “conjunto probatório”, para lembrar ao juiz que a recusa pode ser interpretada como confissão ficta, o que positivamente ela não é, senão o exercício de um fundamental direito da personalidade*<sup>1</sup>. O juiz há de julgar segundo o seu livre e prudente convencimento, não podendo emprestar valoração insular à prova, a não ser que a lei o vincule expressamente. Cabe-lhe ter ainda presente, por fim, a lapidar recomendação, assentada em 1982 pela Corte de Cassação da Itália, para que dê *adequada e cônica motivação da determinação adotada com base nos elementos considerados mais atendíveis e pertinentes*<sup>2</sup>.

---

1 VILLELA, João Baptista. *Parte geral do Código Civil*. In: SEMINÁRIO NOVO CÓDIGO CIVIL: O QUE MUDA NA VIDA DO CIDADÃO, 2003, Brasília. Brasília: Câmara dos Deputados – Centro de Documentação e Informação, 2003. p. 217.

2 GERI, Lina Bigliuzzi *et. al.* *Diritto Civile*. Torino: Utet, 1986. v. 1. 2. p. 919.

## Art. 232

Autor: Mário Luiz Delgado Régis, Analista Judiciário da Seção Judiciária da Paraíba, à disposição da Câmara dos Deputados, como Assessor Parlamentar

**ENUNCIADO:** A perícia de que trata o art. 232 há de ser realizada por especialista médico, justificando-se qualquer recusa de submissão a tal exame sempre que os laboratórios e peritos não pertencerem ao ramo da Medicina.

### JUSTIFICATIVA

O art. 232 configura importante inovação, a tornar o Código Civil de 2002 contemporâneo com os avanços da jurisprudência. Inova substancialmente o dispositivo ao estabelecer que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz substitui a prova que se pretendia obter com o exame, provando contra aquele que se recusou a fazê-lo.

Assim, nas ações de investigação de paternidade, a recusa à realização das provas médico-legais pelo investigado, a exemplo do exame de DNA, presume a paternidade.

Entretanto, a perícia há de ser realizada por especialista formado em Medicina. Como bem ressalta o jurista gaúcho Rolf Madaleno, *está inteiramente justificada qualquer recusa de submissão à perícia genética em DNA para a comprovação da relação de filiação, quando o perito não for um profissional da Medicina. Peritos e auxiliares técnicos deverão ter formação médica, descartando o novo texto legal a perícia realizada por qualquer profissional dissociado da Medicina, fechando a vigente disposição legal a possibilidade de serem realizadas perícias de vinculação genética pelo DNA através de peritos com formação apenas no campo da biologia, ou da engenharia florestal e pelos farmacêuticos, dentre outras profissões distintas da Medicina. Assim deve ser rigorosamente interpretado, porque os arts. 231 e 232 do Código Civil são suficientemente claros ao estabelecerem por expresse que não valerá a presunção pela recusa de submissão à prova técnica, quando o perito nomeado não for profissional da Medicina, porque só haverá possibilidade de aproveitar a presunção pela recusa de submissão a exame médico ordenado pelo juiz. E serão plenamente justificadas as negativas procedidas em investigatórias de paternidade em que os laboratórios e peritos não pertencerem ao ramo da Medicina, pois a pesquisa pericial deve ser necessariamente um exame médico, não mais havendo margem para outra sorte de peritos, como vinha sucedendo em relação aos biólogos, farmacêuticos e engenheiros florestais. Pela mecânica da nova codificação civil, ficam descartados peritos sem formação em Medicina, e plenamente justificada a*

*recusa de submissão a exame. A paternidade já não mais poderá ser declarada apenas pela presunção através da simples recusa, porque ela não será injustificada quando o laudo for encabeçado por perito estranho à área médica, pois, na nova concepção da lei, só incidirá a presunção quando houver recusa a exame médico, sendo ao contrário absolutamente legitimada a recusa à perícia ordenada para outra classe profissional. Aliás, melhor irão proceder os tribunais brasileiros se, doravante, decidirem pela realização de perícia técnica de verificação biológica da paternidade, somente quando presente alguma prova mínima de verossimilhança entre o relato da petição inicial e os fatos aprioristicamente demonstrados. Melhor ainda se movimentarão os pretórios brasileiros, o governo e as autoridades legislativas, em esforço conjunto com o Conselho Federal de Medicina, cuidando de promover todos os atos que tratem de regulamentar a perícia genética do DNA, que por ora atua numa faixa de total descontrolo, numa espécie de ‘terra de ninguém’. É preciso conciliar com o novo Código Civil brasileiro que dispõe ser ato médico o laudo pericial de DNA, buscando especificar se no próprio campo da Medicina a perícia genética já não se trata de uma especialidade, que não se estende a todos os médicos, mas apenas aos médicos geneticistas, como faz ver a nova legislação civil que agora afasta do espectro da presunção qualquer perícia que não tenha sido conduzida por profissional da Medicina, com a vanguarda de excluir do campo da presunção legal laudos totalmente destituídos de habilitação médica que passam a ser os únicos imantados de legitimidade para a realização de intrincadas perícias na apuração da filiação biológica<sup>1</sup>.*

---

1 MADALENO, Rolf. A presunção relativa na recusa à perícia em DNA. In: RÉGIS, Mário Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueiredo(Coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2004.

## 5.2 Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil

---

**Art. 186**

Autora: Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues, Desembargadora Federal

**ENUNCIADO:** O dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, deve ser representado por prejuízo autonomamente comprovado, em face das circunstâncias da causa, não se caracterizando como tal o mero aborrecimento inerente a qualquer prejuízo material.

**JUSTIFICATIVA**

O dano moral é reconhecido há muitas décadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inicialmente em relação a hipóteses em que se verificasse dor profunda, evidente, notória, baseada na experiência de qualquer pessoa, como, por exemplo, a morte de um filho menor. Nesse caso, não se pode alegar dano material algum, porque uma criança pequena só gera despesas, não é causa direta de proveito econômico, nem contribui para a manutenção da família. No entanto, é evidente o sofrimento profundo dos pais, sem nenhum vínculo com prejuízo econômico. Posteriormente, veio a jurisprudência a reconhecer a possibilidade de indenização por danos materiais no caso de morte de menor, devida apenas a partir da data em que ele atingiria quatorze anos, quando, então, poderia começar a trabalhar. Mas entre o nascimento e a data de seus quatorze anos não há dano patrimonial. Por isso foi construída, antes mesmo da Constituição de 1988, a doutrina do dano moral. Evoluiu-se para situações em que também não havia dano patrimonial, mas o dano moral, o sofrimento causado ao lesado, é evidência que decorre da experiência comum, coisa óbvia, como o caso de alguém cujo nome foi inscrito indevidamente em cadastro de inadimplentes. É a hipótese de uma pessoa cumpridora de todas as suas obrigações e, no entanto, por falha de uma instituição financeira, ou de qualquer comerciante, teve seu nome negativado e, com isso, não pode mais obter crédito, pois sua honra e credibilidade foram atingidas. Nessa condição, se a vítima não demonstrar que perdeu um negócio, ou que sua atividade econômica foi prejudicada em razão dessa inscrição, se não comprovar dano patrimonial, mas sendo evidente o transtorno sofrido, haverá o dano puramente moral, indenizável, segundo a pacífica jurisprudência do STJ e do STF.

O Supremo Tribunal Federal admitia a possibilidade de indenização de dano moral puro, mas entendia ser este inacumulável com danos materiais decorrentes do mesmo fato, exatamente porque a jurisprudência mais restritiva, no início, só via a possibilidade de indenizar o dano moral caso o prejuízo não

estivesse sendo indenizado a título de dano material. Com a criação do STJ, uma das primeiras alterações da jurisprudência do Supremo com relação à lei ordinária foi exatamente para admitir a possibilidade de acumular indenização de dano material com indenização de dano moral decorrente do mesmo fato. No exemplo citado, de registro no cadastro de inadimplentes, se a pessoa provar que perdeu um negócio em razão de sua inscrição indevida no SPC ou no Serasa, receberá indenização por dano material correspondente ao que perdeu pelo fato de ter deixado de realizar o negócio, mais uma indenização por dano moral, em razão de ter ficado sujeita ao vexame, durante determinado período, de não poder fazer negócio algum, nem sequer efetuar uma compra pessoal no comércio, não relacionada ao giro de seus negócios.

Assim sumariada a evolução, na jurisprudência, da tese da indenização por dano moral, entendo que, pelo fato de ser possível, em princípio, a acumulação de dano moral com dano patrimonial, não se justifica a conclusão sustentada em vários processos, algumas vezes com êxito, de que a todo e qualquer dano patrimonial deve corresponder um dano moral. Ou seja, a circunstância de o STJ consagrar a tese de que danos morais e patrimoniais podem decorrer do mesmo fato não significa que todo dano patrimonial ensejará necessariamente um dano moral.

Via de regra, um prejuízo patrimonial resulta em aborrecimento, qualquer que seja a causa: uma batida de carro, uma operação financeira mal sucedida, o erro cometido pelo banco etc. Porém, o dano moral não pode ser considerado um apêndice necessário de todo dano patrimonial.

Na linha desses julgados que necessariamente mandam indenizar por dano moral qualquer dano patrimonial, o dano moral está se tornando o principal, tanto que, em alguns processos, o autor se esquece de pedir indenização pelos danos materiais que ele próprio alega como fundamento de fato para pleitear a indenização pelo dano moral. Em tais casos, o que se pretende é uma indenização por dano moral, sem relação alguma com a quantia perdida, podendo ser a ela muito superior, ensejando enriquecimento sem causa.

Penso não ser esse o objetivo da legislação que, hoje, prevê de modo expresso a indenização do dano moral (Código Civil, art. 186, e CF, art. 5º, V), nem o intuito da jurisprudência secular do STF, que foi ampliada pelo STJ, ao admitir a sua acumulação com a indenização do dano material. O objetivo da jurisprudência, num primeiro momento, foi indenizar o dano moral puro e, agora, evoluindo, admitir a possibilidade de acumulação de dano moral com dano patrimonial. Mas concluir que qualquer dano patrimonial necessariamente cause um dano moral, pela circunstância, também óbvia, de que, via de regra, o dano material causa aborrecimento, não me parece razoável, *data venia*.

Para que o dano material possa, em tese, gerar um dano moral autônomo, deve ser alegado e comprovado algum prejuízo sofrido, na época, em decorrência do prejuízo econômico, como, por exemplo, ter a vítima deixado de fazer o tratamento médico próprio ou de um filho, ter tido seu nome inscrito em cadastros de inadimplentes ou cheque devolvido por insuficiência de fundos. Deve haver prova de que, em razão daquele dano patrimonial, houve um prejuízo moral autônomo. Sem essa alegação e comprovação, não cabe indenização por danos morais, porque o dano moral não decorre necessariamente da existência de algum dano material.

### **Art. 186**

Autora: Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues, Desembargadora Federal

**ENUNCIADO:** Salvo na hipótese de morte, a indenização por dano moral cabe à própria vítima, e não a parentes que, reflexamente, experimentaram dor ao acompanhar o sofrimento do ofendido.

### JUSTIFICATIVA

A indenização por danos morais, via de regra, é devida à vítima, e não a seus familiares. A exceção é feita na jurisprudência e na doutrina em caso de morte. Nessa hipótese, cabe indenização aos familiares se se tratar de parentesco próximo, pois se presume o dano moral.

Não havendo óbito, o direito à indenização assiste apenas à vítima, e não aos parentes e amigos próximos que acaso experimentem sofrimento por verem a dor do ente querido. Esse sofrimento deriva da natureza das coisas, da solidariedade e dos sentimentos inerentes ao conceito de família, mas não caracteriza dano moral autônomo, passível de indenização a ser paga paralelamente à indenização a que tem direito a própria vítima.

A dor daquele que vê seu parente sofrer, vítima do ato ilícito, é compensada, na mesma proporção, pela satisfação que experimenta ao vê-lo receber a indenização, não tendo ele direito a indenização autônoma.

### **Arts. 186 e 187**

Autor: Regina Lúcia Lima Bezerra, Procuradora da Fazenda Nacional

**ENUNCIADO:** O enunciado refere-se às repercussões do dano à imagem, estudado sob a ótica do instituto da responsabilidade civil, na esfera do direito personalíssimo do

ofendido, particularmente no que concerne às peculiaridades do indivíduo como integrante dos grupos sociais mais discriminados na sociedade brasileira, em especial as crianças, os adolescentes e os idosos, reconhecidamente titulares de direitos humanos na ordem internacional.

## JUSTIFICATIVA

A pesquisa sobre o tema é relevante porque visualiza a questão da responsabilidade civil e do dano à imagem no contexto do Direito Público e do Direito Privado. O instituto, pelo decurso do tempo, sofreu transformações quanto aos seus aspectos subjetivo e objetivo, alcançando posição de destaque nas relações do mundo moderno, repercutindo no Direito Público e regulando diferenciados aspectos da vida cotidiana. Cite-se, entre outros exemplos, a importante contribuição desse instrumento para a normatização e a aplicação das regras jurídicas em defesa do consumidor.

Ademais, a responsabilidade civil permanece como construção jurídica de vital importância para evitar a impunidade nas relações eminentemente individuais, quando se encontra lesada a individualidade do ser humano. Apresenta-se como pilar na solução de litígios por danos perpetrados contra a imagem física e moral do cidadão, cabendo lembrar que é imprescindível para delimitar a extensão do dano e, conseqüentemente, assegurar a sua composição e verificar as condições pessoais do ofendido, sobretudo quando este integra os grupos mais discriminados na sociedade, o que freqüentemente ocorre quando as vítimas são crianças, adolescentes e idosos.

No contexto atual, pode-se afirmar, com segurança, que a solução dos conflitos pela aplicação do instituto da responsabilidade civil não apenas atende ao ressarcimento das lesões individuais, mas possibilita, outrossim, a atuação da função pacificadora do Direito no âmbito das relações públicas, orientando os procedimentos e as decisões que contribuem para sedimentar o respeito aos direitos humanos dos indivíduos mais necessitados.

### **Art. 243**

Autora: Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues, Desembargadora Federal

**ENUNCIADO:** A obrigação de creditar dinheiro em conta vinculada de FGTS é obrigação de dar, não afetando a natureza da obrigação a circunstância de a disponibilidade do dinheiro depender da ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 20 da Lei n. 8.036/1990.

## JUSTIFICATIVA

Recompor saldo de conta vinculada de FGTS nada mais é do que creditar dinheiro em conta, ou seja, dar dinheiro, coisa fungível.

O que caracteriza a obrigação é a coisa, ação ou inação que o credor tem direito a pretender do devedor, e não os atos que este pratica para adimpli-la. Nesse sentido, lembre-se a lição de Orlando Gomes: *A distinção entre as obrigações de dar ou de fazer deve ser traçada em vista do interesse do credor, porquanto as prestações de coisas supõem certa atividade pessoal do devedor e muitas prestações de fato exigem dação. Nas obrigações de dar, o que interessa ao credor é a coisa que lhe deve ser entregue, pouco lhe importando a atividade do devedor para realizar a entrega. Nas obrigações de fazer, ao contrário, o fim é o aproveitamento do serviço contratado. Se assim não fosse, toda obrigação de dar seria de fazer, e vice-versa*<sup>1</sup>.

Dessa forma, preencher um cheque, implantar um valor em folha de pagamento, creditá-lo em conta corrente ou entregar notas de dinheiro constituem formas de cumprimento de obrigação de dar dinheiro, com todas as conseqüências jurídicas desse tipo de obrigação, inclusive a sanção da mora por meio do pagamento de juros, e não de multa cominatória (Código Civil, arts. 406 e 407).

A perplexidade que pode causar a obrigação de “fazer crédito de correção monetária em conta de FGTS” não diz respeito ao conteúdo da obrigação, que inequivocamente é de transferir a titularidade de dinheiro, ou seja, dar dinheiro, mas sim à falta de disponibilidade imediata, pelo credor, do valor a que faz jus, o qual só poderá ser levantado quando ocorrer uma das hipóteses previstas na Lei n. 8.036/1990. Mas essa falta de disponibilidade imediata não tem, repita-se, o condão de alterar a natureza da obrigação que se refere ao creditamento de dinheiro.

O reconhecimento de que se cuida de obrigação de dar dinheiro tem apoio também na pacífica jurisprudência, que manda incidir os juros legais – somente cabíveis em caso de obrigação de dar dinheiro ou nela convertida, art. 407, CC – a partir da citação em causas de recomposição de saldos de contas de FGTS<sup>2</sup>.

A interpretação, dada por alguns julgados, de que tal tipo de obrigação constitui-se em obrigação de fazer tem gerado, data máxima vênia, diversas distorções, como, por exemplo, a imposição de multa cominatória por dia de atraso no seu cumprimento. Assim, o cumprimento da condenação de creditar dinheiro em conta de

---

1 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 37-38.

2 Entre outros, o acórdão do STJ no REsp n. 265.556, Rel. Min. Franciulli Neto, DJ de 18/12/2000.

FGTS tem seu atraso sancionado não apenas com o pagamento de juros legais, mas também de multa diária, podendo atingir valores ilimitadamente altos e sem proporção legal com a condenação.

Conseqüentemente, há casos em que a dificuldade de liquidação da sentença (quando há necessidade da obtenção de extratos da época em que a CEF não centralizava os depósitos de FGTS, e os documentos necessários para o cálculo não foram repassados pelo banco depositário) tem levado os autores a desistirem expressamente da liquidação e execução do principal, e pleitearem apenas a execução da multa diária, que alcança valores muito superiores ao que se espera será devido ao titular da conta.

O motivo da cominação legal de multa diária para o caso de descumprimento de obrigação de fazer é simples: não há como sancionar, por meio de juros moratórios, o atraso no cumprimento de obrigações como registrar diploma ou costurar um vestido, por exemplo. Também não é possível, sob força de vara, constranger o devedor a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em benefício do credor. Nesse caso, a critério do credor, a obrigação poderá ser adimplida por terceiro às custas do devedor, ou resolver-se em perdas e danos (CPC, art. 633). Pretendendo o credor a execução específica pelo próprio devedor, o magistrado cominará pena pecuniária com o objetivo de constranger o devedor a fazer o que ele não pode ser compelido a fazer mediante força física (CPC, art. 644). Se a obrigação se resolver em perdas e danos, a liquidação e a execução deverão seguir o rito da execução para cobrança de quantia certa. Caberá, só então, a imposição de juros moratórios. Estes serão, obviamente, incabíveis enquanto se pretender a execução específica da obrigação.

No caso de obrigação de dar dinheiro, seja em moeda corrente, seja por meio de cheque ou implantação em folha de pagamento, ou, ainda, mediante crédito em conta bancária, vinculada ou não, o atraso no seu cumprimento será sancionado pela imposição dos juros previstos em lei ou no contrato. Havendo contrato, há também a possibilidade de previsão de cláusula penal, que não poderá superar o valor da obrigação (CC, art. 412).

O que não tem nenhum fundamento, data vênua, é a imposição de multa pecuniária, sem previsão legal nem contratual, para compelir o devedor a creditar dinheiro.

A única sanção legalmente prevista para o atraso na obrigação de dar dinheiro é o pagamento de juros moratórios. Seria mesmo um contra-senso que, se o devedor atrasasse no pagamento de dinheiro cujo valor deveria estar imediatamente disponível para o credor, devesse pagar, em razão do atraso, apenas juros moratórios, e, por outro lado, quando demorasse a adimplir obrigação de creditar dinheiro em conta vinculada, indisponível para o credor, essa demora fosse sancionada não apenas com

juros de mora, mas também com multa diária fixada aleatoriamente pelo magistrado. Parece sem lógica que uma conduta causadora de menor dano imediato ao credor – demora na efetivação de um crédito indisponível no momento – seja sancionada mais gravemente do que a mesma demora no pagamento de quantia imediatamente disponível.

Outra dificuldade proveniente do tratamento de tal tipo de obrigação como obrigação de fazer tem sido a disciplina do processo de execução. Segundo alguns magistrados, tratando-se de obrigação de fazer, não há processo de execução, nem possibilidade de opor embargos à execução. Se o credor não concorda com o valor creditado pela CEF na conta vinculada, o juiz, em alguns casos, decide qual o valor devido e determina à CEF que o credite em conta vinculada de FGTS, sob pena de multa diária, que reputo incabível. Outros juízes declaram extinta a execução da obrigação de fazer, convertem em perdas e danos eventual diferença porventura existente em favor do titular da conta vinculada (CPC, art. 633) e facultam ao credor iniciar um novo processo de execução, desta vez sob o rito da execução de quantia certa contra devedor solvente (obrigação de dar). O artificialismo da solução – converter obrigação de creditar dinheiro, tida como de fazer, em perdas e danos, também consistente em creditar dinheiro, tendo como única diferença a controvérsia acerca da quantia executada – bem releva o equívoco da premissa de que obrigação pecuniária possa ser tida como de fazer e, se não cumprida plenamente, convertida em perdas e danos.

Penso não ser subversivo aos princípios que informam o Direito Processual Civil adotar, para esse tipo peculiar de obrigação de dar dinheiro, a fórmula prevista no CPC para a execução da obrigação de fazer, em obséquio mesmo ao princípio da economia processual, pois a devedora é citada desde logo para creditar em conta vinculada a diferença devida, dispensando-se o credor de elaborar memória de cálculos para a citação da ré. Contudo, tal adaptação só poderá operar-se até o limite em que não ofenda o direito material e não agrida a natureza da obrigação, que é, inequivocamente, de dar dinheiro.

As regras jurídicas devem ser interpretadas em seu conjunto e não, data vênua, isoladamente consideradas. O Direito é um sistema lógico.

### **Art. 317**

Autor: Flávio Murilo Tartuce Silva, Advogado e Professor

**ENUNCIADO:** A revisão judicial dos contratos está prevista no art. 317/CC, e não no art. 478, que trata da extinção dos contratos. Quanto à revisão dos contratos de adesão, deve ser aplicada a revisão por simples onerosidade, prevista no art. 6º, V, da Lei n. 8.078/1990.

## JUSTIFICATIVA

O novo Código Civil traz dois artigos específicos sobre o contrato de adesão (arts. 423 e 424). Ademais, quanto à revisão judicial dos contratos, deve ser aplicada a teoria da imprevisão, tratada no art. 317. Esta, pelo teor do próprio Enunciado n. 17 do CJF, traz sérias dificuldades para a revisão contratual. Dessa forma, é interessante seja dado tratamento específico à revisão dos contratos de adesão, em que é patente a disparidade entre as partes. Caso contrário, haverá falta de sintonia com o princípio da função social do contrato.

**Arts. 317 e 478**

Autor: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba

**ENUNCIADO:** Os arts. 317 e 478 do Código Civil de 2002 corporificam a introdução da teoria da imprevisão no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo a revisão judicial dos contratos em virtude da alteração das circunstâncias contemporâneas à sua formação, por fato superveniente e imprevisível.

## JUSTIFICATIVA

A denominada “teoria da imprevisão” – tida como uma das manifestações do princípio da equivalência material das prestações contratuais, justamente por possibilitar a revisão judicial dos contratos sempre que presentes seus pressupostos de aplicabilidade – leva em conta, como bem afirma Roberto de Ruggiero, o lado econômico da relação contratual e se destina *a atenuar a aspereza férrea da obrigatoriedade coativa do vínculo todas as vezes que as sucessivas modificações do estado de fato tenham tornado tal vínculo excessivamente oneroso para o devedor*<sup>1</sup>.

Segundo o Código Civil de 2002, arts. 317 e 478, os requisitos para a aplicabilidade da teoria da imprevisão são os seguintes: a) existência de um contrato de execução diferida ou continuada; b) ocorrência de fato superveniente, extraordinário e imprevisível; c) causação de onerosidade excessiva para uma das partes, com o conseqüente desequilíbrio da relação de equivalência material das prestações contratuais; d) a correspondente e extrema vantagem para a outra parte, na hipótese específica do art. 478; e) inimputabilidade da alteração do

---

1 RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1958. v. 3. p. 286.

estado das coisas (por meio do fato superveniente) à parte prejudicada pelo desequilíbrio; f) a colocação do dano fora da álea normal do contrato, vedando-se a aplicação da teoria da imprevisão a contratos aleatórios; g) ausência do estado moratório de quem alega a onerosidade.

### **Art. 360**

Autora: Érika Schmitz Assumpção Ramos, Juíza Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo

**ENUNCIADO:** O instituto da **novação objetiva**, previsto no art. 360, inc. I, do Código Civil, **deve ser** interpretado **apenas como o novo crédito de origem e conteúdo completamente desvinculado do anterior**, não podendo ser entendido como tal após a incidência de acréscimos e penalidades do contrato que se pretende novar, por não estarmos mais no campo do débito, mas sim no da responsabilidade, consistindo tais acordos em tentativas consensuais de reverter quadro de descumprimento das obrigações, as chamadas “renegociações contratuais”.

### JUSTIFICATIVA

A limitação interpretativa que se deve dar ao instituto decorre de fatores jurídicos e práticos que o restringem concretamente. São eles: as garantias deferidas por normas de ordem pública, como as relativas à ordem econômica, dentre as quais se pode destacar o Código de Defesa do Consumidor (procurando-se em regra burlar o exame de cláusulas abusivas, do correto cumprimento das cláusulas válidas etc.), e a necessidade de adequarmos a incidência do instituto à teoria geral das obrigações.

Vários são os julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido de limitar a caracterização do instituto, como nos casos de renegociação de crédito de instituições financeiras quando, sob o fundamento de tratar-se de novação, o que pretende o credor é acrescer garantias ao seu crédito, bem como parcelar a dívida e os juros de mora mais correção monetária, estando, portanto, no campo da responsabilidade, desdobramento do contrato.

As renegociações nada mais são que uma tentativa consensual de dirimir a mora do contrato, em face da faculdade que tem o credor de executar, ou não, o patrimônio do devedor, a fim de receber o débito original somado aos acréscimos decorrentes da demora na prestação.

É a clássica distinção entre débito e responsabilidade, porém o inadimplemento da obrigação faz surgir relação jurídica secundária ou derivada,

vinculada à principal, como nos ensina Arnold Wald: *A distinção entre obrigação e responsabilidade foi feita por Brinz, na Alemanha, que discriminou, na relação obrigacional, dois momentos distintos, o do débito (Schuld), consistindo na obrigação de realizar a prestação e dependente da ação ou omissão do devedor, e o da responsabilidade (Haftung), na qual se faculta ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a fim de obter o pagamento devido*<sup>1</sup> (...). Importando tais acordos em consenso acerca do débito decorrente da mora, constituem eles relações jurídicas secundárias, desdobramentos do próprio contrato, não sendo pertinente interpretá-los como novação do negócio jurídico.

### **Arts. 389 e 404**

Autor: Guilherme Couto de Castro, Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** Os honorários advocatícios previstos nos arts. 389 e 404 do Código Civil apenas têm cabimento quando ocorre a necessidade de prática de ato privativo do profissional advogado.

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

### **Arts. 389, 402, 410 e 475**

Autor: Nilson Lautenschleger Jr., Advogado

**ENUNCIADO:** Os arts. 389, 402, 410 e 475 do Código Civil não vedam às partes a possibilidade de limitarem contratualmente a sua responsabilidade, desde que tal limitação (i) não alcance atos decorrentes de dolo ou culpa grave, (ii) não represente violação de norma de ordem pública (e.g., contratos de adesão com consumidores); (iii) reflita o interesse econômico das partes; (iv) não contemple quantia irrisória em face do valor real do dano.

JUSTIFICATIVA

Remeto ao artigo publicado na Revista de Direito Mercantil n. 125, p. 7 e ss., o qual inclusive contém proposta de reforma legislativa.

---

<sup>1</sup> WALD, Arnold. *Obrigações e contratos*, p. 22-23.

**Art. 395, parágrafo único**

Autor: Paulo R. Roque A. Khouri, Advogado e Professor, Distrito Federal

**ENUNCIADO:** A inutilidade da prestação, motivo de sua recusa por parte do credor, deverá ser aferida objetivamente, consoante os princípios da boa-fé e da função social do contrato, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor.

**JUSTIFICATIVA**

A simples falta da prestação não pode ser motivo para a resolução do vínculo contratual, quando o devedor em mora se dispõe a oferecer a prestação com atraso e esta ainda interessa objetivamente ao credor. Por interesse objetivo deve ser entendido o interesse do credor que não contraria a boa-fé objetiva. A partir do momento em que o novo Código Civil consagra os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, o credor deve contribuir com o devedor na execução das obrigações, ainda que este se encontre em mora. A purgação da mora não poderá ser recusada sob o argumento de que o contrato a proíbe, ou a prestação subjetivamente não interessa ao credor. Se existir um interesse objetivo do credor no recebimento da prestação, a purgação da mora deve ser autorizada a fim de manter-se firme o negócio jurídico celebrado entre as partes, ou seja, deve-se prestigiar a conservação do negócio jurídico, o que está em sintonia com o princípio da função social do contrato. O contrato que atende a sua função social é também aquele que se permite seja cumprido até o fim, ainda que haja incidentes, como a mora. A função social aqui revela-se quando o contrato propicia a circulação da riqueza, mediante o cumprimento integral de seu objeto.

**Art. 399**

Autor: Sidney Hartung Buarque, Desembargador da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** O art. 399 do Código Civil de 2002 deve ser interpretado sem observância da primeira ressalva ali contida, no que tange à prova da isenção de culpa.

## JUSTIFICATIVA

O art. 399 tem a seguinte redação: *Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.*

Considero despicienda a primeira ressalva contida no art. 399 do Código Civil de 2002: (...) *salvo se provar isenção de culpa*, pelo que sugiro sua interpretação sem levar em conta a ressalva em referência pois, considerando-se a mora do devedor como o atraso culposo no cumprimento da obrigação, é evidente que a ausência de culpa acarreta a inexistência da mora.

Assim sustento em minha dissertação de mestrado, que mereceu aprovação pela UNESA, conforme defesa em junho do corrente ano (2004).

Da mesma forma entendia o saudoso Professor Agostinho Alvim, ao afirmar: *Realmente, provada a ausência de culpa, deixa de haver mora, por falta do elemento subjetivo e consoante o disposto no art. 963. Dizer que o devedor responde pela mora, salvo se provar ausência de culpa, equivale a dizer que ele responde pela mora, salvo se não houver mora*<sup>1</sup>.

**Art. 405**

Autor: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** A regra do art. 405 do novo Código Civil aplica-se apenas à responsabilidade contratual, não afastando o disposto na Súmula 54 do STJ, que continua compatível com o termo inicial dos juros moratórios na responsabilidade extracontratual, em face do disposto no art. 398 da nova codificação.

## JUSTIFICATIVA

A norma do art. 405 do Código em vigor estabelece que o termo inicial dos juros moratórios é a data da citação, em aparente confronto com o Enunciado Sumular n. 54 do Superior Tribunal de Justiça: *Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual.*

---

1 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 59.

Na realidade, a Súmula 54 do STJ não foi revogada pelo novo Código. Primeiramente, o art. 405 do Código Civil de 2002 não representa nenhuma inovação, pois já havia regra semelhante no art. 1.536, § 2º, do CC/1916. Em segundo lugar, o fundamento da Súmula 54 é o art. 398 do novo CC (correspondente ao art. 962 do CC/1916), o qual estabelece, na hipótese de ato ilícito (delito), que a mora é *ex re*: *Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora desde que o praticou.*

Conseqüentemente, estando o devedor da obrigação de indenizar em mora desde a data da ocorrência do fato, o termo inicial dos juros moratórios deve ser a data do ato ilícito. Portanto, fica evidenciada a compatibilidade da Súmula 54 com o disposto no art. 398 do novo CC.

A norma do art. 405 do novo CC aplica-se apenas às hipóteses de responsabilidade contratual ou negocial em que a mora seja *ex persona*. Nesses casos, há necessidade de constituição em mora do devedor, o que se dá, normalmente, mediante sua citação na ação ordinária.

#### **Art. 406**

Autor: Rafael Castegnaro Trevisan, Juiz Federal do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** Os juros legais de que trata o art. 406 do novo Código Civil correspondem à taxa Selic, que deve ser computada sem concomitante correção monetária.

### JUSTIFICATIVA

#### I – Introdução

Estabelece o art. 406 do Novo Código Civil: *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 devidos à Fazenda Nacional.* Por ocasião da I Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF, no ano de 2002, foi aprovado enunciado segundo o qual *A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% ao mês. A utilização da taxa Selic como índice de apuração de 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 Código Civil, que permite apenas a capitalização anual de juros, e*

*pode ser incompatível com o art. 192, §3º, da Constituição Federal, se resultarem juros superiores a doze por cento ao ano.*

Tal interpretação deve ser revisada, já que de meridiana clareza a norma legal. A taxa Selic, segundo legislação vigente, é aquela atualmente *em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional*. Não bastasse isso, é a taxa Selic justa e adequada para compensar o credor pela mora do devedor, não sendo procedentes os argumentos e objeções apresentados em sentido contrário.

## II – Fundamentos Jurídicos e Econômicos

Estabelece o art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional, Lei Complementar de que trata o art. 146 da Constituição Federal, que, *se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês*. No que se refere aos tributos arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, aos quais expressamente se refere o Código Civil, há, indubitavelmente, lei específica sobre a taxa de juros aplicável em caso de mora no pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Nesse sentido, a Lei n. 9.065/95, art. 13, combinada com a Lei n. 8.981/95, art. 84, inc. I, §§ 1º e 4º, é clara ao determinar que os juros de mora serão equivalentes, no caso, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic, para títulos federais, acumulada mensalmente. Assim, não tem amparo legal, nem é praticada pela Fazenda Nacional, a exigência, na cobrança de impostos devidos à Fazenda Nacional, de juros de 12% ao ano, prevista no art. 161, §1º, do CTN. Havendo lei especial regulando os juros de mora, fica afastada, no caso, a taxa de juros de 12% ao ano, nos exatos termos do art. 161, §1º, do CTN.

Não bastasse a clareza dos dispositivos legais aplicáveis, constitui a taxa Selic justa e adequada compensação, ao credor, pela mora do devedor. É taxa juridicamente segura. O fato de não ser possível prever o seu percentual futuro não a torna insegura ou impraticável. A inflação futura também é imprevisível, e nem por isso deixou de ser a correção monetária largamente utilizada na história recente do Brasil. Taxas de juros pós-fixadas são também amplamente utilizadas e admitidas no Direito brasileiro, sendo exemplo disso a Taxa Referencial (TR), instituída pela Lei n. 8.177/91, de largo uso pela jurisprudência (*v.g.*, a Súmula 295 do STJ: *A Taxa Referencial (TR) é indexador válido para contratos posteriores à Lei n. 8.177/91, desde que pactuada*). O uso da taxa Selic é também operacional e viável nas relações privadas, bastando dizer que é utilizada há praticamente uma década para os créditos tributários, o que é de conhecimento geral, dada a sua ampla divulgação. O fato de ser a taxa referencial do Selic inacumulável com a correção monetária (em sua fixação, sem dúvida é levada em conta, além dos juros reais, uma expectativa de desvalorização da moeda) não

prejudica sua operacionalidade. Basta a consideração desse aspecto nos contratos e na aplicação do Direito. **Somente no caso de ser realmente inafastável a aplicação da correção monetária, em razão de convenção das partes ou expressa disposição legal, é que se vislumbra a adoção da taxa de juros de 12% ao ano, prevista no art. 161, § 1º, do CTN, como critério subsidiário.** Porém, é a Selic, como regra, o juro legal de que trata o art. 406 do CTN.

Embora o cômputo da taxa Selic não envolva capitalização, seja mensal, seja anual, ela também é perfeitamente compatível com a regra do art. 591 do Código Civil, que permite a capitalização anual de juros. A capitalização é simples método de apuração dos juros, não se confundindo com a taxa de juros estipulada pelas partes ou prevista em lei. É a taxa Selic, por fim, compatível com a Constituição Federal e não é, em si mesma, incompatível com a antiga redação do art. 192, §3º, da Constituição da República, que estabelecia o limite de 12% ao ano para os juros reais (tal norma foi revogada pela Emenda Constitucional n. 40/2003).

É fundamental levar em conta, na interpretação e aplicação do art. 406 do novo Código Civil, a realidade econômica presente neste século XXI, num mundo globalizado, em que prevaleceu o paradigma da economia de mercado nas relações obrigacionais privadas. O Código Civil de 2002 foi concebido com o deliberado propósito de modernizar a legislação, adequando-a ao novo contexto mundial, econômico e social. Não podem os juristas, na interpretação da nova ordem legislativa, apegar-se a paradigmas ultrapassados, desconsiderando as variáveis econômicas envolvidas no trato da matéria em questão, para tornar letra morta uma soberana deliberação do legislador.

A fixação da taxa Selic pelo Conselho de Política Monetária Nacional orienta-se, sem dúvida, por critérios de ordem macroeconômica, constituindo um dos mecanismos centrais e mais importantes de que se vale o Governo Federal para a condução da economia do País, especialmente para o controle da inflação. A Selic é a taxa básica da economia brasileira, é a remuneração básica oferecida pelo Governo em seus títulos públicos. Conseqüentemente, é a taxa que serve de referência para o mercado de capitais como um todo. Prova disso é a grande proximidade existente entre a taxa Selic e a taxa dos CDIs (Certificados de Depósitos Interbancários). Essa proximidade não resulta de tabelamento legal, mas sim de regras de mercado: é o Governo Federal, maior devedor do País, que fixa o custo do dinheiro no Brasil. O cidadão comum obtém, em aplicações financeiras consideradas as mais conservadoras e de menor risco, rendimento bruto próximo da taxa Selic, já que tais aplicações ou envolvem fundamentalmente títulos públicos, cuja remuneração básica é a ela equivalente, ou são, mesmo que indiretamente, atreladas a esses títulos. A taxa Selic reflete, assim, pode-se dizer, o preço de mercado do dinheiro. O juro real nela inserido pode ser superior ou inferior a 12% ao ano. Tabelar o preço do dinheiro em 12% ao

ano não parece ser a opção mais adequada, do ponto de vista jurídico e econômico, para que seja atingida a finalidade social da norma contida no art. 406 do novo Código Civil.

A mora do devedor causa indiscutível prejuízo ao credor. Juros moratórios equivalentes à taxa básica de juros da economia (no caso, a taxa do Selic) correspondem, numa economia de mercado, a adequada e justa reparação ao credor, pois tais juros refletem o custo de oportunidade sofrido pelo credor em decorrência da mora do devedor.

### III – Conclusão

Diante do exposto, seja porque sua adoção está claramente prevista em lei, seja por ser justa e adequada à realidade econômica, necessário reconhecer que a taxa Selic é o juro legal moratório de que trata o art. 406 do Código Civil brasileiro de 2002.

#### **Arts. 406, 2.044 e 2.045**

Autor: Rafael Castegnaro Trevisan, Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** Iniciada a mora do devedor ainda na vigência do Código Civil de 1916, são devidos juros de mora de 6% ao ano até 10 de janeiro de 2003; a partir de 11 de janeiro de 2003 (data de entrada em vigor do novo Código Civil), passa a incidir o art. 406 do Código atual.

### JUSTIFICATIVA

A mora é um ilícito que se renova a cada dia em decorrência da omissão do devedor em adimplir a obrigação. Assim, a inadimplência verificada em período já regido pelo novo Código Civil deve ser por este disciplinada, razão pela qual aplicável o art. 406 do Código Civil de 2002 a partir de 11 de janeiro de 2003, mesmo que a mora se tenha iniciado ainda na vigência do Código Civil de 1916.

A aplicação da lei nova para a definição dos juros de mora devidos em relação obrigacional surgida na vigência da lei antiga não contraria o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. Não se trata de aplicação retroativa da lei, mas, sim, de aplicação da lei nova a fatos verificados já na sua vigência.

A questão é controvertida na jurisprudência. Há precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que *os juros de mora devem ser calculados em 6% ao ano até a entrada em vigor da Lei n. 10.406/2002 (novo Código Civil) e, a partir daí, calculados nos termos do art. 406 do novo Diploma Civil*<sup>1</sup>. Também há precedente em sentido contrário. Para o relator do recurso, Ministro Aldir Passarinho Júnior, em razão do que estabelece o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, *se o fato ocorreu sob a vigência do Código Civil passado, é ele que vai reger o cálculo da mora, não tendo aplicação a lei nova*<sup>2</sup>.

Sendo os juros de que trata o art. 406 do novo Código Civil equivalentes à taxa Selic, e sendo essa taxa incompatível com a correção monetária, cabível a atualização monetária e o acréscimo de juros de 6% ao ano somente até 10 de janeiro de 2003. A partir de 11 de janeiro de 2003, o montante devido deve ser acrescido apenas da taxa Selic, incidindo o percentual acumulado desta sobre o montante então apurado.

#### **Art. 413**

Autor: Guilherme Couto de Castro, Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** Aplica-se a regra do art. 413 ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciais.

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

#### **Arts. 421, 422 e 113**

Autor: Rodrigo Barreto Cogo, Advogado, São Paulo

**ENUNCIADO:** A frustração do fim do contrato, hipótese em que as prestações são plenamente exequíveis pelas partes e que não configura *fattispecie* de excessiva onerosidade, mas o contrato perdeu a razão de ser, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação dos arts. 113, 421 e 422 do CC.

---

1 STJ, 1ª Turma, Edcl/REsp n. 528.547/RJ, unânime, Rel. Min. José Delgado, DJU de 1/3/2004.

2 STJ, 4ª Turma, REsp n. 645.339, unânime, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julg. em 21/9/2004.

## JUSTIFICATIVA

Os contratos que se prolongam no tempo estão sujeitos à alteração das circunstâncias, surgindo o problema de saber quem arca com os prejuízos dela decorrentes. No tema da alteração das circunstâncias, as atenções recaem sobretudo no estudo da impossibilidade e da excessiva onerosidade que, sem dúvida, representam a grande maioria dos casos. Todavia, resta uma parcela de fatos que, cientificamente, não se enquadram nessas hipóteses – impossibilidade e excessiva onerosidade – e que são, da mesma forma, juridicamente relevantes, a ponto de merecer a tutela do ordenamento jurídico. É o caso da frustração do fim do contrato, situação em que as prestações são plenamente exequíveis, não houve alteração de seu valor, mas simplesmente o contrato perdeu a razão de ser. Trata-se de um dos aspectos – ao lado da destruição da relação de equivalência – em que se configura a perda da base em sentido objetivo, exposta por Karl Larenz<sup>1</sup>. Imagine-se o famoso exemplo do locatário que aluga um imóvel com a finalidade exclusiva de poder assistir ao desfile da coroação do rei, cujo cortejo passará na rua para a qual o imóvel tem vista privilegiada. O rei adoece e o desfile não se realizará. Tem-se um caso em que: a) as prestações são perfeitamente exequíveis (o locador pode alugar e o locatário pode pagar); b) o preço ajustado não se alterou; mesmo assim, o contrato não tem mais utilidade, razão de ser. Não se trata de um caso de impossibilidade, nem mesmo de excessiva onerosidade, ou, ainda, de perda do objeto; há, em verdade, a frustração do fim do contrato. Conforme ensina Ruy Rosado, *a frustração da finalidade própria do contrato por fatos externos e não incluídos no risco daquele tipo de negócio destrói a razão de ser da permanência das obrigações: “deixa de subsistir a base do negócio jurídico” (...); (b) se não se pode obter a finalidade objetiva do negócio jurídico, ainda que possível a prestação, entende-se que a finalidade de um dos figurantes, que outro admitiu, é objetiva (= subjetiva comum)*<sup>2</sup>. Tendo em vista que os casos de frustração do fim do contrato não se enquadram nas regras da impossibilidade ou da onerosidade excessiva, mas, ainda assim, merecem tutela por representarem situação extremamente injusta gerada pela alteração das circunstâncias, a doutrina não pode deixar tais hipóteses sem amparo. Ademais, a regra do art. 421 do CC revela que o legislador considera importante a função (e, portanto, a finalidade – causa

---

1 LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. de Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002.

2 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. resolução. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 151.

concreta) do contrato, a ponto de dedicar-lhe regra específica. Tendo a finalidade do contrato um papel destacado pelo legislador, sua frustração também deve ser tutelada. Essa tutela pode dar-se pela aplicação das normas dos arts. 113 e 422, as quais determinam a observância da regra da boa-fé objetiva na interpretação dos negócios e nos comportamentos dos contratantes, de modo que não se mostra uma conduta honesta, proba e leal a exigência do cumprimento de um contrato cuja finalidade se perdeu, não havendo mais razão de ser o seu adimplemento. O recurso à boa-fé objetiva é suficiente para permitir a aplicação da teoria da frustração do fim do contrato e dar solução a tais casos, como ocorreu e ocorre na jurisprudência alemã, que se vale dos §§ 157 e 242 do *BGB*.

### **Arts. 421 a 424**

Autor: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba

**ENUNCIADO:** Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, visto que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos, marcada, em especial, pela intervenção da lei diretamente em seu conteúdo material. Pode-se afirmar, assim, que tanto o Código Civil de 2002 quanto o Código de Defesa do Consumidor elencam os mesmos princípios contratuais sociais, quais sejam: a) princípio da função social dos contratos (art. 421); b) princípio da boa-fé objetiva (art. 422); e c) princípio da equivalência material das prestações contratuais (arts. 423 e 424).

## JUSTIFICATIVA

A desigualdade econômica entre os contratantes, causadora de desequilíbrio contratual, bem como a insuficiência da lei no Estado liberal para confrontá-los, serviu como esteio do início da crise da teoria contratual clássica.

A fim de enfrentar tal problemática, passou a haver a intervenção estatal no conteúdo material dos contratos, fenômeno conhecido sob a denominação de “dirigismo contratual”, que constitui um dos capítulos da intervenção geral do Estado na atividade privada econômica.

A propósito, Michele Giorgianni tem a seguinte percepção: *Contemporaneamente, o contrato (...) sofre profundas transformações em virtude de numerosos fatores, tais como, por exemplo, a produção de bens e serviços em série, a*

*contratação coletiva nas relações de trabalho, o surgimento dos monopólios de fato no campo da produção. Esta lenta modificação da estrutura do sistema conduziu, a nosso ver, a uma reviravolta que pode se considerar verdadeiramente decisiva na história do Direito Privado: isto é, a uma valoração não mais subjetiva, mas objetiva, ou melhor, “conteudista” do Direito Privado. Passado o período – digamos assim, revolucionário – em que o Direito Privado protegeu ciosamente a tutela da atividade do indivíduo frente ao Príncipe, ele agora simplesmente contém (ou talvez volte a conter) uma série de regras destinadas a disciplinar algumas atividades da vida social, nas quais são adotados alguns instrumentos jurídicos. (...) Esse significado **conteudista** permitiu o ingresso no território do Direito Privado de novos operadores econômicos constituídos por entes – no passado marcadamente distinto dos **particulares** – ou seja, entes públicos e até mesmo o próprio Estado (...)*<sup>1</sup>.

A partir do dirigismo contratual, que se faz primeiramente com a lei e, num segundo momento, com o juiz, a vontade dos indivíduos, autônoma, já não é o único imperativo na formação do contrato: passa a lei a interagir com os contratos, agora lei de ordem pública, cogente, e não visa apenas à proteção da emissão não-viciada da vontade; ao contrário, interage fortemente com os pactos, ditando quais as cláusulas que podem ser inseridas e as que não podem, tendo como ideário a busca incessante da instauração e manutenção da justiça e do equilíbrio contratual.

Tal entendimento é um dos marcos da renovação da teoria geral dos contratos, que passou de uma concepção liberal para uma concepção social, marcada também pela enunciação de novos princípios sociais.

Entretanto, somente o Código de Defesa do Consumidor encampava essa nova concepção contratual, ou seja, somente o CDC intervinha diretamente no conteúdo material dos contratos, até o advento do Código Civil de 2002, que também incorporou esse caráter cogente em seu trato das relações contratuais, intervindo diretamente no conteúdo material, especialmente por meio da introdução dos novos princípios contratuais da função social, da boa-fé objetiva e da equivalência material.

Assim, a corporificação legislativa de uma atualizada teoria geral dos contratos protagonizada pelo CDC teve sua continuidade com o advento do Código Civil de 2002, o qual, a exemplo daquele, encontra-se carregado de novos princípios jurídicos contratuais e cláusulas gerais, todos hábeis a proteger o consumidor mais fraco nas relações contratuais comuns, sempre em conexão axiológica, valorativa, entre dita norma e a Constituição Federal.

---

1 GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, p. 43, jan. 1998.

O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 são, pois, normas representativas de uma nova concepção do contrato, exibindo pontos de confluência em termos de teoria contratual, especialmente no que respeita aos princípios informadores de uma e de outra norma.

### **Art. 421**

Autor: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba

**ENUNCIADO:** O princípio da função social dos contratos, estampado no art. 421 do Código Civil de 2002, possui os seguintes conteúdos: a) prevalência dos interesses sociais eventualmente envolvidos no contrato sobre os interesses individuais nele regulados; b) inter-relação salutar entre os contratantes e terceiros não-contratantes, de modo a inibir a invasão de uns na esfera jurídica dos outros, sob pena de, sob o enfoque da tutela externa do crédito, eventual responsabilização de terceiros não-contratantes pelo inadimplemento contratual; c) obediência ao dever de justiça e equilíbrio nas trocas econômicas havidas por intermédio do contrato.

### JUSTIFICATIVA

A partir dessa nova concepção social do contrato, pautada pela intervenção da lei em seu conteúdo material e pelos novos princípios sociais que o regem, tem-se entendido que o contrato não deve jungir-se apenas aos interesses das partes, mas também levar em conta os interesses sociais gerais em jogo. Segundo Fernando Noronha, *além dos interesses do credor, e transcendendo mesmo os interesses conjuntos do credor e do devedor, estão valores maiores da sociedade, que não podem ser afetados*<sup>1</sup>.

Assim, os interesses sociais, além de deverem ser respeitados pelos contratantes, também são prevalecentes em relação aos interesses individuais.

Em resumo, conforme Paulo Luiz Netto Lobo, *o princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem*<sup>2</sup>.

---

1 NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 27.

2 LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coord.). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2002. p. 15.

Em sentido inverso, essa interação entre interesses sociais e interesses individuais no âmbito do contrato deixa claro também que terceiros não-contratantes não podem se comportar como estranhos a uma relação contratual pré-existente, como se esta simplesmente não existisse, sendo seu dever abster-se da prática de atos prejudiciais ao crédito constante no contrato.

Segundo Teresa Negreiros, *à luz da nova principiologia contratual, a função social e o abuso do direito constituem fundamento para a responsabilização do terceiro que, ciente da existência de relação contratual anterior, não obstante contrata com o devedor obrigação incompatível com o cumprimento da primeira obrigação assumida por este. (...) Em contraposição à concepção individualista, o princípio da função social serve como fundamento para a relevância externa do crédito, na medida em que propicia uma apreensão do contrato como fato social*<sup>3</sup>.

Nesse sentido concluiu a I Jornada de Direito Civil, realizada nos dias 11 a 13 de setembro de 2002 e organizada pelo Conselho de Justiça Federal. *Enunciado 21: 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.*

Além de tudo isso, isto é, além da prevalência dos interesses sociais sobre os individuais e da possibilidade de tutela externa do crédito, tem-se entendido que a função social dos contratos somente terá sido absolutamente respeitada se a troca econômica corporificada no ajuste realizar-se, internamente, de forma justa e equilibrada, ou seja, se houver equivalência material das prestações contratuais.

Eis por que, no Enunciado acima, propôs-se um esquema de tríplice conteúdo para a função social dos contratos.

### **Art. 421**

Autor: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba

**ENUNCIADO:** O princípio da função social dos contratos, estampado no art. 421 do Código Civil de 2002, tem amplo assento na Constituição Federal de 1988, no título sobre a ordem econômica.

---

3 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 260.

## JUSTIFICATIVA

O princípio da função social dos contratos possui assento na Constituição Federal de 1988, ainda que tal ocorra de forma implícita, no trato sobre a ordem econômica, por diversos motivos.

Primeiramente, não haveria qualquer sentido a Constituição Federal atribuir função social à propriedade e não fazê-lo em relação ao meio dinâmico de aquisição da propriedade, ao meio de circulação das riquezas, qual seja, o contrato.

Com efeito, Francisco Amaral doutrina: *Se a propriedade é um dos institutos fundamentais da ordem jurídica privada, constituindo-se na base da vida econômica dos indivíduos, e no instituto básico do Direito Civil no campo da estática patrimonial, o contrato e as relações jurídicas dele decorrentes, as obrigações, são o elemento dinâmico do direito patrimonial, tendo por objeto a cooperação das pessoas por meio da prestação de serviços, e a circulação dos bens econômicos*<sup>1</sup>.

Por outro lado, qualquer atividade econômica a ser desenvolvida no Brasil deve ter como propósito assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, nos termos do art. 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Sendo a justiça social o pano de fundo sobre o qual deve se desenrolar a atividade econômica brasileira, e sendo os contratos um dos principais capítulos de toda a ordem sócio-econômica, deverão estes também obedecer aos ditames da justiça social, em prol de uma existência digna para todos.

Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo esclarece: *A Constituição apenas admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, e que considera a desigualdade material das partes. Com efeito, a ordem econômica tem por finalidade "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170). À justiça social importa "reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º e inciso VII do art. 170)"*<sup>2</sup>.

### **Art. 421**

Autor: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão, Juiz Federal de Direito do Estado da Paraíba

---

1 AMARAL, Francisco. *Direito Civil*, p. 148.

2 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 141, p. 107, jan./mar. 1999.

**ENUNCIADO:** A função social dos contratos constitui-se num dos capítulos do movimento mais amplo de funcionalização dos direitos subjetivos privados.

### JUSTIFICATIVA

Hodiernamente, considera-se que o exercício de todo e qualquer direito subjetivo deve estar condicionado ao atendimento da respectiva função. Nesse sentido, há muito tempo Mário Júlio de Almeida Costa preleciona: *Hoje em dia, contudo, entende-se que os poderes do titular de um direito subjectivo estão condicionados pela respectiva função, ao mesmo tempo que se alarga a esfera dos direitos que não são conferidos no interesse próprio, mas no interesse de outrem ou no interesse social (direito-função)*<sup>1</sup>.

Também Franz Wieacker já via a funcionalização dos direitos subjetivos como uma das três características essenciais da evolução do Direito Privado moderno: *As três características essenciais desta mudança são a relativização dos direitos privados pela sua função social, a vinculação ético-social destes direitos e o recuo perante o formalismo do sistema do Direito Privado clássico do séc. XIX*<sup>2</sup>.

Por isso entende-se que a funcionalização do contrato está inserta em um movimento mais amplo de funcionalização dos direitos subjetivos em seu conjunto, como, aliás, afirma Judith Martins-Costa: *Assim como ocorre com a função social da propriedade, a atribuição de uma função social ao contrato insere-se no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos: atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função. (...) 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*<sup>3</sup>.

---

1 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Atlântida, S.A.R.L., 1968. p. 25.

2 WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1967. p. 623-624.

3 MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da ética da situação. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 158.

**Art. 421**

Autor: Régis Bigolin, Advogado, Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** A função social do contrato importa no reconhecimento, para além de outros possíveis, de um direito a cumprir em favor do titular passivo da relação obrigacional.

## JUSTIFICATIVA

O Direito das Obrigações passou por basicamente três fases: a primeira delas caracterizava-se pela subordinação do devedor, cujo termo foi sinalado com a edição, ainda em Roma, da *Lex Poetelia Papiria*. Após, houve um vínculo de coordenação, orientando-se para a satisfação dos interesses do credor. Modernamente, identifica-se a obrigação com um período de cooperação, com a consideração precípua do *alter*, tudo tendente ao correto desenvolvimento do processo obrigacional.

Informado o Código Civil pelo princípio da socialidade, e tendo em vista sua estreita relação com a Constituição Federal de 1988, faz-se necessária a proteção existencial do titular passivo da relação obrigacional. Assim, o reconhecimento do direito a cumprir em favor dele atende à necessária tutela do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

**Art. 421**

Autor: Luiz Edson Fachin, Professor da Universidade Federal do Paraná

**ENUNCIADO:** A função social dos contratos, prevista no art. 421 do novo Código Civil e definida como preceito de ordem pública no parágrafo único do art. 2.035 do mesmo Diploma legal, é condição de validade dos atos e negócios jurídicos em geral, cujo cumprimento pode ser averiguado *ex officio* pelo juiz.

## JUSTIFICATIVA

Debate-se no Brasil o sentido e o alcance dos contratos à luz do Direito contemporâneo. Presentemente, a função social dos contratos é um preceito de ordem pública. Inválido, por isso, será qualquer negócio ou ato jurídico que contrariar essa disposição, hoje inserida no Direito brasileiro pelo parágrafo único do art. 2.035 do novo Código Civil (Lei n. 10.406, em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003).

Esse princípio legal é aplicável a todas as espécies de contratos, tanto de Direito Privado quanto de Direito Público, em razão de já não existir espaço, no campo jurídico atual, para a separação absoluta entre o público e o privado.

Além disso, tal incidência abrange não apenas atos e negócios realizados após 11 de janeiro do ano de 2003, mas compreende também aqueles concluídos antes da vigência do novo Código Civil. A consequência, contudo, será diferente: no primeiro caso (contratos posteriores à nova lei), haverá invalidade; na segunda hipótese (contratos pretéritos), ocorrerá ineficácia, total ou parcial.

Por conseguinte, aos contratos em geral se impõem os limites da função social, que passa a ser o sentido orientador da liberdade de contratar, pilar e espelho da sociedade brasileira contemporânea. Novos tempos traduzem outro modo de apreender tradicionais institutos jurídicos.

Não se trata de aniquilar a autonomia privada, mas sim de superar o ciclo histórico do individualismo exacerbado, substituindo-o pela coexistencialidade. Quem contrata não mais contrata apenas com *quem* contrata, eis aí o móvel que sinaliza, sob uma ética contratual contemporânea, para a solidariedade social.

Probidade e boa-fé são princípios obrigatórios nas propostas e negociações preliminares, na conclusão do contrato, assim em sua execução, e mesmo depois do término exclusivamente formal dos pactos. Desse modo, quem contrata não mais contrata tão só o *que* contrata, via que adota e oferta um novo modo de ver a relação entre contrato e ordem pública.

O equilíbrio entre justiça e segurança jurídica provoca a compreensão desse cenário jurídico. O desafio é decodificá-lo para construir o futuro, que não deve se resumir a um requestrar do passado. Assim, no debate sobre a validade e a eficácia dos contratos no Direito brasileiro, está presente um sistema de valores que contrapesa, no Direito, a justiça e seu avesso à validade da função social como preceito de ordem pública.

#### **Art. 422**

Autor: Véra Maria Jacob de Fradera, Advogada em Porto Alegre e Professora na Universidade Federal do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** O credor poderá ser instado a mitigar o próprio prejuízo.

## JUSTIFICATIVA

### Introdução

Esta manifestação tem o carácter de um esboço, merecendo o tema, inegavelmente, análise mais aprofundada, tanto por sua relevância prática quanto pelo fato de não ter o Código Civil brasileiro de 2002 cuidado desse aspecto relativo ao comportamento do credor, apesar da existência de exemplos legislativos recentes e eficazes da adoção dessa medida, como, por exemplo, o art. 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre a Venda Internacional de Mercadorias<sup>1</sup>.

O interesse pelo assunto surgiu, precisamente, da leitura do referido art. 77 da CISG, cujo texto é o seguinte: *A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída*<sup>2</sup>.

Chama a atenção outro detalhe, relativamente ao art. 77, que é o fato de estar situado no Capítulo V da Convenção, intitulado “Disposições Relativas às Obrigações do Vendedor e do Comprador”<sup>3</sup>.

Tal particularidade suscita a lembrança de outra disposição relacionada ao comportamento contratual, esta com a característica de ser dirigida ao vendedor, tendo a doutrina entendido, sempre, tratar-se de determinação endereçada a ambos os contratantes. Estamos nos referindo ao inúmeras vezes citado e comentado § 242 do BGB: o **devedor** tem a obrigação de executar a prestação tal como o exigem a confiança e a fidelidade, levando em consideração os usos de tráfico<sup>4</sup>. (Grifo nosso)

Já o Código Civil brasileiro de 2002, em seu art. 422, aproxima-se da idéia do legislador da Convenção de Viena de 1980, ao impor certo

---

1 A partir de agora, CISG (*Convention of International Sales of Goods*).

2 Versão em inglês: *The partie who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.* Na versão francesa, essa última parte está assim traduzida: (...) *Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte **qui aurait dû être évitée*** (da perda que poderia ter sido evitada). Grifo nosso

3 *Provisions common to the obligations of the seller and of the buyer.*

4 No original: *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben, mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*

comportamento a ambos os contratantes. Desse modo, segundo o mencionado dispositivo legal, **Os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.** (Grifo nosso)

Isso posto, surge a pergunta: seria possível ao Direito Privado nacional recepcionar o conceito do *duty to mitigate the loss* em matéria contratual?

Acreditamos que sim. Antes, porém, é necessário realizar uma série de indagações, para chegarmos ao fundamento dessa, por ora, mera probabilidade de acolhimento do conceito pela doutrina e pelos tribunais brasileiros. O esforço deve valer a pena, pois inúmeras vezes nos deparamos, na prática do foro, com situações em que o credor se mantém inerte em face do descumprimento do devedor, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda.

Julgado da *Bundesgerichtshof*<sup>5</sup>, de 1999, ilustra à perfeição o quanto são comuns os casos em que o conceito em análise pode ser aplicado. Uma empresa

---

5 Abstract: CLOUT case 318, in A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS830; Country: Germany; Number: VIIIZR 121/98; Court: Bundesgerichtshof; Parties: Unknown:

*An Austrian owner of a vine nursery (the buyer) was in a longstanding business relationship with a German company (the seller) for the purchase of a special kind of wax, which it regularly used in order to prevent excessive drying out and limit danger of infection. As in the past, the buyer asked the seller to send an offer concerning "ca. 5000 kg. black vinewax". The wax was neither received nor inspected by the seller before delivery. It was delivered to the buyer in its original packaging directly from a third party, which the seller's supplier had entrusted with the production. The buyer partly used the delivered wax on its own vines fields and partly sold it on to other vine nurseries. After a large quantity of plants treated with the wax had suffered severe damage, the buyer complained thereof to the seller, then filed an action for damages. The seller objected, inter alia, that the vines had been damaged by a cause beyond its control. While the first instance court rejected the claim, on appeal the judgment was reverted in the buyer's favor. The seller appealed to the Supreme Court. The Supreme Court confirmed the lower instance decisions as to the existence of a lack of conformity of the goods under Art. 35(2)(a) CISG, since the wax did not meet the industry standards that were known to and applied by both parties. As to the seller's claim that the buyer had used part of the wax for a purpose other than that intended, i.e. for treatment of young vines, the Court remanded the case to the lower courts in order to ascertain the facts. If this were indeed the case, there would be no causal connection between the lack of conformity and the damage and consequently no liability of the seller concerning young vine fields. The Court rejected the contention that the seller had not produced the wax itself and therefore it should not be liable for its lack of conformity. In reaching this conclusion, the Court avoided to decide expressly whether Art. 79 CISG covers all possible cases of non-performance, or whether its application has to be excluded for lack of conformity. In any event, Art. 79 CISG was not considered applicable because the seller did not prove that the impediment lay beyond its control. Art. 79 CISG does not alter the contract's distribution of risks, by which the seller is obliged to deliver (conforming) goods. According to Art. 79(2) CISG, the seller has to bear the risk of a lack of conformity deriving from its own suppliers' non-performance, unless it brings evidence that the impediment did not lie in its and its supplier's control. This was not proved in the case at hand, nor had the seller successfully excluded liability through its standard terms, both because they were not part of the contract, and because such a general exclusion would be invalid according to German domestic law. The Court moreover observed that the seller's failure to inspect the goods before delivery was of no consequence (contrary to the lower court's opinion), because its obligation is to be construed as a warranty and does not depend on*

produtora de sementes de uva adquiriu certo produto, mais precisamente, uma cera especial, para evitar o ressecamento das cepas e protegê-las contra os riscos de infecções. Nesse ínterim, foi descoberto estar a cera causando danos às cepas, contudo, a empresa continuou a utilizar-se daquele produto. A Corte Federal alemã decidiu no sentido de que essa conduta viola o art. 77 da CISG, não podendo ser aceita, porquanto oposta a todas as regras de comportamento contratual, sejam elas de natureza moral, costumeira (*lex mercatoria*), principal (boa-fé) ou legislativa.

Num primeiro momento, trataremos dos fundamentos pelos quais o credor pode ser instado a minimizar o próprio prejuízo (I); a seguir, examinaremos a possibilidade de ser tal dever recepcionado pelo Direito brasileiro, no sistema atual de Direito Privado, criado pelo Código Civil de 2002 (II).

### I Parte – Por que Está o Credor Adstrito a Mitigar a Própria Perda

O dever de mitigar, atribuído ao credor – *mitigate* –, tem origem no Direito anglo-saxão, de onde passou para os sistemas jurídicos continentais. O vocábulo “*mitigate*” tem raiz francesa, provém do verbo *mitiger*<sup>6</sup>. A recepção desse conceito deu-se de maneira desigual e asistemática, pois alguns ordenamentos o utilizam freqüentemente, como é o caso do alemão e do suíço; outros, nem tanto, havendo, ainda, aqueles que dele se servem sem dar-lhe essa denominação, como é o caso do ordenamento francês<sup>7</sup>.

John Honnold, ao comentar o art. 77 da Convenção de Viena de 1980 sobre venda internacional de mercadorias, assevera ser o *duty to mitigate the loss* de reconhecimento geral, apesar de expresso das mais variadas formas e aplicado com distintos graus de ênfase<sup>8</sup>.

---

*fault. Finally the Court held that the lower instance court should have dealt with the issue of mitigation of damages by the buyer (Art. 77 CISG), and should not have remanded it to separate proceedings concerning the amount of the claim. In the Court's opinion this is supported by the German domestic law rules on contributory negligence, which are applicable notwithstanding the principle of autonomous interpretation of CISG (Art. 7(1) CISG), since the issue is a procedural one. Art. 77 CISG must be considered ex officio and may lead to exclude the seller's liability altogether. The case was thus remanded to the appellate court for decision on the alleged buyer's failure to mitigate damages by not stopping to use the wax as soon as it became aware of its damaging effects. V.também as interessantes obs. de Claude Witz, sobre essa decisão. In: D. 2000, 24 mar. 1999, p. 425 .*

6 Do lat. *mitigare*, adoucir, rendre moins rigoureux. Dictionnaire Le Robert, éd. 1993, p. 1.417.

7 JALUZOT, Béatrice. In: *La bonne foi dans les contrats*. Dalloz, 2001, p. 521, n. 1796.

8 HONNOLD, John. *Uniform law for international sales*. 3rd ed. Kluwer Law International. p. 416-419.

Na verdade, o dever do credor de mitigar o dano tem maior amplitude e positividade no âmbito das convenções internacionais, por exemplo, a Convenção de Haia de 1º julho de 1964, a respeito da lei uniforme sobre a venda internacional de objetos móveis corporais<sup>9</sup>; os Princípios *Unidroit*, relativos aos contratos de comércio internacional, publicados na cidade de Roma, em 1994<sup>10</sup>; o Código europeu de contratos<sup>11</sup>. Os princípios, regras e *standards* da *lex mercatoria* incorporaram, igualmente, esse dever<sup>12</sup>.

Nossa primeira reflexão terá por objeto, precisamente, a natureza jurídica do dever, incumbência ou obrigação acessória, do credor, de mitigar o seu próprio prejuízo.

#### A) A natureza jurídica do dever do credor de mitigar o próprio prejuízo

Claude Witz<sup>13</sup>, ao comentar o assunto, diz ser opinião largamente dominante a de que o dever de mitigar o próprio prejuízo não constitui uma **obrigação**, no sentido exato do termo, porquanto não poderia, caso descumprida, ser sancionada pela via da responsabilidade contratual, tendo como sujeito passivo o credor. Tampouco seria possível, como esclarece o art. 28 da CVIM<sup>14</sup>, exigir a execução *in natura*.

Poder-se-ia argumentar que se trata, então, de uma espécie de obrigação natural ou obrigação moral, mas tais classificações não se adaptam

9 Art. 88: *The party who relies on a breach of contract shall adopt all reasonable measures to mitigate the loss resulting from the breach. If he fails to adopt such measures, the party in breach may claim a reduction in damages.*

10 Art. 7.4.8 : (1) *The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party's taking reasonable steps.* (2) : *The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm.*

11 Art. 9: 505 : reproduz o texto do art. 7.4.8 dos *Principles Unidroit*.

12 (63): *A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss of profit, resulting from the breach. If it fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have mitigated.*

13 WITZ, Caude. *L'Obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales: l'exemple de la Convention de Vienne sur la Vente Internationale*: petites Affiches, 21 mars 2002, p. 50 e ss.

14 Se, de acordo com as disposições da presente Convenção, uma parte tiver direito de exigir da outra a execução de uma obrigação, um tribunal não está obrigado a ordenar a execução *in natura*, a menos que o faça em virtude da aplicação de seu **próprio** direito, relativamente a contratos de compra e venda semelhantes, não regulados pela presente Convenção. No original: *If, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention.*

perfeitamente ao caso, sobretudo em razão das conseqüências do descumprimento do dever de mitigar.

Dois importantes sistemas jurídicos, o alemão e o suíço, encontraram outra qualificação para esse dever. O primeiro, atribuiu-lhe a condição de *Obliegenheit*<sup>15</sup>; o segundo, a de *incombance*.

A noção de *Obliegenheit* tem sua fonte no Direito alemão de seguros. Reimer Schmidt<sup>16</sup> buscou sua sistematização a partir da construção de um sistema geral de obrigações, em que seriam incluídas todas as obrigações anexas, os ônus ou incumbências e os deveres para consigo mesmo. Segundo afirmou Clóvis do Couto e Silva<sup>17</sup>, a tentativa não teve maior êxito. Contudo, o mesmo autor esclarece permanecerem atuais os estudos de Reimer Schmidt relativamente a certos deveres anexas, v.g., a descoberta de deveres anexas de menor intensidade de coação ou deveres de grau menor<sup>18</sup>.

Já os autores suíços cunharam o termo “*incombance*” para designar esse tipo de dever<sup>19</sup>. O vocábulo provém do verbo latino *incumbere*, cujo sentido é o de pesar, onerar. **Sendo o Código suíço redigido em língua francesa, seu legislador adotou o substantivo *incombance*<sup>20</sup>. A possibilidade de reduzir as perdas e danos, ou mesmo não concedê-las, está prevista em seu art. 44<sup>21</sup>.**

Na França, apesar de o Direito francês não utilizar essa terminologia, a jurisprudência vem aplicando o conceito, com fulcro no princípio da boa-fé objetiva e na noção de abuso de direito.

15 O termo “*Obliegenheit*” surgiu no âmbito do direito dos seguros, no Direito alemão, tendo o sentido de um dever de menor intensidade. Contudo, a sua obediência está no interesse dessa pessoa. Segundo adverte Christoph Fabian, o sistema jurídico não prevê um direito à indenização, apenas uma sanção, de natureza mais leve, como, por exemplo, a perda de uma posição jurídica favorável. (FABIAN, Christoth. *Dever de informar no Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53).

16 SCHMIDT, Reimer *apud* SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushastky, 1976. p. 103.

17 SILVA, *op. cit.*, p. 112-113.

18 FABIAN, Christoph. *Dever de informar no Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53.

19 A expressão “*incombance*” (incumbência), do latim *incumbere* (pesar sobre), faz parte do vocabulário jurídico suíço. O dicionário jurídico alemão *Michaelis tech* traduz *Obliegenheit* como incumbência.

20 *Peser, retomber sur qqn., être imposé à qqn.* Dictionnaire Le Robert, p. 1.148.

21 Réduction de l'indemnité 1 – *Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur.* 2 – *Lorsque le préjudice n'a été causé ni intentionnellement ni par l'effet d'une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts.*

B) As peculiaridades da recepção do *duty to mitigate the loss*  
pelos tribunais franceses

A doutrina francesa atual reconhece ser a falta de identificação dessa obrigação a causa da diversidade de regimes. Béatrice Jaluzot, em seu importante estudo sobre a boa-fé, reconhece nas situações ora analisadas a existência de uma culpa, muito próxima da culpa delitual, dando lugar a uma ação por perdas e danos por parte do devedor, conduzindo à compensação entre as somas devidas contratualmente e aquelas surgidas da responsabilidade. Segundo a autora, tal solução seria *mais clara do que passar pela boa-fé ou pelo abuso de direito*<sup>22</sup>. Isso revela a dificuldade dos juristas franceses com a utilização do princípio da boa-fé objetiva, justamente devido a sua vagueza e imprecisão conceitual.

Embora se tratando de um país bastante reticente na recepção do conceito da boa-fé objetiva, a jurisprudência francesa vem adotando o dever de mitigar o próprio prejuízo com fulcro no princípio da boa-fé.

O interessante é que a jurisprudência francesa utiliza outro conceito, também derivado da boa-fé, o da proibição de *venire contra factum proprium*, como justificativa para sancionar o comportamento do credor faltoso em relação à *obligation de mitigation*<sup>23</sup>. A título de exemplo, vale referir o caso *Baillieux c. Jarety*, em que um locador permaneceu 11 anos sem cobrar os aluguéis e, ao invocar a cláusula resolutória, acaba sendo privado de exercer seu direito, com fundamento na proibição de *venire contra factum proprium*.

Outra maneira encontrada pelos juízes franceses para solucionar a problemática do descumprimento do dever de mitigar o próprio prejuízo está na invocação do conceito de abuso de direito, tão caro à doutrina daquele país<sup>24</sup>.

Chega-se, assim, a uma primeira conclusão: a natureza do dever do credor de mitigar o seu prejuízo varia de acordo com o sistema jurídico enfocado: no *BGB* é considerada uma *Obliegenheit*, isto é, uma obrigação cuja exigência de cumprimento reveste-se de menor intensidade; no Direito francês, a justificativa estaria na boa-fé ou no abuso de direito; na *Common Law*, é uma decorrência do próprio sistema, isto é, aquele que viola um contrato é responsável pelos danos, sem consideração à culpa ou à negligência. Dessa forma, não é de estranhar que a Convenção de Viena, em seu já citado art. 77, estabeleça deva a outra parte *tomar*

---

22 JALUZOT, *op. cit.*, p. 523, n. 798.

23 Cass. Com., 7 janv. 1963, caso *Baillieux c. Jarety*, *Bull. Civ.* III, n.16, p.14. V comentário do caso por G.Cornu, *R.T.D.civ.*, 1974, p. 833. Consultar, igualmente, JALUZOT, *op. cit.*, p. 521, ns. 1795 e 1796.

24 Caso *Époux D. c. Époux G.* Cass.com., 05 décembre, 1995. Comentários na *R.T.D. civ.*, 1996, p. 899, por J. Mestre.

*medidas* para diminuir o prejuízo decorrente da violação. Uma parcela da doutrina, muito reduzida, conforme noticia Claude Witz<sup>25</sup>, vislumbra nesse dever uma verdadeira obrigação.

Uma vez perquirida a natureza do dever de diminuir o próprio prejuízo, passaremos a examinar a possibilidade de recepção do *duty to mitigate the loss* no sistema do Código Civil brasileiro de 2002, levando em conta os termos do seu art. 422.

## II Parte – Da Possibilidade de Recepção do *Duty to Mitigate the Loss* no Direito Brasileiro, em Face dos Termos do art. 422 do CC/2002

### A) Como poderia ser recepcionado o *duty to mitigate the loss* pelo Código Civil de 2002?

No sistema do Código Civil brasileiro de 2002, de acordo com o disposto no art. 422<sup>26</sup>, o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa de contrato. Aliás, no dizer de Clóvis do Couto e Silva, *todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação*<sup>27</sup>.

No que se refere à obrigação de mitigar o próprio prejuízo, a que está sujeito o credor, já vimos ser sua natureza jurídica de difícil definição, podendo estar na categoria dos deveres (se existe regra positiva a respeito, como na CISG) ou ser designada de “incumbência”, segundo o entendimento dos suíços, ou, ainda, considerada uma obrigação de pequeno porte, conforme a doutrina alemã.

Uma vez que o Direito brasileiro, há longos anos, é bastante influenciado pela doutrina e jurisprudência alemãs<sup>28</sup>, a consequência lógica, ainda mais sendo o Código Civil muito recente, seria a incorporação do comportamento em análise.

Outro aspecto a ser destacado é o da positivação do princípio da boa-fé objetiva no novo diploma civil, abrindo-se, então, inúmeras possibilidades ao

---

25 WITZ, *op. cit.*, p. 50.

26 Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.

27 SILVA, *op. cit.*, p. 112 e ss.

28 Sua recepção deve-se, entre nós, sobretudo a dois grandes juristas do século XX, F.C. Pontes de Miranda e Clóvis do Couto e Silva, ambos cultores da doutrina jurídica clássica alemã.

alargamento das obrigações e/ou incumbências das partes, no caso, as do credor.

Como se não se tratasse de suficiente fundamento para a adoção desse dever, restam ainda, sob o influxo da jurisprudência francesa, duas possibilidades de justificar a recepção: os conceitos de *venire contra factum proprium* e o de abuso de direito, cuja previsão representa, segundo doutrina minoritária, um avanço do novo Código Civil em relação ao anterior, omissos nessa parte.

Deve ainda ser salientado o fato de o Direito brasileiro – no ponto relativo à concepção do abuso de direito qualificado como espécie de ato ilícito, previsto no art. 187<sup>29</sup> do CC/2002 – ter-se afastado da sistemática alemã, em que o abuso de direito é reputado como violação ao princípio da boa-fé objetiva.

B) O comportamento do credor em face do dever (ou incumbência) de mitigar o próprio prejuízo, decorrente do descumprimento contratual

Em face da evidente violação do contrato, duas poderão ser as reações do prejudicado: 1) curvar-se à obrigação, ou incumbência, e tratar de minimizar seus prejuízos; 2) se, diversamente, o credor não observar a incumbência, deverá suportar as conseqüências, de natureza econômica.

1) O cumprimento da *incompliance*, pelo credor: o direito ao reembolso das despesas daí decorrentes

Suponhamos que o credor tenha tomado as medidas necessárias para diminuir seu prejuízo, em razão do incumprimento do contrato. Tais medidas são de natureza muito variada, dependem do tipo de contrato e do teor da violação perpetrada pelo devedor. A jurisprudência alemã, a francesa e a dos tribunais arbitrais fornecem ricos exemplos.

Diante da situação em que o credor tenha cumprido a incumbência surge, de imediato, a indagação: quem arcará com as despesas resultantes das medidas tomadas para diminuir o prejuízo? Conforme elucida o professor Witz<sup>30</sup>, com apoio na doutrina européia continental dominante a respeito do assunto, as despesas ocasionadas pelo emprego dessas medidas (razoáveis) seriam acrescidas aos danos suportados pelo credor.

---

29 Art. 187. 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.

30 WITZ, *op. cit.*, p. 51.

O mestre de Estrasburgo aventa, ainda, outra hipótese, sempre dentro do quadro do art. 77 da Convenção de Viena de 1980, mas perfeitamente aplicável a situações fora desse âmbito: as mencionadas medidas fariam surgir um crédito distinto das perdas e danos.

Para chegar a tal conclusão, Claude Witz invoca o disposto no art. 7.4.8, alínea 2, dos Princípios *Unidroit*: *o credor pode recobrar as despesas razoavelmente ocasionadas, tendo em vista atenuar o prejuízo.*

Uma questão interessante pode se apresentar, em face da existência de cláusula limitativa de responsabilidade em determinado contrato. Assim, se o credor realizou as despesas para cumprir o dever (*Obligenheit* ou *incombrance*) de mitigar, teria ele, ou não, direito ao reembolso das somas despendidas?

A resposta deve ser positiva, de acordo com o pensamento de Claude Witz, que faz outra observação importante: do ponto de vista teórico, o cumprimento do dever de mitigar pode gerar uma autêntica obrigação, a cargo de seu beneficiário, o **devedor** (grifo nosso), que teria então uma verdadeira obrigação de reembolsar o credor.

## 2) O não-cumprimento, pelo credor, do dever de mitigar

Não cumprido o dever de mitigar o próprio prejuízo, o credor poderá sofrer sanções, seja com base na proibição de *venire contra factum proprium*, seja em razão de ter incidido em abuso de direito, como ocorre na França.

No âmbito do Direito brasileiro, existe o recurso à invocação da violação do princípio da boa-fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral permite tratamento individualizado de cada caso, a partir de determinados elementos comuns: a atitude negligente do credor, ensejando dano patrimonial; um comportamento que conduza a um aumento do prejuízo, configurando, então, uma culpa, vizinha daquela de natureza delitual.

A consideração do dever de mitigar como dever anexo justificaria, quando violado pelo credor, o pagamento de perdas e danos. Como se trata de dever e não de obrigação contratualmente estipulada, sua violação corresponde a uma culpa delitual.

## Conclusão

Como anteriormente mencionado, o tema aqui analisado *à vol d'oiseau* presta-se a grandes debates, tanto é que não está pacificado na jurisprudência européia, nem no âmbito das convenções internacionais sobre contratos. Apesar disso,

isto é, de suscitar tantas discussões, em âmbito nacional e internacional, o nosso Código de 2002 silenciou a respeito, o que é de lamentar.

Esperamos que, a exemplo do ocorrido no passado e sob o império do Código de 1916, a doutrina e a jurisprudência nacionais, mediante o auxílio do Direito comparado e com fundamento no princípio da boa-fé objetiva, reconheçam a existência de um dever, imposto ao credor, de mitigar o seu próprio prejuízo.

#### **Art. 422**

Autor: Francisco José de Oliveira, Defensor Público do Estado de Minas Gerais e Professor da FDSM

**ENUNCIADO:** A observância da boa-fé objetiva pelas partes não se limita à conclusão e à execução do contrato, devendo abranger a fase de negociações preliminares e o momento posterior à sua execução, quando o exigir a natureza da avença.

#### JUSTIFICATIVA

Da maneira posta pelo Código, somente na conclusão e na execução do contrato haveria necessidade de boa-fé, contrastando com a nova sistemática contratual. O contrato não pode mais ser considerado em seu modelo clássico. Assim, existe uma expectativa antes da conclusão, e alguns efeitos podem prolongar-se no tempo, dependendo do tipo de relação contratual.

Vejam os exemplos da contratação de uma empregada doméstica: Concluído o contrato de trabalho, meses depois, a empregada procura o ex-patrão para conseguir carta de referência. Se a primeira exerceu corretamente suas funções, seria lícito ao segundo, por mero capricho, negar-lhe a carta? Nesse mesmo exemplo, após findo o contrato de trabalho, poderia a empregada revelar segredos ou intimidades do patrão, de que soube apenas pelo tipo de relação jurídica travada?

Nos estritos termos do art. 422, a resposta às duas questões seria negativa, e os prejudicados dificilmente obteriam qualquer ressarcimento.

#### **Art. 423**

Autor: Flávio Murilo Tartuce Silva, Advogado e Professor

**ENUNCIADO:** O conceito de contrato de adesão não se confunde com o de contrato de consumo. De qualquer forma, o conceito de contrato de adesão pode ser retirado do art. 54 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

## JUSTIFICATIVA

O novo CC traz dois artigos específicos sobre o contrato de adesão – arts. 423 e 424. Ademais, quanto à revisão judicial dos contratos, deve ser aplicada a teoria da imprevisão, contida no art. 317. Esta, pelo teor do próprio Enunciado n. 17 do CJF, causa sérias dificuldades para a revisão. Dessa forma, é interessante que a revisão dos contratos de adesão receba tratamento específico, pois, na maioria das vezes, é patente a desigualdade entre as partes. A razão da proposta, assim, é evitar falta de sintonia com o princípio da função social do contrato.

**Art. 423**

Autor: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba

**ENUNCIADO:** Os contratos de adesão incorporam categoria contratual autônoma, bipartindo-se em contratos de adesão de consumo e contratos de adesão civis comuns.

## JUSTIFICATIVA

Os contratos de adesão são assim definidos por Cláudia Lima Marques: *Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), ne varietur, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito*<sup>1</sup>. Segundo a Professora, possuem as seguintes características: 1) *a sua pré-elaboração unilateral*; 2) *a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais*; 3) *seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte*<sup>2</sup>.

Não obstante os contratos de adesão tenham sido insertos, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, no Código de Defesa do Consumidor, não se pode dizer que têm lugar somente nas relações de consumo.

---

1 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 58.

2 *Idem*, p. 60.

Na realidade, a formatação dos contratos de adesão, como acima exposta, permite afirmar que eles podem ocorrer fora das relações de consumo, isto é, podem funcionar como arcabouço de uma relação jurídica contratual civil comum, bastando que suas características estejam presentes.

O contrato de adesão é, portanto, uma categoria jurídica própria, da mesma classe dos contratos. Por isso, não se restringe às relações de consumo; abrange também as relações contratuais comuns e funciona como instrumento de proteção à parte hipossuficiente, independentemente de se tratar de consumidor ou não, de estar ou não configurada a relação de consumo.

Entende-se que essa é a opção legislativa brasileira, pois os contratos de adesão estão regulados também no art. 423 do Código Civil de 2002, inseridos no âmbito das relações contratuais comuns.

Sintomático é que o Projeto de Lei n. 6.960/2002, em tramitação no Congresso Nacional, propõe redação ao citado art. 423 bastante semelhante à do art. 54 do CDC.

#### **Art. 423**

Autor: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba

**ENUNCIADO:** Considerando que os contratos de adesão incorporam categoria contratual autônoma, é possível a aplicação subsidiária, aos contratos de adesão civis comuns, das normas pertinentes do Código de Defesa do Consumidor, no que couber.

#### JUSTIFICATIVA

Os contratos de adesão são assim definidos por Cláudia Lima Marques: *Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), ne varietur, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito*<sup>1</sup>. Segundo a Professora, possuem as seguintes características: 1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu

---

1 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 58.

*modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão, à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte*<sup>2</sup>.

Embora os contratos de adesão tenham sido inseridos, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, no Código de Defesa do Consumidor, não se pode dizer que têm lugar somente nas relações de consumo.

Na realidade, a formatação dos contratos de adesão, como acima exposta, permite afirmar que eles podem ocorrer fora das relações de consumo, isto é, podem funcionar como arcabouço de uma relação jurídica contratual civil comum, bastando que suas características estejam presentes.

O contrato de adesão é, portanto, uma categoria jurídica própria, da mesma classe dos contratos. Por isso, não se restringe às relações de consumo; abrange também as relações contratuais comuns e funciona como instrumento de proteção à parte hipossuficiente, independentemente de se tratar de consumidor ou não, de estar ou não configurada a relação de consumo.

Entende-se que essa é a opção legislativa brasileira, pois os contratos de adesão estão regulados também no art. 423 do Código Civil de 2002, inserido no âmbito das relações contratuais comuns.

O mencionado art. 423 institui a regra, para os contratos comuns, da interpretação contra aquele que estipulou ou proferiu o termo contratual, e a favor daquele que apenas aderiu ao esquema proposto, especialmente se houver, em contratos de adesão, cláusulas ambíguas ou contraditórias. Trata-se da regra da interpretação contra *proferentem*, em tudo similar, ao que se pensa, àquela estampada no art. 47 do Código de Defesa do Consumidor.

À semelhança do que ocorre com a proteção do consumidor contratante, a regra da interpretação contra *proferentem* é uma regra de controle formal das cláusulas dos contratos de adesão.

Entretanto, a regra do art. 423 é a única, no Código Civil, que trata dos contratos de adesão, o que não deixa de ser uma regulação, de certa forma, pobre.

Por isso é que se entende não existir óbice para a aplicação subsidiária das disposições pertinentes do Código de Defesa do Consumidor, no que couber.

Sintomático é que o Projeto de Lei n. 6.960/2002, em tramitação no Congresso Nacional, propõe redação ao citado art. 423 bastante semelhante à do art. 54 do CDC.

## **Arts. 423 e 424**

Autor: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba

---

2 Idem, p. 60.

**ENUNCIADO:** Os arts. 423 e 424 do Código Civil de 2002 são representativos, em seu conjunto, do novo princípio social da equivalência material das prestações contratuais, o qual ameniza o princípio liberal clássico da força obrigatória dos contratos. O princípio da equivalência material das prestações contratuais, que tem como principal conteúdo prático a possibilidade de revisão judicial dos contratos, importou na modificação do critério de justiça contratual: este passou da análise da qualidade formal da emissão da vontade (ausência de vícios de consentimento) – *quid contractuel, quid juste* – para a análise da qualidade material da emissão da vontade (efetivo equilíbrio das prestações contratuais).

### JUSTIFICATIVA

Na concepção clássica do contrato, a idéia de justiça contratual estaria ligada à qualidade da declaração da vontade, se isenta de vícios ou não. Em caso positivo, entendia-se que a emissão autônoma, livre e isenta de vícios, não poderia gerar um contrato injusto. A justiça contratual ligava-se, portanto, à garantia legal das condições para a livre declaração volitiva: *quid contractuel, quid juste*.

Entretanto, com a nova concepção social do contrato, passou-se a entender que a justiça contratual estaria ligada não a esse parâmetro, mas sim à presença ou não de desequilíbrios nas prestações contratuais cabíveis a um e a outro contratante.

Tal mudança configura a instalação de um novo princípio social, o princípio da equivalência material das prestações contratuais, o qual se liga inexoravelmente, mais do que qualquer outro, às idéias de justiça, equilíbrio contratual, paridade, reciprocidade, proporcionalidade entre os contratantes etc.

Como pressuposto para o exercício desse papel, o princípio da equivalência material das prestações contratuais conduz à admissão da revisão dos contratos, quando existente, e sempre que existente, desequilíbrio ou desproporcionalidade contratual. Isto é, estando-se diante de um contrato assim caracterizado, somente com a possibilidade de sua revisão é que a equivalência material e a justiça a ele retornarão. Dito de outro modo, se a noção de justiça contratual é transmutada para a idéia de equilíbrio, paridade e proporcionalidade no conteúdo material do contrato, tal transformação deve fazer-se acompanhar da possibilidade de, tendo em vista desequilíbrio contemporâneo ou posterior ao ajuste, revisar seu conteúdo, seja para restabelecer o equilíbrio rompido, seja para instalar um equilíbrio nunca antes havido.

Correlatamente, com a possibilidade concreta de revisão contratual, o princípio da equivalência material dos contratos acabou por significar o

recrudescimento do princípio liberal clássico da obrigatoriedade irrestrita de seu cumprimento.

#### **Art. 424**

Autor: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba

**ENUNCIADO:** As cláusulas abusivas corporificam categoria contratual autônoma, não sendo, portanto, exclusivas das relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, a exemplo daquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002.

#### JUSTIFICATIVA

Cláusulas abusivas são cláusulas estabelecidas de modo demasiadamente favorável ao estipulante e desfavorável ao aderente, gerando desequilíbrio contratual. Em outras palavras, cláusulas abusivas são aquelas que atribuem, ao mesmo tempo ou separadamente, vantagem exagerada ao estipulante e onerosidade excessiva ao aderente, o que rompe o equilíbrio das prestações do contrato.

As cláusulas abusivas sempre foram associadas aos contratos de adesão de consumo. Certamente, esse é o grande palco de ocorrência de cláusulas abusivas, dada a disparidade dos poderes contratuais entre um e outro contratante, consumidores e fornecedores, e a unilateralidade na pré-determinação dos termos contratuais.

Entretanto, o contrato de adesão já é visto como uma categoria contratual autônoma, símbolo da proteção estatal nas relações entre consumidores e fornecedores, e cujo conceito é identificável naquelas relações contratuais em que esteja presente, num de seus pólos, um contratante débil, vulnerável, hipossuficiente, mesmo em se tratando de relações contratuais civis gerais.

Prova disso é o fato de o art. 423 do Código Civil de 2002 estipular a regra da interpretação contra *proferentem*, quando houver cláusulas ambíguas ou contraditórias em contratos de adesão no âmbito das relações de Direito Civil comum.

Assim, correlatamente a esse entendimento, pensa-se que as cláusulas abusivas também são categorias jurídicas que ultrapassam a esfera das relações de consumo.

Nessa perspectiva, o art. 424 do CC/2002 considera a possibilidade de vir a existir verdadeira cláusula abusiva no âmbito das relações contratuais comuns, quando

prevê a anulação daquela que estipula a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio: *Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.*

Portanto, podem existir cláusulas abusivas nos contratos civis comuns.

#### **Art. 424**

Autor: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba

**ENUNCIADO:** Considerando que as cláusulas abusivas corporificam categorias contratuais autônomas, é possível a aplicação subsidiária, para a regulação das cláusulas abusivas nos contratos civis comuns, das normas do Código de Defesa do Consumidor referentes às cláusulas abusivas nos contratos de consumo.

#### JUSTIFICATIVA

Cláusulas abusivas são cláusulas estabelecidas de forma demasiadamente favorável ao estipulante e desfavorável ao aderente, gerando desequilíbrio contratual. Em outras palavras, cláusulas abusivas são aquelas que atribuem, ao mesmo tempo ou separadamente, vantagem exagerada ao estipulante e onerosidade excessiva ao aderente, o que rompe o equilíbrio das prestações do contrato.

As cláusulas abusivas sempre foram associadas aos contratos de adesão de consumo. Certamente, esse é o grande palco de ocorrência de cláusulas abusivas, dada a disparidade dos poderes contratuais entre um e outro contratante, consumidores e fornecedores, e a unilateralidade na pré-determinação dos termos contratuais.

Entretanto, o contrato de adesão já é visto como uma categoria contratual autônoma, símbolo da proteção estatal nas relações entre consumidores e fornecedores, e cujo conceito é identificável naquelas relações contratuais em que esteja presente, num de seus pólos, um contratante débil, vulnerável, hipossuficiente, mesmo em se tratando de relações contratuais civis gerais.

Prova disso é o fato de o art. 423 do Código Civil de 2002 estipular a regra da interpretação contra *proferentem*, quando houver cláusulas ambíguas ou contraditórias em contratos de adesão no âmbito das relações de Direito Civil comum.

Assim, correlatamente a esse entendimento, pensa-se que as cláusulas abusivas também são categorias jurídicas que ultrapassam a esfera das relações de consumo.

Nessa perspectiva, o art. 424 do CC/2002 considera a possibilidade de vir a existir verdadeira cláusula abusiva no âmbito das relações contratuais comuns, quando prevê a anulação daquela que estipulou a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio: *Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.*

Todavia, não possui o Código Civil de 2002 uma cláusula geral, a exemplo do art. 51, IV, do CDC. Certamente, também não há uma lista exemplificativa de cláusulas abusivas. Na verdade, ao contrário da legislação consumerista, que é bastante detalhada, o Código Civil optou pela generalidade.

Ora, se se pensar os contratos de adesão e as cláusulas abusivas como categorias autônomas, poder-se-á imaginar a aplicabilidade do art. 51 e demais normas do CDC aos contratos de adesão civis comuns. Trata-se de um enfoque que reflete anseios de amplo equilíbrio e justiça contratual, alargando as possibilidades de revisão judicial em virtude da presença de cláusulas abusivas, mesmo que em contratos civis comuns.

Por tudo isso é que se advoga a aplicação subsidiária do CDC.

#### **Art. 429**

Autor: Adalberto de Souza Pasqualotto, Professor Adjunto na PUC/Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** A revogação de oferta ao público, especialmente quando se trata de publicidade comercial, não desobriga da indenização do interesse negativo se não evitou danos ao aceitante.

#### JUSTIFICATIVA

A oferta é vinculante, do mesmo modo que a proposta, nos termos do art. 429, caput, do Código Civil.

Esse dispositivo ratifica o que já dispunha o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor. Por conseguinte, o oblato ou o consumidor têm direito ao cumprimento forçado da obrigação assumida de modo unilateral pelo ofertante. Assim reza o art. 35, inc. I, do CDC. A mesma disposição há de valer para a oferta regida pelo Código Civil, ou seja, ainda que não se trate de relação de consumo.

Por outro lado, a oferta pode ser revogada pela mesma via de sua divulgação, desde que fique ressalvada tal faculdade. Prevalece, no caso, a teoria da responsabilidade pela confiança.

Questão remanescente, todavia, é o erro na divulgação dos termos da oferta por fato não imputável ao ofertante. Pode acontecer, por exemplo, que na divulgação da oferta de venda de um produto por meio de anúncios classificados de um jornal, suas características, o preço ou qualquer dado essencial seja divulgado com erro de imprensa, para o qual não contribuiu de modo algum o ofertante. Verificado o erro, no dia imediato é divulgada a retificação.

Essa correção pode ser tardia em face de algum interessado que já tiver realizado despesas decorrentes de viagem para o local de exposição e venda do produto ofertado, remessa de dinheiro, ou qualquer outro dispêndio econômico, ou, ainda, houver sofrido algum transtorno.

Nesses casos, se a oferta foi idônea e o interessado agiu de boa-fé, o ofertante deve indenizá-lo pelo interesse negativo, recompondo integralmente o seu prejuízo, ressalvada a possibilidade de regresso contra o causador do erro.

#### **Art. 434**

Autor: Guilherme Magalhães Martins, Promotor de Justiça do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** A formação dos contratos entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente, não sendo regida pelas normas relativas à formação dos contratos por correspondência (teoria da expedição).

#### JUSTIFICATIVA

Baseia-se a teoria da recepção na presunção de que, a partir do recebimento da carta, o respectivo conteúdo se considera conhecido do destinatário, o que, do ponto de vista probatório, apresenta significativa vantagem em face da teoria da expedição, na qual, embora os efeitos do contrato tenham seu ponto de partida na remessa da aceitação, é sempre prudente, para agir sem receio, que se aguarde a chegada dela ao destinatário, o que implica, na prática, adotar a teoria da recepção.

Evita-se, portanto, o ponto fraco da teoria da expedição, que é a possibilidade de a carta vir a ser extraviada ou retirada enquanto não chegar ao destinatário, embora o contrato já tenha se formado desde a expedição da aceitação.

Isso se justifica em face da insegurança do correio eletrônico como meio de comunicação, na medida em que a comunicação entre as partes se dá por meio de provedores de acesso, tanto o do proponente como o do aceitante, não

havendo sequer uma garantia acerca de que ou quando o *e-mail* alcançará o seu destino, tendo o legislador de 2002 perdido uma valiosa oportunidade para regular a matéria.

Assim, o *e-mail* não apresenta qualquer analogia com os meios de comunicação marcados pela instantaneidade, como o telefone ou o telex. As regras dos contratos por correspondência igualmente não se aplicam, pois têm como pressuposto uma única organização responsável pelo serviço postal, na qual as partes possam razoavelmente confiar.

Em razão disso, a lei modelo da Uncitral acerca do comércio eletrônico, em seu art. 15, acolhe a teoria da recepção, ao dispor que a mensagem de dados considera-se expedida quando do seu ingresso em um sistema de informação que se situe além do controle do emissor ou daquele que a enviou em nome deste. Tal regra foi adotada no art. 22 do Projeto de Lei n. 4.906-A/2001, atualmente em tramitação no Congresso Nacional.

#### REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.180-184.

#### **Art. 445**

Autores: Gustavo Tepedino e Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Professores de Direito Civil da UERJ

**ENUNCIADO:** Os prazos máximos aludidos no § 1º do art. 445 referem-se aos limites temporais de revelação do vício, dentro dos quais, ciente do surgimento do defeito, o adquirente irá dispor dos prazos descritos no *caput*, contados da data do conhecimento, para exercer o seu direito.

#### JUSTIFICATIVA

Das várias possibilidades interpretativas do comando legal em análise – que vão desde a solução de se agravar a responsabilidade do alienante indefinidamente, nos moldes em que o Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor, até as correntes que extraem dos prazos aludidos no bojo do parágrafo primeiro os limites máximos para o adquirente propriamente exercer o direito que lhe é conferido –, deve

prevalecer a que entrevê naqueles prazos a explicitação dos marcos temporais dentro dos quais, na hipótese de surgimento do defeito, o adquirente poderá exigir a redibição do contrato ou reclamar o abatimento do preço (art. 442).

Sob tal ótica, atende-se à diferenciação axiológica entre os sistemas de proteção e tutela que iluminam as relações de consumo e os modelos paritários subjacentes aos negócios celebrados entre partes equipolentes, além de se evitar a incoerência de conferir prazo maior (cento e oitenta dias) a contar da descoberta – exagero que extrapolaria até o modelo protetivo do CDC. Por outro lado, não se incorreria no aparente equívoco de tornar vazia a garantia quando em jogo estivesse um bem imóvel. Vale dizer, se os prazos a que se refere o parágrafo primeiro se dirigissem ao exercício das ações edilícias, o adquirente de um imóvel teria – nas hipóteses em que o vício, por sua natureza, só pudesse ser conhecido mais tarde – rigorosamente o mesmo prazo assinalado como regra geral, tornando sem sentido o raciocínio de exceção contemplado no parágrafo.

Diante do exposto, resta claro que o benefício erigido em favor do adquirente tão-só **protrai o termo inicial do fluxo dos prazos de decadência previstos no caput do artigo em foco**, quando em jogo se encontrarem vícios ocultos especificados segundo os requisitos da parte inicial do parágrafo primeiro.

#### **Art. 456**

Autor: Érica Pimentel, Advogada

**ENUNCIADO:** Não cabe denunciação da lide *per saltum*, pois o art. 73 do Estatuto Processual somente determina a sucessiva.

#### JUSTIFICATIVA

Embora o art. 456 do novo CC já tenha sido objeto do Enunciado 29 da I Jornada, faz-se necessário novo enunciado, que reflita seu real significado.

Infelizmente, esta ilustre Jornada de Estudos não pode atuar ao ponto de alterar a letra da lei ou a intenção do legislador. Ora, se o art. 456 estabelece, em sua parte final, *quando e como lhe determinarem as leis do processo*, deve-se interpretar que não caberá a denunciação *per saltum*, proibida pela Lei Processual (art. 73, CPC).

A busca pela instrumentalidade e economia processual não pode trazer modificações não permitidas em lei; a função legislativa não cabe ao operador do Direito, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

Desta forma, para que se admita a denúncia da lide *per saltum*, claro instrumento de economia processual, deverá ela estar autorizada no Código de Processo, o que ainda não ocorreu.

### **Art. 476**

Autor: Paulo R. Roque A. Khouri, Advogado e Professor, Distrito Federal

**ENUNCIADO:** Inadimplido o contrato bilateral, com prestação e contraprestação simultâneas, não se pode de imediato pleitear a resolução do vínculo, devendo o contratante fiel suspender a execução do contrato e conceder prazo razoável para que o contratante infiel realize a prestação, independentemente de acionamento posterior por perdas e danos.

### JUSTIFICATIVA

A exceção do contrato não cumprido não pode resumir-se a uma simples faculdade do contratante fiel de suspender a execução do pacto. De acordo com o princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato, deve ser propiciado ao contratante infiel um prazo razoável para a execução da prestação a seu cargo quando houver, por parte do credor, interesse objetivo no recebimento da prestação (art. 395, parágrafo único, do novo CC). Essa conduta impede a destruição imediata do vínculo contratual e permite a sobrevivência do negócio jurídico, o que está em sintonia com o princípio da função social do contrato, a qual é mais eficientemente realizada quando seu objeto pode ser integralmente cumprido, materializando a circulação da riqueza.

A exceção do contrato não cumprido consiste na faculdade concedida a qualquer dos contratantes, em contrato bilateral, com cumprimento simultâneo das obrigações, de suspender ou recusar o cumprimento da obrigação que lhe compete até que a outra parte ofereça a prestação a que está obrigada. Tal recusa em cumprir a obrigação, ao contrário do que sucede nos contratos unilaterais – em que não há sinalagma ou interdependência das obrigações –, só é possível porque o contratante/devedor não atua apenas nessa qualidade na relação obrigacional – ele é também credor, o mesmo ocorrendo com o outro contratante<sup>1</sup>; a obrigação de um é a razão de ser da obrigação do outro. É a esse nexo de interdependência que se denomina “sinalagma”, presente no nascimento

---

1 TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 450.

de ambas as obrigações – sinalagma genético, como no momento de seu cumprimento – sinalagma funcional<sup>2</sup>.

Para a doutrina majoritária, o grande fundamento do instituto da exceção do contrato não cumprido seria o equilíbrio contratual<sup>3</sup>. Impor a realização de uma prestação sem o oferecimento simultâneo da contraprestação desequilibraria a relação. Abrantes<sup>4</sup> admite o fundamento do equilíbrio contratual para a exceção, mas conjuga-o com o fundamento do cumprimento integral do contrato. A exceção não buscaria apenas o equilíbrio da relação, mas o próprio cumprimento integral da obrigação. Para Abrantes, não fosse o cumprimento integral do contrato também o fundamento da exceção, ao contratante fiel, diante da ameaça do incumprimento, só restaria a alternativa de pedir a resolução do contrato, e não a sua suspensão, ou a própria execução forçada da obrigação. O real sentido do instituto da exceção parece ser exatamente o cumprimento integral do contrato, sem sua conjugação com o equilíbrio contratual, que apenas indiretamente oferece algum critério para o enfrentamento da questão, nunca uma justificativa para fazer atuar o próprio cumprimento integral do pacto. Para isso não se está perquirindo se há ou não equilíbrio contratual porque, se não existisse tal equilíbrio, sequer estaria o credor a buscar o cumprimento da obrigação na forma avençada, já que outros meios lhe socorreriam, como a própria resolução ou a revisão por onerosidade excessiva, não a exigência do cumprimento, que, em si, comporta o recurso à exceção. Se é certo que o instituto não deve ser tratado sob o prisma da vontade subjetiva em si, mas segundo uma concepção objetiva<sup>5</sup> do próprio desenvolvimento da relação obrigacional, não é a falta do cumprimento de um contrato que objetivamente o desequilibra, pois o equilíbrio não se relaciona diretamente com o cumprimento ou o incumprimento, mas com o conteúdo da própria prestação<sup>6</sup>.

Inicialmente, importa separar o instituto da *exceptio*, da resolução por incumprimento. A doutrina sustenta terem ambos os institutos como ponto de partida o incumprimento da obrigação<sup>7</sup>. Não cumprida a obrigação em um contrato bilateral,

---

2 COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 299.

3 LEITÃO, Luís de Menezes. *Direito das Obrigações*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 1. p. 194. Nesse mesmo sentido, TELLES, *op. cit.*, p. 451.

4 ABRANTES, p. 199. Embora não apresente uma discussão maior sobre a natureza desse instituto, o pensamento de SERRA, Adriano Vaz (*Boletim do Ministério da Justiça*, n. 67, p. 18), nos conduz a essa mesma justificativa: *A exceção do contrato não cumprido, sendo uma simples exceção dilatória, supõe que o excipiente quer o cumprimento do contrato e apenas se recusa a cumprir enquanto o outro contraente não cumprir ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo*.

5 TELLES, *op. cit.*, p. 451.

6 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 3. p. 211.

7 ABRANTES, João José, p. 171.

seria o caso de excepcionar seu cumprimento ou sua resolução. Aqui observa-se, de imediato, uma impropriedade na afinidade alegada. Na exceção, no plano fático, não existe propriamente um incumprimento da obrigação. Não podemos falar ainda de incumprimento fático porque, como se verá adiante – tendo em vista o nexo de interdependência –, a obrigação que tem como razão de ser a outra obrigação também não foi cumprida; só podemos falar de incumprimento fático se uma parte, no contrato bilateral, cumpre sua obrigação e a outra parte, na data avençada, deixa de cumprir a que lhe compete. Aí, sim, há incumprimento fático, porque a obrigação que era dependente da contraprestação já foi cumprida, enquanto esta não o foi no momento em que deveria sê-lo.

Uma vez que as obrigações de ambas as partes devem ser cumpridas simultaneamente, a execução do contrato é suspensa até que a outra parte se disponha a cumprir a que lhe cabe. Concordando com o pensamento de Serpa Lopes<sup>8</sup>, é realmente condição do exercício da exceção o *excipiente não ter cumprido ainda a sua prestação*. Há nesse momento, propriamente, **exceção, excipiente e excepto**, não devedor adimplente e devedor inadimplente. Como sustenta Orlando Gomes<sup>9</sup>, há uma paralisação da execução do contrato. Consoante a doutrina alemã<sup>10</sup>, na exceção do contrato não cumprido *cada contratante puede reclamar la prestación de la otra parte **sin necesidad de cumplir la suya propia***. O problema coloca-se dessa forma por conta da simultaneidade do cumprimento. Impondo-se o cumprimento simultâneo da prestação e da contraprestação, pois estão ligadas pelo nexo de interdependência, a questão de saber se a exceção foi ou não corretamente acionada é de natureza probatória, ônus a recair sobre o contratante que excepciona o cumprimento<sup>11</sup>. Ao excipiente compete a prova do correto acionamento da exceção. Até porque, se o excipiente não tiver acionado justificadamente o instituto, será ele o inadimplente, não o excepto. Pode-se até admitir, para efeito de futura ação de perdas e danos, que o contratante que se dispõe a cumprir o contrato é propriamente um contratante fiel; e infiel<sup>12</sup> a parte que não se dispõe a oferecer simultaneamente o cumprimento da sua obrigação, devendo, portanto, ser obrigada a reparar eventuais prejuízos sofridos por aquele ou penalizada com a aplicação de eventual cláusula penal. Em outras palavras,

---

8 SERPA LOPES. *Curso de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 4. p. 284.

9 GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 92.

10 THUR, Von, p. 6.

11 *El demandante, al reclamar el cumplimiento de um contrato bilateral, reconoce que adeuda una contraprestación (...) si afirma haber cumplido y la prestación que le incumbe o habría ofrecido en sus debidos términos, deberá aportar la prueba de esa afirmación (...) op . cit., p. 56.*

12 LEITÃO, *op. cit.*, p. 193, diante da exceção do contrato não cumprido, utiliza a expressão “contraente fiel e não fiel”.

nessa etapa do desenvolvimento da relação obrigacional, o contratante que deu causa ao acionamento da exceção, paralisando o contrato, deve sujeitar-se àquelas conseqüências.

A exceção também pressupõe a existência de um contrato bilateral. O mesmo não sucede com a resolução, que pode operar-se também em contratos unilaterais<sup>13</sup>. Distinção fundamental diz respeito aos fins perseguidos por ambos os institutos: enquanto na exceção se busca apenas suspender a execução do contrato como meio de pressionar o contratante infiel ao seu cumprimento integral, porquanto o fim perseguido é claramente a manutenção do contrato, na resolução, o que se busca não é a manutenção da relação obrigacional, mas seu fim prematuro. Tanto que, em princípio, o **incumprimento**<sup>14</sup> que autoriza a **exceção** em um contrato sinalagmático não é o mesmo que autoriza a resolução. A resolução, mesmo no contrato bilateral, pressupõe um **incumprimento** definitivo<sup>15</sup>, em que a prestação já não é fisicamente possível, porque o interesse objetivo do credor não se faz mais presente; na exceção, o **incumprimento** é temporário, a prestação ainda é possível, e interessa objetivamente ao credor.

#### **Art. 478**

Autor: Edilson Pereira Nobre Júnior, Juiz Federal e Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

**ENUNCIADO:** A menção à imprevisibilidade inserta no art. 478 do CC, para o fim de possibilitar a resolução contratual por onerosidade excessiva, deve ser interpretada não em relação à ocorrência do fato que venha a gerar o desequilíbrio da avença, que poderá ser suscetível de previsão, mas sim no que se refere às conseqüências que aquele chega a produzir, sob pena de flagrante e não recomendável descompasso

---

13 ABRANTES, *op. cit.*, p. 172, sustenta que a resolução tem como pressuposto a *existência de um contrato bilateral e a inexecução da contraprestação pelo outro contratante*. Discordo de tal posicionamento, porque a resolução tem por base o incumprimento contratual, independentemente de se tratar de incumprimento proveniente de um contrato sinalagmático ou unilateral. Veja-se o caso do comodato, em que tanto a lei brasileira (art. 552º, CCB) como a lei portuguesa (art. 1.140º, CCPT) autorizam a resolução por justa causa.

14 O termo “incumprimento” encontra-se destacado porque, conforme anteriormente sustentado por este autor, na exceção do contrato não cumprido não há propriamente incumprimento, mas sim uma suspensão momentânea da execução do contrato.

15 Nesse sentido sustenta GOMES, *op. cit.*, p. 93, que a resolução nos contratos bilaterais com execução simultânea das obrigações *somente deve ser adotada quando o cumprimento da obrigação se tornar impossível*. Ora, se a obrigação a que a parte se obrigou tornar-se impossível ou não interessar mais objetivamente ao credor, não há como acionar o instituto da exceção, mas, sim, promover a resolução da relação obrigacional.

entre o novo diploma e a tendência para a qual vem se inclinando o sistema jurídico vigente.

## JUSTIFICATIVA

À minguia de precedente no diploma de 1916, constituiu importante inovação no plano do Direito das Obrigações o art. 478 do atual Código Civil, ao proclamar: *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*<sup>1</sup>.

Referido dispositivo consagrou, em caráter genérico, a regra da resolução contratual por onerosidade excessiva, visando fincar, com solidez, as pilasstras da justiça contratual.

Contudo, ao assim laborar, estabeleceu como requisito para que o instituto se tornasse operativo a necessidade de a extrema vantagem de uma das partes decorrer não só de fatos extraordinários, mas igualmente de acontecimentos imprevistos<sup>2</sup>.

---

1 Versa sobre o assunto também o art. 317 do mesmo diploma, relativo à disciplina do objeto do pagamento e sua prova, com a seguinte redação: *Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.*

2 Parece que o legislador pátrio se guiou pelo art. 1.467 do Código Civil italiano de 1942: *Nos contratos de execução continuada, ou periódica, ou de execução diferida, se a prestação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa pela verificação de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, o devedor pode pleitear a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos pelo art. 1.458. A resolução não pode ser pleiteada se a superveniente onerosidade se encontra na álea normal do contrato. A parte contra a qual é pleiteada a resolução pode evitá-la, oferecendo-se para modificar eqüitativamente as condições do contrato. (Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tal prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'Art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità di modificare equamente le condizioni del contratto). Disponível em: <<http://www.studiocelentano.it>>. Acesso em: 12/3/2002. De modo idêntico, o art. 1.198, item segundo, do Código Civil argentino: *Nos contratos bilaterais comutativos, e nos unilaterais onerosos e comutativos, de execução diferida ou continuada, se a prestação a cargo de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte prejudicada poderá demandar a resolução do contrato. O mesmo princípio se aplicará aos contratos aleatórios quando a onerosidade excessiva se produzir por causas estranhas ao risco próprio do negócio (En los contratos bilaterales comutativos y em los unilaterales onerosos y comutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinários e imprevisibles, la parte prejudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato).* Tradução livre. Disponível em: <<http://www.redetel.gov.ar>>. Acesso em: 4/10/2004.*

Dessa forma, entrou em descompasso com o sentido de nosso ordenamento. Isso porque o Código de Defesa do Consumidor, ao enunciar os direitos básicos deste, alude, no seu art. 6º, V, à *modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas*.

Como visto, referido Estatuto dispensa, numa atitude de aproximação do contrato com a vida moderna, que o motivo da onerosidade esteja relacionado a fatos imprevisíveis, orientação sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça frente a litígios derivados de contratos de arrendamento mercantil celebrados com indexação em moeda estrangeira (dólar norte-americano), os quais foram vítimas de forte crise cambial durante o mês de janeiro de 1999.

Exemplificativo do entendimento jurisprudencial é o REsp n. 361.694/RS, relatado pela Min. Nancy Andrighi, em cuja ementa consta a seguinte formulação: *O preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor*<sup>3</sup>.

Mas não é só. Outros segmentos do nosso Direito positivo passaram, no resguardo da persistência da comutatividade contratual, a perfilhar idêntica orientação.

A Lei n. 8.666/93, responsável pela disciplina dos contratos administrativos, ao se ocupar da alteração destes, estabelece no art. 65, II, **d**, que ela poderá ter lugar *para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual*<sup>4</sup>.

Referido Diploma, de inegável atualidade, ameniza o rigor da imprevisibilidade requerida, a fim de que esta se refira não somente ao fato gerador do desequilíbrio, mas possa ser deduzida unicamente de suas conseqüências. Ao lançar seus comentários sobre o ponto em debate, enfatizou Marçal Justen Filho: *Assemelha-se à imprevisibilidade o caso que, embora previsível, tenha conseqüências que não possam ser evitadas. Isso se passa quando há possibilidade de prever o evento, mas*

---

3 STJ, unânime, DJU de 25/3/2002.

4 Interessante notar que, na esfera dos contratos administrativos, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato encontra duplo lastro constitucional, seja como decorrência da consagração da moralidade como pauta de agir da Administração (art. 37, *caput*, da CF), seja pela referência explícita à garantia de manutenção das condições efetivas da proposta, constante do art. 37, XXI, da CF.

*inexiste providência alguma hábil a impedir a concretização do fato e de suas conseqüências. Isso se passa com eventos catastróficos cuja concretização é prevista pela ciência com alguma antecedência*<sup>5</sup>.

Idêntica predisposição já permeia os sistemas jurídicos estrangeiros. O Código Civil português, promulgado pelo Decreto-Lei n. 47.344, de 25 de novembro de 1966, versa o tema da resolução do contrato pela alteração das circunstâncias em que celebrado, sem aludir à imprevisibilidade. Basta que se compulse o seu art. 437, n. 1, ao ditar: *Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*<sup>6</sup>.

Feitas essas observações, poder-se-á, num primeiro momento, indagar se possível antinomia entre o art. 478 do Código Civil e os dispositivos da legislação citada resolver-se-ia, facilmente, pela regra da especialidade.

Dessa maneira, não versando o contrato sobre matéria regida por lei específica, aplicar-se-ia o preceito do Código Civil, e a imprevisibilidade do fato causador do desequilíbrio seria inarredável.

Essa parece ser a opinião de Ruy Rosado de Aguiar Júnior<sup>7</sup>, para quem, apesar de visualizar imperfeição na redação do art. 478 do Código Civil, é claro o fato de este haver subordinado a resolução à existência de uma vantagem exagerada em favor da outra parte e à ocorrência de fatos imprevisíveis, enquanto o Código de Defesa do Consumidor, no particular, optou por uma regulação objetiva.

Tal inteligência, malgrado resultante da articulação dos textos legais, implicaria tornar a onerosidade excessiva, quando louvada no Código Civil, como algo distante e irrealizável na prática pelo contratante, preocupação sentida em sede doutrinária<sup>8</sup>. O preceptivo, caso assim aplicado, esvaziaria, por completo, a eficácia social do instituto, o que é inadmissível.

---

5 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 531.

6 Disponível em: <<http://www.mreis.pt/docs/cc.htm>>. Acesso em: 30/9/2004.

7 AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 48, p. 55-68, out./dez. 2003.

8 Conferir, a esse respeito, arguta observação de Álvaro Villaça Azevedo (*El nuevo Código Civil brasileño: tramitación; función social del contrato; buena fé objetiva; teoría de la imprevisión y, en especial, onerosidad excesiva (laesio enormis)*). In: CORDOBERA, Lúcia M. Garrido; KLUGER, Viviana (Coord.). *Tratado de la buena fe en el Derecho: doctrina extranjera*. Buenos Aires: La Ley, 2004. t. 2. p. 169), para quem, ao invés de adotar somente o instituto da onerosidade excessiva, o Código Civil de 2002 fê-lo abarcando a teoria da imprevisão, de difícil aplicação. Propôs (p. 169) a adoção de ponto de vista conducente a ser bastante o desequilíbrio econômico para a modificação ou resolução do contrato. Idem a impressão consignada em escrito de HORA

Não se pode negar que a promulgação de um código representa um avanço para a sociedade, que passará a contar com um corpo de leis mais aperfeiçoado e mais próximo da realidade. Com muita propriedade, assinala Antônio Menezes Cordeiro: *Uma codificação é, por excelência, o produto do trabalho jurídico-científico. Ela postula um desenvolvimento intensivo e extensivo do sistema externo, com reduções dogmáticas operosas e um esforço de síntese que remodele, por inteiro, toda a apresentação tradicional dos institutos jurídicos*<sup>9</sup>. Mais adiante, conclui: *E vai, ainda, bem mais longe: modifica a linguagem em aspectos importantes, elabora conceitos abstratos onde antes proliferavam as descrições empíricas e remodela, em profundidade, as diversas proposições jurídicas*.

Essa assertiva ganha notável reforço com o Código Civil de 2002, cuja elaboração projetou uma forte viragem no sistema de Direito Civil então vigente. Lastreado na insuficiência do Código Civil de 1916, marcadamente individualista e retratador de uma sociedade agrária e recém saída do escravismo, o diploma atual colimou ajustar os trilhos jurídicos nacionais a sentimentos de forte inspiração social, conforme pensamento dominante a partir do primeiro quartel da centúria passada.

Assim, veio a lume a estruturação legislativa informada por uma nova e vinculativa principiologia, ilustrada pela eticidade, a abarcar a boa-fé objetiva e a concepção da propriedade e do contrato como instrumentos a albergar uma função social<sup>10</sup>. Nesse quadro, perdem demasiado terreno a autonomia da vontade e a força obrigatória das convenções.

Diante disso, impõe-se a adoção de exegese que venha a corrigir a imperfeição de redação do art. 478 do Código Civil, na parte em que alude à necessidade de fato imprevisível para o fim de evitar onerosidade excessiva.

A melhor solução – parece-nos – está em considerar o requisito da imprevisibilidade não em relação ao fato que venha gerar o desequilíbrio da avença,

---

NETO, João. A resolução por onerosidade excessiva no novo Código Civil: uma quimera jurídica? *Revista de Direito Privado*, v. 16, p. 148-160, out./dez. 2003.

9 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil português*: parte geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1. p. 67.

10 Miguel Reale (As diretrizes fundamentais do projeto do Código Civil. In: *Comentários sobre o projeto de Código Civil brasileiro*. Brasília: Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários. Série Cadernos do CEJ, v. 20, p. 11-26), com muita propriedade, mostra-nos que o atual Código Civil está estruturado com base em pilstras fundamentais, consubstanciadas nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade. A relevância de ditos valores é notável nas seguintes palavras do autor: *O que importa em uma codificação é o seu espírito; é um conjunto de idéias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, ordenam e sistematizam* (*loc. cit.*, p. 16).

que poderá ser suscetível de previsão, mas no que se refere às conseqüências que aquele chega a produzir.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida há aproximadamente vinte e cinco anos, manifestou ligeira propensão a esse ponto de vista. Não obstante reputar, a exemplo de julgados anteriores<sup>11</sup>, a inflação como fato suscetível de previsão, entendeu, em lide relativa a contrato de empreitada, que a subida inesperada do patamar inflacionário ensejaria a revisão contratual. Trata-se do RE n. 85.714/RJ<sup>12</sup>, assim ementado: *A aplicação da cláusula rebus sic standibus não importa na negativa de vigência do art. 1246 do Código Civil, se ocorre aumento imprevisível do surto inflacionário depois de celebrado o contrato de empreitada e no prazo da execução das obras. Inconfigurada divergência jurisprudencial, por não ter o recurso extraordinário atendido ao disposto no art. 305 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.*

De rememorar-se, mais uma vez, a elevação da moeda norte-americana em janeiro de 1999. Consta no voto condutor do Min. Aldir Passarinho Júnior, REsp n. 472.594/SP que, mesmo previsível inicialmente pelas partes, tal fato produzira efeitos negativos que inviabilizara o cumprimento da avença. É certo que dito pronunciamento, embora invocando o art. 6º, IV, do CDC, pôs em destaque que a imprevisibilidade deveria radicar-se nos resultados ocasionados pelo fato gerador do desequilíbrio, ainda que previsível este: *Era elementar de se esperar que a estabilidade cambial, um tanto fictícia, aliás, não fosse perdurar para sempre, de modo que não se pode exatamente afirmar que os consumidores foram literalmente surpreendidos com a alta do dólar. Ela sempre existiu, lamentavelmente, a estabilidade é que constituía a exceção. Mas, inegável negar que também não era esperado um salto tão imenso, com uma rápida e crescente desvalorização da moeda nacional frente a outras moedas fortes, a inviabilizar o adimplemento de prestações antes plenamente suportáveis*<sup>13</sup>.

Com esse modo de visualizar o dispositivo legal em exame, resguarda-se a eficácia prática do instituto da onerosidade excessiva, adaptando-o à evolução por que passou a atividade legislativa brasileira no intervalo de elaboração da Lei n. 10.406/2002, como mostram o Código de Defesa do Consumidor e a Lei n. 8.666/93.

É certo que a incorreção do art. 478 do Código Civil poderia ser sanada pela via do processo legislativo, e está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de

---

11 STF, 1ª Turma, RE n. 75.511/PR, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, unânime, RTJ n. 66, p. 561; RE n. 71.443/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, unânime, RTJ n. 68, p.95.

12 STF, 1ª Turma, RE n. 85.714/RS, Rel. Min. Soares Muñoz, unânime, RTJ n. 96, p. 667.

13 STJ, 2ª Seção, mv., DJU de 4/8/2003.

Lei n. 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, no qual consta sugestão de mudança da mencionada regra<sup>14</sup>.

Contudo, duas observações de logo se impõem: demais de constituir missão do intérprete, nos planos doutrinário e jurisprudencial, corrigir os equívocos dos conteúdos legislativos, ofertando-lhes significado que os aproxime da concretização do ideal de justiça e da realidade<sup>15</sup>, somente a resposta interpretativa seria idônea para solucionar os inúmeros litígios surgidos antes de uma eventual mudança da lei.

### **Art. 478**

Autor: Edilson Pereira Nobre Júnior, Juiz Federal e Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

**ENUNCIADO:** Embora o art. 478 do Código Civil faça referência à resolução do contrato, nada impede, antes recomenda, a incidência do princípio da conservação dos atos jurídicos, positivado, entre nós, no art. 51, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que aquele dispositivo possa ser aplicado com vistas à alteração de uma ou algumas cláusulas do negócio jurídico, responsáveis pelo quebrantamento do equilíbrio entre as partes.

## JUSTIFICATIVA

Outra erronia a manifestar-se na redação do art. 478 do Código Civil centra-se na singularidade de que tal dispositivo, como consequência da onerosidade excessiva, aponta apenas e tão-só para a resolução do vínculo.

---

14 A redação proposta é a seguinte: *Art. 478. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato. § 1º A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte; § 2º Se, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.* (NR). Como facilmente se percebe da transcrição, o texto sugerido, além de suscitar mais dúvidas, apresenta-se bem mais frágil que o atual, que, ao menos, permite o desenvolvimento de um maior labor hermenêutico.

15 A assertiva se amolda, com perfeição, ao Código Civil em comento. A propósito, basta novamente evocar a percepção de Reale: *O novo Código, por conseguinte, confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou injustável à especificidade do caso concreto* (REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do projeto do Código Civil. In: *Comentários sobre o projeto de Código Civil brasileiro*. Brasília: Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários. Série Cadernos do CEJ, v. 20, p. 16).

De modo diferente, o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 51, § 2º, promulgado mais de uma década antes, proclama: *A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.*

Do dispositivo acima transcrito, vê-se que a Lei n. 8.078/90, tratando do tema, atentou para a necessidade de conservação dos negócios jurídicos, de modo que a só existência de cláusula abusiva não induz à invalidade do contrato. Somente quando da exclusão da cláusula impugnada não houver condições de persistir o equilíbrio contratual é que o vínculo será resolvido. Do contrário, sana-se o abuso a emanar de uma de suas cláusulas, possibilitando-se, assim, a subsistência da execução do contrato.

Penso, mais uma vez, que o legislador laborou dissociado da tendência experimentada no moderno Direito Obrigacional.

Procedendo-se ao cotejo entre o art. 478 do Código Civil e o art. 51, § 2º, do CDC, constata-se que o primeiro olvidou o princípio da conservação dos negócios jurídicos, em torno do qual, consoante asseverou Alberto Trabucchi, *existe uma tendência legislativa, social e economicamente conveniente a conservar a eficácia dos atos jurídicos*<sup>1</sup>.

Na doutrina brasileira, a incidência do princípio da conservação do negócio jurídico, mesmo ausente previsão legal, teve em Antônio Junqueira de Azevedo ardoroso defensor, que o reputa como baliza fundamental em matéria de inexistência, invalidade e ineficácia. Mediante esse princípio, acentua, tanto o legislador, na criação das normas, quanto o intérprete, na sua aplicação, *devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos – existência, validade e eficácia –, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente. O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia*<sup>2</sup>.

Dessa maneira, os atos e negócios jurídicos, ante a perspectiva de nulidade ou abusividade de suas cláusulas no decorrer da execução do ajuste, não devem expor-se irremediavelmente à sanção da nulidade integral. Cabe ao intérprete, ao invés, enveredar pelo reconhecimento da nulidade parcial, ou pela modificação apenas da estipulação que esteja a afetar o equilíbrio contratual, contanto que, dessa forma, o negócio jurídico possa subsistir de maneira autônoma.

---

1 TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Trad. de Luis Martinez Calcerrada. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967. p. 199.

2 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 64.

O modelo introduzido pelo Código Civil de 2002, por sua vez, não repele a conservação dos negócios jurídicos<sup>3</sup>. Basta observar a previsão de nulidade parcial (art. 184), já consagrada no diploma de 1916 (art. 153), além da elogiável introdução das figuras da confirmação dos negócios anuláveis (art. 172) e da conversão (art. 170), relativa aos nulos. Sem contar que o art. 479 do Código Civil, inserto na seção destinada ao instituto da onerosidade excessiva, permite seja evitada a resolução contratual quando o demandado aceita modificar eqüitativamente as condições com base nas quais foi celebrado o contrato, a fim de que a execução deste subsista.

Há também o art. 317, que, ao dispor sobre o objeto do pagamento, prevê, na hipótese de desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o momento de seu cumprimento – o que muito se assemelha à onerosidade excessiva –, a possibilidade de o juiz corrigir, tanto quanto possível, o valor da prestação, sem que, para tanto, cogite-se da ineficácia integral do contrato.

Assim, nada obsta que tal modificação parcial já derive do pedido a ser deduzido em juízo, sem que haja obrigação de somente pleitear-se a resolução da avença.

O reconhecimento do princípio da conservação do negócio jurídico em caso de onerosidade excessiva é recomendação proveniente da interpretação sistemática do vigente Código Civil<sup>4</sup>.

Em razão disso, impõe-se que o citado art. 51, § 2º, da Lei n. 8.078/90 não deva ser interpretado unicamente no sentido de que sua abrangência haverá de circunscrever-se aos lindes das relações de consumo. Absolutamente. O dispositivo, malgrado inserido em corpo de lei específica, consagra princípio geral de direito, qual seja, o da conservação dos atos e negócios jurídicos. Os próprios comentaristas do CDC, como é o caso de Nelson Nery Júnior<sup>5</sup>, ofertam tal impressão, porquanto, ao discorrerem sobre o preceptivo, fazem-no sob o argumento de que revela o princípio da conservação do contrato, sem, à primeira vista, operar qualquer distinção de tratamento. Por isso, a sua abrangência deverá

---

3 Tamanha é a influência do postulado da conservação dos atos jurídicos que, atualmente, ultrapassa as fronteiras do Direito Privado. Inegável a sua presença no Direito Constitucional, como mostram a interpretação conforme a Constituição e as sentenças aditivas e substitutivas. O Direito Administrativo também recolhe sua contribuição. Daí o estudo dos efeitos decorrentes dos atos perpetrados por funcionários de fato, de origem romana, juntamente com a convalidação dos atos administrativos e a caducidade do direito à invalidação, figuras presentes na recente Lei n. 9.784/99 (arts. 54 e 55).

4 Tem valia aqui o sábio conselho atribuído a Portalis, segundo o qual, num código, seus dispositivos se interpretam uns com os outros.

5 NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro do Consumidor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 535.

espraiar-se em direção a outros vínculos de direito que não os emanados das contratações de consumo.

A esse respeito, categórica a observação de Alcio Manoel de Sousa Figueiredo: *Por essa razão, os princípios inseridos no Código de Defesa do Consumidor, por expressarem valores constitucionais, também podem incidir sobre toda a teoria contratual. Isso significa que alguns princípios inovadores do Código de Defesa do Consumidor (boa-fé objetiva, transparência, confiança, equidade, inversão do ônus da prova, etc.) podem e devem ser aplicados em todas as relações contratuais independente de ser ou não relação de consumo*<sup>6</sup>.

Essa inteligência se impõe, com maior razão, em virtude do princípio da função social do contrato. A importância que os contratos possuem para a economia hodierna, principalmente em países que não atingiram acentuado grau de desenvolvimento, como o Brasil, acarreta para o aplicador da ordem jurídica o dever de perseguir, do modo mais eficiente possível, a subsistência dos contratos como instrumento de geração de riqueza.

Sobreleva notar ainda que, cuidando-se de princípio geral de direito, a conservação, demais de impor-se independentemente de vinculação a texto escrito<sup>7</sup>, tem sua razoabilidade assentada na função interpretativa atribuída a tal fonte de manifestação jurídica.

É inegável a dimensão orientadora dos princípios no trabalho interpretativo, visto aportarem esclarecimento da significação de outras normas, sendo objeto de forte reconhecimento doutrinário. Federico de Castro y Bravo<sup>8</sup> é claro acerca desse aspecto dos princípios: *Os princípios gerais assinalam o método de interpretação das normas, próprio de um ordenamento jurídico, e, ademais, indicam em cada caso concreto a fórmula interpretativa que se deve eleger: admitir a flexibilidade ou rigidez das disposições, estender ou restringir seu*

---

6 FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Revisão do contrato habitacional numa perspectiva civil-consumerista-constitucional. *Repertório de Jurisprudência – IOB*, v. 3, n. 4, p. 136-123, fev. 2004, p. 131-130.

7 Sobremodo feliz a constatação de Luis Prieto Sanchís: *Um princípio implícito é uma norma que não pode ser considerada como o significado de determinada disposição normativa, mas sim que se obtém a partir de uma ou várias disposições que se supõe constituírem casos de aplicação ou especificação de dito princípio. (Un principio implícito es una norma que no puede ser considerada como el significado de determinada disposición normativa, sino que se obtiene a partir de una o varias disposiciones que se supone constituyen casos de aplicación o especificación de dicho principio)*. SANCHÍS, Luis Prieta. *Sobre principios y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (Cuadernos y Debates, n. 40), 1992. p. 141. Tradução livre.

8 BRAVO, Federico de Castro y. *Derecho Civil de España*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1984. p. 428-429. Consultar ainda: ARCE, Joaquín; VALDÉS, Flórez. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990. p. 53-54.

*alcance, definir o significado dos conceitos empregados, dar conteúdo aos modelos de conduta, etc*<sup>9</sup>.

Volvendo ao sistema jurídico da Itália, que constituiu fonte de inspiração para o pensamento de Alberto Trabucchi, evoca-se o disposto no art. 1.367 do Código Civil italiano: *Na dúvida, o contrato, ou cada uma de suas cláusulas, devem ser interpretadas no sentido através do qual possam ter qualquer efeito, ao invés daquele segundo o qual não tenham efeito algum*<sup>10</sup>.

Portanto, mais uma vez caberá ao intérprete compor harmonicamente suposta deficiência do legislador quanto ao benfazejo art. 478 do Código Civil, propugnando-se que tal ocorra sob a inspiração das diretivas apontadas pelos princípios da conservação e da função social do contrato.

#### **Art. 478**

Autor: Luis Renato Ferreira da Silva, Professor de Direito Civil na PUC/RS e no Curso de Pós-Graduação em Direito da UFRGS; Mestre em Direito pela UFRS e Doutor em Direito pela USP

**ENUNCIADO:** A expressão “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”, contida no art. 478 do CC/2002, refere-se não só a fatos imprevisíveis, mas a fatos de efeitos extraordinários e imprevisíveis que atinjam a relação contratual.

#### JUSTIFICATIVA

A discussão que se trava quanto à exigência de extraordinariedade e imprevisibilidade dos fatos que possam justificar a resolução por onerosidade excessiva tem versado sobre a extensão dos dois vocábulos. Muitas vezes, o fato que pode gerar a onerosidade é, em si mesmo, previsível, como, por exemplo, o fenômeno da desvalorização da moeda. Entretanto, as conseqüências que o evento, em si previsível, possa acarretar aos contratantes são imprevisíveis.

Assim, há muito a doutrina e a jurisprudência estrangeiras vêm amenizando os requisitos. Ganha especial relevo a doutrina italiana, em cuja

---

9 *Los principios generales señalan el método de las normas, propio de un ordenamento jurídico, y, además, indican em cada caso concreto la fórmula interpretativa que se debe elegir: admitir la flexibilidad o rigidez de las disposiciones, extender o restringir su alcance, definir el significado de los conceptos empleados, dar contenido a los modelos de conduta, etc.* Tradução livre.

10 *Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno.* Disponível em: <<http://www.studiocelentano.it/codici/cc/disposizioni.htm>>. Acesso em: 11/3/2002. Tradução livre.

codificação há dispositivo semelhante (art. 1467). Pode-se mencionar os ensinamentos de Alberto Buffa: *Pur ammettendo che un certo deprezzamento monetario dovesse ragionevolmente ritenersi conseguenza inevitabile del conflitto che, per una ipotesi, abbiamo supposto prevedibile all'epoca del contratto, resterebbe sempre da esaminare se fossero prevedibili le proporzioni da esso assunte*<sup>1</sup>.

Não é diferente a orientação que a jurisprudência do STJ vem seguindo, como se pode ver da seqüência de acórdãos que julgaram a elevação do dólar nos contratos de *leasing*, nos quais, embora a variação cambial, mais do que previsível, estivesse prevista, o impacto na relação contratual tornou-se imprevisivelmente acarretador de uma onerosidade excessiva (veja-se, por todos, o acórdão no Resp n. 475.594/SP).

Assim, a fim de consolidar a interpretação que se vem dando aos termos em debate, sugere-se a adoção do enunciado proposto.

#### **Art. 478**

Autor: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba

**ENUNCIADO:** Os requisitos exigidos para a aplicabilidade da teoria da imprevisão, estampada no art. 478 do Código Civil de 2002, são os seguintes: a) a existência de um contrato de execução diferida ou continuada; b) a ocorrência de um fato superveniente, extraordinário e imprevisível; c) a causação de onerosidade excessiva para uma das partes, com o conseqüente desequilíbrio da relação de equivalência material das prestações contratuais; d) a correspondente e extrema vantagem para a outra parte; e) a inimputabilidade da alteração do estado das coisas (por meio do fato superveniente) à parte prejudicada pelo desequilíbrio; f) a colocação do dano fora da álea normal do contrato, vedando-se a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos aleatórios; g) a ausência do estado moratório de quem alega a onerosidade.

#### JUSTIFICATIVA

A denominada “teoria da imprevisão” – tida como uma das manifestações do princípio da equivalência material das prestações contratuais,

---

1 BUFFA, Alberti. Di alcuni principi interpretativi in materia di risoluzione per onerosità eccessiva. In: *Rivista del Diritto Commerciale*, 1948/56.

justamente por possibilitar a revisão judicial dos contratos sempre que presentes seus pressupostos de aplicabilidade – leva em conta, como bem afirma Roberto de Ruggiero, o lado econômico da relação contratual e se destina *a atenuar a aspereza férrea da obrigatoriedade coativa do vínculo todas as vezes que as sucessivas modificações do estado de fato tenham tornado tal vínculo excessivamente oneroso para o devedor*<sup>1</sup>.

Primeiramente, para aplicar a teoria da imprevisão, é necessário ter em vista um contrato que perdure no tempo, já que o fato lhe é superveniente, por pressuposição lógica da teoria.

O segundo grande requisito consiste na imprevisibilidade do evento superveniente no momento da formação do contrato. De fato, a alteração das circunstâncias tem de originar-se de um acontecimento superveniente e também imprevisível no instante em que as partes celebraram o pacto.

O terceiro requisito para a aplicabilidade da teoria da imprevisão é a causação de onerosidade excessiva para uma das partes, e o conseqüente desequilíbrio das prestações contratuais constitui o núcleo dos motivos autorizadores da revisão judicial do contrato atingido. Tal pressuposto também caracteriza a teoria da imprevisão – para além de uma das claras hipóteses de revisão judicial – como uma das manifestações mais especiais do princípio social da equivalência material das prestações contratuais, tratando-se, portanto, de condição *sine qua non* para a ocorrência da revisão judicial.

Pode-se apontar como quarto requisito da imprevisibilidade a excessiva vantagem para a outra parte não prejudicada com a onerosidade excessiva. Esse requisito, exigido no art. 478 do Código Civil de 2002, apresenta-se como elemento que dificulta a incidência da teoria da imprevisão. Isso porque nem sempre a ocorrência da onerosidade excessiva para o contratante hipossuficiente advém da vantagem extrema para a parte mais forte da relação contratual.

Embora não haja previsão expressa no art. 478 do CC, não se pode deixar de consignar, a toda evidência, que o acontecimento imprevisível deve necessariamente posicionar-se fora da álea normal do contrato, isto é, fora daquele campo que corresponde ao risco usual e esperado do contrato em questão. Tal é o quinto requisito para a aplicabilidade da teoria da imprevisão.

Como sexto requisito, na disciplina do Código Civil de 2002, há de se observar que evidentemente a teoria da imprevisão não pode ser alegada por aquele que deu origem ao acontecimento que lhe ocasionou o dano excessivo, por clara impossibilidade lógica: é necessário, como visto, que o evento seja imprevisível, e,

---

1 RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1958. v. 3. p. 286.

ocasionando a pessoa o evento, pressupõe-se que ela tenha conhecimento dos fatos que seu ato poderá acarretar.

### **Art. 478**

Autor: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba

**ENUNCIADO:** Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a interpretação do art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos, e não à resolução.

### JUSTIFICATIVA

À vista da doutrina e do Código Civil brasileiro de 2002, entende-se que os requisitos para a aplicabilidade da teoria da imprevisão são os seguintes: a) a existência de um contrato de execução diferida ou continuada; b) a ocorrência de um fato superveniente, extraordinário e imprevisível; c) a causação de onerosidade excessiva para uma das partes, com o conseqüente desequilíbrio da relação de equivalência material das prestações contratuais; d) a correspondente e extrema vantagem para a outra parte; e) a inimputabilidade da alteração do estado das coisas (por meio do fato superveniente) à parte prejudicada pelo desequilíbrio; f) a colocação do dano fora da álea normal do contrato, vedando-se a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos aleatórios; g) a ausência do estado moratório de quem alega a onerosidade.

Preenchidos esses requisitos, a parte prejudicada, isto é, aquela atingida pela onerosidade excessiva, poderá requerer, nos termos do art. 478 do Código Civil de 2002, a resolução do contrato, a qual, todavia, poderá ser evitada, desde que o réu se ofereça para modificar equitativamente as condições da avença, conforme possibilita o art. 479.

Numa análise literal, os arts. 478 e 479 do CC/2002 prevêm a possibilidade de resolução, e não de revisão contratual, ao contrário dos arts. 317 e 480, também referentes à teoria da imprevisão.

De fato, o art. 317 refere-se, em aplicação mais restrita do que o art. 478, à possibilidade de revisão contratual voltada à compatibilização entre o valor inicial da prestação devida e o valor real da prestação no momento de sua execução, sempre que houver entre estes desproporção manifesta. Aqui, os requisitos são apenas a imprevisibilidade do evento e a onerosidade excessiva, sem menção à correspondente vantagem para a parte adversa.

A seu turno, o art. 480 determina que, em se tratando de contrato cujas obrigações couberem somente a uma das partes, poderá a parte obrigada pleitear a redução de sua prestação, ou seja, a alteração do modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Entretanto, a interpretação segundo a qual, a teor do art. 478, a aplicação dos requisitos da teoria da imprevisão possibilitaria apenas a resolução contratual a pedido da parte prejudicada não subsiste a uma análise mais profunda, por diversos motivos.

Em primeiro lugar, porque vigora, no Direito Privado brasileiro, o princípio da conservação do negócio jurídico, e o próprio art. 479 é uma expressão legislativa desse princípio.

Deve-se ter em mente que um acontecimento superveniente e imprevisível que altera a relação de equivalência das prestações não significa necessariamente que a parte prejudicada pela onerosidade excessiva queira desistir do contrato. Ao contrário, é até mais provável, tendo contratado, que pretenda a perpetuação do pacto, porém revisado, em virtude dos acontecimentos posteriores que alteraram a sua equação econômico-financeira.

O não-ofertamento da possibilidade de revisão contratual, mas tão-somente da de resolução, impõe, desse modo, uma apenação suplementar à parte já prejudicada pela onerosidade excessiva. A *contrario sensu*, deixar a opção de requerer a revisão somente à parte não prejudicada, como prevê o art. 479, significa-lhe uma segunda premiação. E mais: como observado, vai de encontro ao princípio da conservação dos contratos.

Em segundo lugar porque, mediante regra de interpretação bem comezinha, aquele que pode fazer o mais, ou seja, pedir a resolução, pode fazer o menos, isto é, pedir a revisão do contrato.

Uma terceira razão é que, ao não se permitir a revisão contratual em face do art. 478, estar-se-á promovendo distinção entre iguais, isto é, entre a parte prejudicada em contratos de prestações recíprocas e a parte prejudicada em contratos de prestações só a ela cabíveis, nos termos do art. 480.

### **Art. 478**

Autor: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal/4ª Região

**ENUNCIADO:** A resolução do contrato por onerosidade excessiva, na forma do art. 478 do Código Civil, somente se justifica quando presente a alteração substancial das condições econômicas no momento da execução do contrato, em confronto com as do instante de sua elaboração, devendo o magistrado, no exame do caso concreto, aplicar

com prudência a referida norma do Código Civil, evitando interferir diretamente nos contratos celebrados pelas partes.

## JUSTIFICATIVA

A teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes, e a elas não imputáveis, refletindo-se sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam a sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes. Trata-se da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, elaborada pelos pós-glosadores, que espousa a idéia de que todos os contratos dependentes de prestações futuras incluíam cláusula tácita de resolução, se as condições vigentes se alterassem profundamente.

Tal idéia se inspirava num princípio de equidade, pois, se o futuro trouxesse um agravamento excessivo da prestação de uma das partes, estabelecendo profunda desproporção com a prestação da outra parte, seria injusto manter-se a convenção, já que haveria o indevido enriquecimento de um e o conseqüente empobrecimento do outro<sup>1</sup>.

Todos os autores referidos admitem, sob os mais variados fundamentos doutrinários, a aplicação da teoria da imprevisão, mas apenas em circunstâncias excepcionais, ou seja, somente a álea econômica extraordinária e extracontratual, desequilibrando totalmente a equação econômica estabelecida pelos contraentes, justifica a revisão do contrato com base na cláusula *rebus sic stantibus*.

Outro não é o entendimento – uniforme – da Suprema Corte, adotado em todas as oportunidades em que se manifestou sobre a tormentosa questão, como reflete o aresto relatado pelo eminente e saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, cuja cultura jurídica é por todos reconhecida, ao votar no RE n. 71.443-RJ: ***Rebus sic stantibus*** Pagamento total prévio. 1. A cláusula *rebus sic stantibus* tem sido admitida

---

1 TORRENTE, Andréa. *Manuale di Diritto Privato*. 6. ed. Giuffrè Editore, 1965. p. 447-450, § 311; MADRAY, Gilbert. *Des contrats d'après la récente codification privée faite aux États-Unis: étude comparée de Droit américain et de Droit français*. Paris: Librairie Générale, 1936. p. 194; RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris: Librairie Générale, 1949. p. 143 e ss.; DURAND, Paul. *Le Droit des Obligations dans les jurisprudences française et belge*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. p. 134 e ss.; VENIAMIN, Virgile. *Essais sur les données économiques dans l'obligation civile*. Paris: Librairie Générale, 1931. p. 373 e ss.; PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Civil*. 10 ed. Paris: Librairie Générale, 1926. t. 2. n. 1.168. p. 414; SIDOU, Othon. *A revisão judicial dos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 95; PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. 25. § 3.060. p. 218-20; \_\_\_\_\_. *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976. v. 7. p. 36-39; v. 10. p. 197-199; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 345-346, n. 242; CAMPOS, Francisco. *Direito Civil: pareceres*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 5-11.

como implícita somente em contratos com pagamentos periódicos sucessivos de ambas as partes ao longo de prazo dilatado, se ocorreu alteração profunda inteiramente imprevisível das circunstâncias existentes ao tempo da celebração do negócio (...)<sup>2</sup>.

A teoria da imprevisão deve ser aplicada com cautela pelo magistrado, de modo a evitar que este interfira diretamente nos contratos celebrados, substituindo a vontade das partes, livremente pactuada, pela sua. A respeito, doutrina Virgile Veniamin, em clássica monografia, *verbis*: *En limitand ainsi l'application de la théorie de l'imprévision au cas où elle apparait comme une exigence, de l'harmonieux développement de l'organisation économique, on restreint par là même considérablement son étendue. En offrant au juge un critérium objectif, fondé sur les données concrètes dégagées grâce à une méthode d'observation directe, à l'aide du matériel préparé par des experts idoines, on évite l'arbitraire auquel la recherche d'une intention malveillante, toujours devinatoire peut fournir l'occasion. En outre, le rapprochement que nous venons de faire dans le présent chapitre, entre la lésion et l'imprévision – toutes les deux ayant le même caractère et répondant aux mêmes nécessités de l'ordre économique – nous indique une limitation technique du pouvoir de juge. Dans les deux cas, ce n'est pas à la révision du contrat qu'on doit aboutir, mais simplement à sa rescision (1). Il n'appartient point au juge d'orienter l'activité humaine en s'immiscant dans la teneur du contrat. Sa mission est terminée, dès qu'en obéissant aux directives économiques, il empêche la ruine de l'individu et lui assure en même temps que sa sauvegarde personnelle, une participation efficace à la collaboration générale*<sup>3</sup>.

Nesse sentido, também, a aplicação da teoria da imprevisão no Direito Administrativo francês, nascida no famoso aresto do Conselho de Estado da França, no caso da Companhia de Gás Bordeaux, no ano de 1916, que nos trouxe lições memoráveis, sobretudo as considerações de M. Chardenet, plenamente atuais, *verbis*: *Le concessionnaire ne peut être tenu de faire face à des sujétions extracontractuelles que si la puissance publique lui donne le moyen d'y faire face, si elle supporte les dépenses au delà des limites que nous venons d'indiquer et qui sont celles résultant d'une saine interprétation du contrat. Et, remarquez-le bien, ce n'est pas là enrichir le concessionnaire, ce n'est pas le mettre à l'abri de tous les risques, c'est seulement le mettre en état de continuer à assurer le service public, dont le fonctionnement se trouve menacé à raison de faits que les parties ne*

---

2 STF, RE n. 71.443/RJ, *Revista Trimestral de Jurisprudência*. n. 68, p. 95. No mesmo sentido: RTJ: 35/597; 44/341; 46/133; 51/187; 55/92; 57/44; 60/774; 61/682; 63/551; 66/561; 96/667; 100/140; 109/153; 110/328 e 117/323.

3 VENIAMIN, Virgile. *Essais sur les données économiques dans l'obligation civile*. Paris: Librairie Générale, 1931. p. 393-394.

*pouvaient en rien prévoir et qui ont porté une grave atteinte à l'économie du contrat. Une fois la période des difficultés passée, on reviendra à l'exécution normale du marché*<sup>4</sup>.

Por conseguinte, a resolução do contrato por onerosidade excessiva, na forma do art. 478 do Código Civil, somente se justifica quando presente a alteração substancial das condições econômicas no momento da execução do contrato, em confronto com as do instante de sua elaboração, devendo o magistrado, no exame do caso concreto, aplicar com prudência a referida norma do Código Civil, evitando interferir diretamente nos contratos celebrados pelas partes.

### **Art. 496**

Autor: José Osório de Azevedo Júnior, Professor de Direito Civil da PUC/São Paulo

**ENUNCIADO:** Em razão de erro material, desconsidera-se a expressão “em ambos os casos” no parágrafo único do art. 496.

### JUSTIFICATIVA

O art. 496 assim dispõe: *É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido. Parágrafo único. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória.*

Na realidade, não existem “ambos os casos”. O caso é um só: a venda de ascendente para descendente; houve equívoco no processo legislativo.

O artigo correspondente do Anteprojeto do Código Civil (art. 490), publicado no DOU de 7/8/1972, não previa qualquer parágrafo. A redação era a seguinte: *Art. 490. Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam. A venda não será, porém, anulável, se o adquirente provar que o preço pago não era inferior ao valor da coisa.*

No Projeto n. 634/75, DOU 13/06/1975, houve alteração: *Art. 494. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes expressamente houverem consentido.*

Em Plenário, foram apresentadas pelo Deputado Henrique Eduardo Alves as Emendas 390, 391 e 392 ao art. 494. A primeira delas, para tornar nula a venda e exigir a anuência do cônjuge do vendedor: *Art. 494. É nula a venda de*

---

4 CHARDENET, M. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, M.Giard E. Brière, 1916. t. 33, p. 221.

*ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do vendedor expressamente houverem consentido. A segunda, para acrescentar um parágrafo considerando nula também a venda de descendente para ascendente: Art. 494, § 1º. É nula a venda de descendente para ascendente, salvo se o outro ascendente do mesmo grau e o cônjuge do vendedor expressamente houverem consentido. A terceira emenda acrescentava mais um parágrafo (2º), com a redação do atual parágrafo único, para dispensar o consentimento do cônjuge quando se tratar do regime da separação obrigatória: Art. 494, § 2º Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória.*

Pelo que se vê do texto do Código, a primeira emenda (390) foi aprovada em parte, só para exigir a anuência do cônjuge; a segunda (391) foi inteiramente rejeitada; a terceira (392) foi acolhida e transformada no atual parágrafo único. Esqueceu-se de que a segunda emenda, que previa uma segunda hipótese de nulidade – a venda de descendente para ascendente –, havia sido rejeitada.

Assim, no contexto das emendas, fazia sentido lógico a presença da expressão “em ambos os casos”, isto é, nos dois casos de nulidade: venda de ascendente para descendente e venda de descendente para ascendente. Agora já não faz sentido porque, como foi dito no início, a hipótese legal é uma só: a venda de ascendente para descendente. Houve erro material, s.m.j., e a expressão “em ambos os casos” deve ser tida como não-escrita, dispensando-se maiores esforços do intérprete para encontrar um significado impossível. A regra de que a lei não contém expressões inúteis não é absoluta.

## **Art. 528**

Autor: José Osório de Azevedo Júnior, Professor de Direito Civil da PUC, São Paulo

**ENUNCIADO:** Na interpretação do art. 528 deve ser levada em conta a expressão “**seu crédito, excluída a concorrência de**”, que foi omitida por manifesto erro material.

## JUSTIFICATIVA

O art. 528 assim dispõe: *Se o vendedor receber o pagamento à vista, ou, posteriormente, mediante financiamento de instituição do mercado de capitais, a esta caberá exercer os direitos e ações decorrentes do contrato, a benefício de qualquer*

*outro. A operação financeira e a respectiva ciência do comprador constarão do registro do contrato.*

O primeiro período do artigo está com a redação truncada e não faz sentido.

O artigo não constava do projeto original e é fruto da emenda parlamentar n. 405, proposta pelo Desembargador paulista Bruno Afonso de André, encampada, para efeitos regimentais, pelo Deputado Tancredo Neves, estando assim redigida: *Se o vendedor receber o preço à vista, ou posteriormente, mediante financiamento de instituição do mercado de capitais, legalmente autorizada, a esta caberá exercer os direitos e ações decorrentes do contrato, a benefício de **seu crédito, excluída a concorrência de qualquer outro.** A operação financeira e a ciência do comprador a respeito constarão do registro do contrato.*

A par de mínimas alterações de redação, houve, no texto aprovado, manifesta omissão da parte em negrito, o que acabou por tornar desconexo o período. Em futura revisão, o Legislativo por certo corrigirá o erro material. Não se trata de erro de publicação do Código. O erro já constava da redação do Projeto Final aprovado pela Câmara e publicado no Diário do Congresso de 17/5/1984.

Cumpre, portanto, na interpretação do referido texto, ter como incluída a parte omitida por manifesto erro material, a saber: **seu crédito, excluída a concorrência de.**

### **Art. 559**

Autor: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** O prazo para revogação da doação por descumprimento do encargo é de dez (10) anos no novo Código Civil, não se aplicando o disposto no seu art. 559.

### JUSTIFICATIVA

O prazo para a propositura da ação de revogação da doação por ingratidão continua fixado em um ano pelo art. 559 do novo CC, que repetiu, com pequenas alterações de redação, a norma do art. 1.184 do CC de 1916.

Discute-se a incidência dessa regra na regulamentação do prazo para revogação da doação por descumprimento do encargo, estabelecendo-se rara e interessante divergência entre doutrina e jurisprudência.

Na doutrina, predomina o entendimento de que o prazo também é de um ano para a revogação da doação por descumprimento do encargo.

Clóvis Beviláqua<sup>1</sup> afirmava que, em face das remissões feitas entre si pelos arts. 178, § 6º, I, e 1.184 do CC/1916, as duas modalidades de revogação da doação estavam abrangidas pela prescrição ânua.

Agostinho Alvim<sup>2</sup>, também analisando a questão sob a ótica do CC/1916, que estabelece o prazo de um ano para a ação revocatória não apenas na regra do art. 1.184, mas do mesmo modo no art. 178, § 6º, I, entendia que tal prazo (um ano) era comum tanto para a revogação por ingratidão como por descumprimento do encargo. A razão era o fato de a remissão feita pelo art. 178, § 6º, I, do CC/1916 referir-se aos arts. 1.181 a 1.187, que igualmente abrangiam a doação com encargo.

Pontes de Miranda da mesma forma sustentava que o prazo para a propositura da ação de revogação por inadimplemento do encargo, ou *modus*, era de um ano: *A doação onerosa poderá ser revogada por inexecução do encargo: o prazo prescricional é o do art. 178, § 6º, I, porém começa a correr desde que houve a infração contratual, se há prazo marcado; se não há, desde que houve a interpelação judicial (...)*<sup>3</sup>.

Câmara Leal<sup>4</sup> não chega a enfrentar especificamente a questão, analisando apenas o prazo decadencial de um ano para a ação de revogação da doação por ingratidão.

Esses argumentos doutrinários, que se prendiam às remissões sistemáticas feitas entre si pelos arts. 178, § 6º, I, e 1.184 do CC/1916, perderam sua força com o advento do CC/2002, que não elencou, entre as hipóteses de prescrição do art. 206, a situação regulada no art. 178, § 6º, I, do Código revogado.

Na jurisprudência do STJ encontram-se os mais sólidos argumentos em prol da tese de que a regra do art. 559 do novo Código Civil não se aplica à revogação por inexecução do encargo.

Na vigência do CC/1916, o STJ manifestou-se, em mais de uma oportunidade, no sentido de que, na hipótese de revogação da doação por descumprimento do encargo, o prazo era prescricional de vinte (20) anos, a exemplo do REsp n. 27.019/SP: *Doação modal. Inexecução do encargo. Prazo Prescricional. O prazo de prescrição para a ação tendente a obter a revogação da*

---

1 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1953. v. 4. p. 152.

2 ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 263.

3 PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1962. t. 6, § 707, n. 1, p. 345.

4 CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Prescrição e decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 362.

*doação por inexecução do encargo é de vinte anos. A prescrição anual refere-se à revogação em virtude de ingratidão do donatário. Recurso especial conhecido e provido*<sup>5</sup>.

O voto do Relator (Min. Eduardo Ribeiro) é primoroso na sustentação da tese de que o art. 1.184 do CC/1916 aplicava-se apenas à revogação por ingratidão, pois *a situação é bastante diversa, tratando-se de revogação por inexecução do encargo, visto que na doação modal, embora subsista sempre a liberalidade, existe também um caráter oneroso.*

Posteriormente, o STJ reafirma esse entendimento<sup>6</sup> em uma ação de revogação proposta por município contra empresa que recebera a doação de um terreno de dez mil metros quadrados para a construção de uma indústria em determinado prazo, e não o fizera. Na mesma linha orientou-se o acórdão proferido no REsp n. 69.682-MS<sup>7</sup>.

Assim, no estabelecimento do prazo para o ingresso da ação de revogação da doação por descumprimento do encargo, ocorre uma interessante e rara divergência entre, de um lado, a doutrina brasileira e, de outro, a jurisprudência do STJ.

Mais consistentes mostram-se os argumentos que alicerçam a posição jurisprudencial do STJ, que devem ser plenamente acatados.

Desse modo, na vigência do novo CC, o prazo prescricional para a ação de revogação da doação por inexecução do encargo passou a ser de dez anos, conforme previsto no art. 206 do CC/2002, aplicando-se o prazo decadencial de um ano apenas à revogação da doação por ingratidão.

## **Art. 572**

Autor: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** A regra do art. 572 do novo CC é aquela que atualmente complementa a norma do art. 4º, 2ª parte, da Lei n. 8245/91 (Lei de Locações), balizando o controle da multa mediante a denúncia antecipada do contrato de locação pelo locatário durante o prazo ajustado.

---

5 STJ, 3ª Turma, REsp. n. 27.019/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. em 10/5/1993, RSTJ n. 48, p. 312.

6 STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo de Teixeira, julg. em 26/6/1996, LEXSTJ n. 89, p. 119.

7 STJ, 4ª Turma, REsp. n. 69.682/MS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJ 12/2/1996.

## JUSTIFICATIVA

A norma do art. 572 do novo Código Civil, sem correspondência no Código Civil de 1916, constitui interessante inovação.

Na realidade, ela teria maior significado se tivesse sido mantida a redação da parte final do parágrafo único do art. 1.193 do CC/1916: (...) *nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando o aluguer pelo tempo que faltar*, pois havia a exigência de pagamento, pelo locatário, da totalidade dos aluguéis faltantes até o término do contrato. Na hipótese, a redução eqüitativa dessa indenização pelo juiz, quando se mostrasse excessiva, seria regra altamente salutar.

Ocorre que a mencionada parte final do parágrafo único do art. 1.193 do CC/1916 foi suprimida do texto do art. 571, sendo estabelecida a obrigação de o locatário efetuar o pagamento proporcional da multa prevista no contrato. Assim, a regra do art. 572 do novo CC teria pouca utilidade prática.

Entretanto, ainda apresentará eficácia para algumas situações, como a hipótese de a multa ajustada no contrato de locação compreender o pagamento dos aluguéis pelo tempo residual de execução da locação.

Além disso, é a norma do novo CC que melhor complementa o disposto no art. 4, 2ª parte, da Lei de Locações (Lei n. 8245/91).

Observe-se que a Lei n. 8245/91, ao regular, na parte final de seu art. 4º, a denúncia imotivada do locatário no curso do prazo de locação, permite a sua redução eqüitativa, na forma prevista no art. 924 do CC/1916, buscando estabelecer uma sanção proporcional ao tempo restante do contrato.

A partir da edição do novo Código Civil, a complementação da regra do art. 4º da Lei n. 8245/91 deverá ser feita não apenas pelo art. 413, que é o correspondente do art. 914 do CC/1916, mas também, e especialmente, pelo art. 572, que regula a mesma situação no caso específico dos contratos locatícios.

Competirá ao locatário requerer ao juiz a redução eqüitativa da multa, conforme a extensão do tempo que faltar para a execução do contrato.

O legislador confia mais uma vez no senso de eqüidade dos juízes no sentido do estabelecimento de um valor justo para a multa contratual, permitindo alcançar a justiça do caso concreto. Isso constitui concreção da diretriz da eticidade, traçada por Miguel Reale, buscando abrir espaço para os valores éticos no ordenamento jurídico<sup>1</sup>.

---

1 REALE, Miguel. *Visão geral do Código Civil*, p. 16.

**Arts. 575 e 582**

Autor: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** A regra do parágrafo único do art. 575 do novo CC, que autoriza ao juiz limitar o aluguel-pena arbitrado pelo locador, aplica-se também ao aluguel estipulado pelo comodante, com base no art. 582, 2ª parte, do novo Código Civil.

**JUSTIFICATIVA**

A regra da 2ª parte do art. 582 do CC/2002, aperfeiçoando a norma do art. 1.252 do CC/1916, confere ao comodante a faculdade de arbitramento de um aluguel a ser pago pelo comodatário constituído em mora, até a restituição da coisa infungível emprestada: *O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.*

O comodante poderá, assim, para compelir o comodatário a restituir a coisa mais rapidamente, arbitrar um aluguel-pena. O montante fixado poderá ser, inclusive, superior ao valor de mercado do aluguel locatício, pois sua finalidade não é transmudar o comodato em locação, mas coagir o comodatário a restituir o mais rapidamente possível a coisa emprestada.

Entretanto, se esse arbitramento ocorrer em valor exagerado, poderá ser objeto de controle judicial. Como o novo CC é omissivo a respeito dessa questão, o juiz poderá aplicar, analogicamente, a regra do parágrafo único do art. 575 do CC em vigor para efetuar esse controle: *Parágrafo único. Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade.*

Desse modo, como ocorre no aluguel-pena fixado pelo locador, detém também o juiz a faculdade de reduzir o aluguel arbitrado pelo comodante, quando o valor se mostrar manifestamente excessivo ou abusivo<sup>1</sup>.

O grande cuidado que deve ter o juiz, no controle judicial do aluguel arbitrado pelo comodante, será atentar para a sua natureza penal.

Assim, o aluguel-pena não deve respeitar ao preço de mercado.

Nesse controle, merece lembrança a doutrina que, interpretando o art. 1.196 do CC/1916 (atual 575), já recomendava: mantida a natureza penal do

---

1 REALE, Miguel. *Visão geral do Código Civil*, p. 16.

aluguel-pena da locação, o novo montante não deveria ultrapassar o dobro do seu valor de mercado<sup>2</sup>.

A lição é plenamente aplicável ao aluguel-pena do comodato, que não deve ultrapassar o dobro do preço de mercado dos locativos correspondentes ao imóvel emprestado.

Portanto, mostra-se possível o controle judicial do aluguel-pena arbitrado pelo comodatário com fundamento no parágrafo único do art. 575 do novo Código Civil.

### **Art. 591 c/c 406**

Autor: Gustavo César de Souza Mourão, Assessor de Ministro no Superior Tribunal de Justiça e Professor de Direito Comercial

**ENUNCIADO:** No que tange aos juros remuneratórios, não se aplicam às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional as limitações impostas pelos arts. 591 e 406 do Código Civil. Em caso de abusividade patente na cobrança de juros, deve ser observada como fator limitante a Taxa Média de Juros de Mercado, calculada pelo Banco Central do Brasil nos termos do procedimento previsto na Circular da Diretoria n. 2.957, de 30 de dezembro de 1999. Esse índice também deverá ser utilizado quando não houver outro percentual expressamente contratado.

### JUSTIFICATIVA

De início, ante a Emenda Constitucional n. 40, que revogou diversos incisos do art. 192 da CF, deve ser revisto o Enunciado 34 do CEJ, **quando figurar no contrato de mútuo instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional.**

Já se entendia que as instituições bancárias obedecem às regras estatuídas na Lei n. 4595/64, não se sujeitando à Lei de Usura e nem ao Código Civil revogado, no que tange à limitação dos juros remuneratórios.

Ainda na vigência do Código anterior encontrava-se já superado o entendimento de que os juros remuneratórios estariam limitados em 12% ao ano (1% ao mês). Dessa forma, tal interpretação também deve ser afastada sob a égide do diploma moderno.

Os juros bancários se compõem mediante regras próprias, variando de acordo com fatores estranhos ao mundo jurídico, tais como: custo de captação do dinheiro, risco de inadimplência, impostos, custos operacionais e lucro da instituição

---

2 SOUZA, Sylvio Capanema de, p. 84.

bancária. Destarte, descabe ao legislador ordinário a limitação simples e fria dos juros, alheia às regras próprias do mercado financeiro.

Todavia, tais regras não representam a impossibilidade de qualquer limitação. No caso concreto, diante da demonstração cabal da abusividade do lucro da instituição financeira, os juros devem se pautar pela Taxa Média de Juros de Mercado, calculada pelo Banco Central do Brasil de acordo com a Circular n. 2957, de 30/12/1999 (REsp n. 271.214/RS). Tal índice também deve ser utilizado quando não houver expressa pactuação de outro.

Ademais, de acordo com recente entendimento pacificado na Segunda Seção do STJ, é possível a capitalização mensal dos juros nos contratos celebrados com as instituições financeiras após 31/3/2000, por força do art. 5º da Medida Provisória n. 2.170-36, perenizada (como se lei fosse) em virtude do art. 2º da Emenda Constitucional n. 32. (REsp. 629.487/RS, 602.068/RS e 603.043/RS).

#### **Art. 618**

Autor: Guilherme Couto de Castro, Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** O prazo referido no art. 618, parágrafo único, do CC refere-se unicamente ao termo de garantia, sem prejuízo de poder o dono da obra, com base no mau cumprimento do contrato de empreitada, demandar perdas e danos.

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

#### **Art. 655**

Autor: Renato Luís Benucci, Juiz Federal da Seção Judiciária de São Paulo

**ENUNCIADO:** O substabelecimento por instrumento particular de mandato outorgado por instrumento público, previsto no art. 655 do novo CC, deve ser interpretado de modo restritivo, apenas sendo permitido quando a outorga por instrumento público do mandato for facultativa, e não quando integrar a substância do ato.

#### JUSTIFICATIVA

De acordo com o art. 657 do novo Código Civil, *A outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para um ato a ser praticado. Não se admite mandato verbal quando o ato deva ser praticado por escrito.*

Ora, uma interpretação sistemática do art. 655 do Código Civil/2002 indica que, quando o ato a ser praticado exigir o instrumento público como parte de sua substância, não poderá o substabelecimento se dar por instrumento particular, sob pena de importante e inadmissível quebra de sistema.

É evidente que o acessório (substabelecimento) não pode possibilitar efeitos jurídicos vedados ao principal (mandato).

**Arts. 660 e 661, *caput* e §§ 1º e 2º**

Autor: Carlos Roberto Alves dos Santos, Juiz Federal da Seção Judiciária de Goiás

**ENUNCIADO:** Para a realização de negócio jurídico benéfico e de renúncia por meio de mandato, a procuração deve conter sua identificação subjetiva e objetiva, bem como os necessários poderes especiais.

JUSTIFICATIVA

A questão diz respeito à qualificação do mandato em relação ao objeto (especial a um ou mais negócios jurídicos ou geral a todos os do mandante) e à extensão dos poderes outorgados (mandato em termos gerais ou com poderes especiais) para a realização de negócio jurídico benéfico e de renúncia.

Não existe problema em relação à extensão dos poderes. A controvérsia reside na necessidade da identificação subjetiva e objetiva do negócio jurídico na procuração. Para que seja garantida a segurança jurídica e reduzida a litigiosidade no meio social, no instrumento de mandato outorgado para realização de negócio jurídico benéfico e de renúncia, é imprescindível constar, além dos poderes especiais, sua individualização objetiva e subjetiva.

**Arts. 664 e 681**

Autor: Gustavo Tepedino, Professor Titular de Direito Civil da UERJ, e Milena Donato Oliva, Bolsista de Iniciação Científica da mesma Instituição

**ENUNCIADO:** Da interpretação conjunta dos arts. 664 e 681, extrai-se que o mandatário tem o direito de reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, tudo o que a ele for devido em virtude do mandato, incluindo sua remuneração, reembolso de despesas e eventuais perdas e danos.

## JUSTIFICATIVA

Deve ser ressaltado o caráter não-econômico da atividade do mandatário, sendo certo, ao revés, a relevância do contrato de mandato para as relações patrimoniais privadas. O art. 664 deve ser interpretado em conjunto com o art. 681, segundo o qual é assegurado ao mandatário o direito de retenção sobre os bens do mandante que estejam sob sua posse, até o reembolso *do que, no desempenho do encargo, despendeu*.

O dispositivo, correspondente ao art. 1.315 do CC/1916, era interpretado no sentido de limitar o direito de retenção ao reembolso de despesas, excluindo-se dessa garantia o valor da remuneração contratual, ou das perdas e danos por prejuízos sobrevindos no desempenho do mandato.

O art. 664 ampliou consideravelmente o alcance do direito de retenção, o que poderia tornar ocioso, à primeira vista, o art. 681, em virtude de sua menor abrangência.

Contudo, a inovação legislativa procurou alterar o entendimento até então consolidado. Para tanto, o legislador mostra-se deliberadamente redundante, no intuito de fazer abranger, no direito de retenção, todas as verbas devidas ao mandatário, incluindo sua remuneração, reembolso de despesas e eventuais perdas e danos.

Justifica-se a alteração por constituir forma de valorização do trabalho e corporificar o crescente prestígio da responsabilidade civil.

### **Art. 757, parágrafo único**

Autor: Adalberto de Souza Pasqualotto, Professor Adjunto na PUC/Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada, que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas, não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão.

## JUSTIFICATIVA

Há duas concepções de seguro, conforme suas origens. O seguro do tipo alpino surgiu nos Alpes suíços e é fundado no princípio da solidariedade. Os segurados compartilham entre si os riscos comuns, organizando-se em sociedades mútuas e

prevenindo-se contra os infortúnios. Estipulam geralmente pecúlios para o caso de morte, sendo freqüentes também os seguros de saúde e de acidentes.

O segundo tipo é o seguro capitalista, denominado “anglo-saxão”. É originário da cobertura dos riscos da navegação de longo curso e animado pelo objetivo de lucro do segurador.

O Código Civil de 1916 acolheu as duas modalidades, dedicando uma seção ao seguro mútuo. Os segurados em tudo suportavam o prejuízo advindo a cada um, exercendo eles mesmos a função de segurador (art. 1.466). Em lugar do prêmio, contribuía para o enfrentamento das despesas administrativas e dos prejuízos verificados com quotas proporcionais aos benefícios individuais (arts. 1.467 e 1.469).

Pontes de Miranda acentuou não haver diferença conceitual entre seguro mutualista e capitalista, variando, todavia, a natureza da relação jurídica. No primeiro, há negócio jurídico plurilateral envolvendo os segurados entre si, que se organizavam geralmente em forma de sociedade, nos moldes do Código Civil de 1916. No seguro capitalista, o contrato é bilateral, entre segurado e segurador<sup>1</sup>. As sociedades de seguros, independentemente da modalidade que praticavam – seguro capitalista ou mutualista –, não podiam ser constituídas sem prévia autorização, conforme o art. 20, § 1º, do Código Civil de 1916.

O Decreto-Lei n. 2.063, de 7 de março de 1940, mudou essa situação. De um lado, dispôs que as operações de seguros privados só poderiam ser realizadas por sociedades anônimas, cooperativas e sociedades mútuas, mas, de outra parte, excluiu de sua incidência as associações de classe, de beneficência e de socorros mútuos, instituidoras de pensões e pecúlios em favor de seus associados e respectivas famílias. Assim, criou um seguro mútuo societário e outro associativo, de certo modo distinguindo os conceitos de sociedade e associação, o que veio a ser feito decisivamente no Código de 2002.

Posteriormente, o Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966, reservou as operações de seguros às sociedades anônimas e às cooperativas, alijando as antigas sociedades mútuas, que seriam o embrião das entidades de previdência privada, reguladas pela Lei n. 6.435, em 1977. Quanto às associações de classe, de beneficência, de socorros mútuos e montepios então em funcionamento, foram mantidas fora do regime legal também no Decreto-Lei n. 73, tal como dispusera o Decreto-Lei n. 2.063, ficando facultado ao Conselho Nacional de Seguros Privados mandar fiscalizá-las quando julgasse conveniente.

Com a edição da Lei n. 6.435, de 15 de julho de 1977, a mutualidade passou a ser regida por normas de previdência privada, com exceção dos planos de pecúlio de

---

1 PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 46. p. 103-110.

pequeno valor (até 300 ORTNs, na época), vigorantes no âmbito limitado de uma empresa, fundação ou outra entidade de natureza autônoma, e administrados exclusivamente sob a forma de rateio entre os participantes.

A Lei n. 6.435/1977 foi revogada pela Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001, que passou a regular com exclusividade a previdência privada fechada e aberta, nada dispondo relativamente às entidades ressalvadas na lei anterior.

O regime de previdência privada tem caráter complementar e autônomo em relação ao regime geral de previdência social.

As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e são acessíveis a quaisquer pessoas físicas. As sociedades seguradoras autorizadas a operar exclusivamente no ramo “vida” podem operar planos de benefícios previdenciários. Às entidades abertas é aplicável, no que couber, também a legislação própria das sociedades seguradoras.

As entidades fechadas só podem ser organizadas sob a forma de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos e são acessíveis exclusivamente aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, entes denominados “patrocinadores”; e aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas “instituidores”.

As entidades fechadas constituídas por instituidores devem terceirizar a gestão dos recursos que irão garantir as reservas técnicas e provisões mediante a contratação de instituição especializada e autorizada para tanto, cujo patrimônio deverá ser mantido segregado e totalmente isolado dos patrimônios do instituidor e da entidade fechada.

Como se percebe, nos planos previdenciários das entidades fechadas constituídas por instituidores intervêm: o instituidor, que será uma pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial; a entidade previdenciária, criada sob a forma de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos (conhecida como fundo de pensão); e o gestor. Operacionalmente, as relações jurídicas se estabelecem entre a entidade fechada e o gestor, sendo beneficiários os membros ou associados do instituidor. O gestor presta serviços à entidade previdenciária, pondo-se esta e os beneficiários como consumidores frente àquele. O mesmo esquema de relações prevalece nas entidades patrocinadas, que são constituídas por empregadores privados ou públicos em favor dos seus empregados e servidores com serviços de gestão terceirizados.

Nos modelos previstos na legislação previdenciária não há lugar para o mutualismo puro. O Código Civil de 2002 também o ignorou como espécie de seguro, não reproduzindo qualquer dispositivo análogo ao art. 1.466 do CC/1916.

Como bem observou Ronaldo Porto Macedo Júnior<sup>2</sup>, registrou-se um importante movimento do sistema de sociedade de amigos e organizações de auxílio mútuo para a moderna empresa de seguro e para a previdência social. Nada disso, porém, significa o expurgo do mutualismo. A autonomia privada e a liberdade contratual, inclusive levando-se em consideração a função social do contrato, garantem a sua permanência, desde que praticado em círculo restrito e mantido como princípio genuíno. Os mutualistas deverão auto-organizar-se exclusivamente sob a forma associativa, uma vez que a societária é utilizável somente pelo seguro capitalista e pela previdência social. Legalmente, ainda prevalece a ressalva do Decreto-Lei n. 2.063, de 1940, que não foi expressamente revogado pelo Decreto-Lei n. 73, de 1966, permanecendo parcialmente em vigor: as associações de classe, de beneficência e de socorro mútuos podem instituir pensões e pecúlios em favor de seus associados e respectivas famílias, de valor limitado, atendendo-se à restrição sobrevinda com a Lei n. 6.435, de 1977.

O contrato de ajuda mútua será plurilateral e auto-organizativo, repartindo custos e benefícios exclusivamente entre os participantes, mediante rateio. Sua diferenciação do seguro capitalista e da previdência privada é a autogestão, tal como permitido pela Lei n. 9.656/1998 para os planos de saúde.

### **Art. 790, parágrafo único**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** O companheiro deve ser considerado implicitamente incluído no rol das pessoas tratadas no art. 790, parágrafo único, por possuir interesse legítimo no seguro da pessoa do outro companheiro.

### JUSTIFICATIVA

De maneira mais adequada do que se verificava na vigência do Código Civil de 1916, o novo Código Civil explicita que o objeto do contrato de seguro é a garantia do interesse legítimo e próprio do segurado relativo à pessoa ou à coisa contra riscos predeterminados, não havendo óbice a que se contrate seguro relativamente a outra pessoa, desde que o proponente declare o interesse na

---

2 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionados e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 314.

preservação do bem jurídico do segurado, conforme se verifica na regra do art. 790 do Código em vigor.

O parágrafo único do art. 790 do novo Código presume o interesse legítimo quando o segurado for cônjuge, ascendente ou descendente do proponente. Houve injustificável omissão, por parte do legislador, da pessoa do companheiro, levando em conta a ordem jurídico-constitucional instaurada com a CF de 1988 que, no *caput* do art. 226, prevê a especial proteção às famílias por parte do Estado. Destarte, como no âmbito das relações exteriores à família houve equiparação entre casamento e união estável, é fundamental observar o critério sistemático e teleológico na interpretação da norma e, assim, considerar a inclusão do companheiro no contexto do parágrafo único do art. 790 do novo Código Civil.

### **Art. 798**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** A regra constante do art. 798 do Código Civil apenas afasta a possibilidade de excluir a responsabilidade contratual do segurador depois do prazo de dois anos do início do contrato, não impedindo seja coberto o suicídio não-premeditado dentro de tal prazo, conforme orientação contida na Súmula 61 do Superior Tribunal de Justiça.

### JUSTIFICATIVA

A regra do art. 798 do Código Civil em vigor obrigatoriamente se associa ao princípio da boa-fé objetiva nas relações de seguro. O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o disposto no art. 1.440 do Código Civil de 1916, distinguiu duas espécies de suicídio: o premeditado e o não-premeditado. Daí a formulação do enunciado n. 61 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: *O seguro de vida cobre o suicídio não-premeditado.*

O art. 798 do novo Código apenas afasta a possibilidade de exclusão da responsabilidade civil contratual do segurador após o decurso do prazo de dois anos, previsto no bojo do dispositivo, não alterando a orientação jurisprudencial e doutrinária que já se havia formado no sistema jurídico anterior. De notar, inclusive, que o parágrafo único do comentado art. 798 considera nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado, somente admitindo-a para a hipótese tratada no *caput* do próprio dispositivo.

### Art. 798

Autor: Guilherme Couto de Castro, Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** No contrato de seguro de vida presume-se voluntário o suicídio cometido nos dois primeiros anos de vigência da cobertura, ressalvado ao beneficiário o ônus de demonstrar a ocorrência do chamado "suicídio involuntário".

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

### Art. 884

Autor: Cláudio Michelon Jr., Professor

**ENUNCIADO:** A existência de contrato válido e eficaz constitui justa causa para o enriquecimento.

#### JUSTIFICATIVA

A doutrina e a jurisprudência, tanto no Brasil como na experiência comparada, inclinam-se a considerar que a existência de contrato válido e eficaz é justificativa suficiente para o enriquecimento de uma das partes<sup>1</sup>. Não há, porém, unanimidade quanto a isso. Pietro Barcelona<sup>2</sup> defendeu, na década de sessenta, que o instituto do enriquecimento sem causa fosse utilizado como argumento válido para concluir pela nulidade de certos contratos em que houvesse manifesto desequilíbrio.

---

1 Exemplificativamente, ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Revista Forense*. v. 173, fasc. 651-652, p. 61, set./out. de 1957; NEGREIROS, Teresa P. de A. Trigo. Enriquecimento sem causa: aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, v. 55, n. 3, p. 809, dez. de 1995; NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*, ano 15, v. 56, p. 69, abr./jun. de 1991; SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 5. p. 75-76; GALLO, Paolo. *Arricchimento senza causa e quasi contratti: i rimedi restitutori*. Torino: UTET, 1996. p. 39; DIEZ-PICAZO; PONCE DE LEON, Luis. La doctrina del enriquecimiento injustificado. In: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madrid: Civitas, 1988. p. 64-65.

2 BARCELONA, Pietro. Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano 19, n. 1, mar. 1965, p. 11-79, *passim*.

Para o mencionado autor, tem o juiz a tarefa especial de analisar, do ponto de vista de uma concepção objetiva de justiça, se a atribuição patrimonial que resulta do contrato é justa.

A amplitude que Pietro Barcelona propõe ao instituto é inaceitável. Isso porque: (a) torna-o substituto de vários outros já consagrados no Direito Civil brasileiro. Se a interpretação proposta por Barcelona prevalecesse, não haveria qualquer necessidade de prever um direito à revisão contratual fundado no art. 317, um direito à resolução fundado nos arts. 478-480, ou mesmo um direito à anulação por lesão (art. 157); (b) mais ainda, o enriquecimento sem causa seria um instrumento para burlar a regulamentação por meio desses institutos. Pense-se na forma de regulamentação da revisão prevista no art. 317 do CC. Esse artigo estabelece como parte do suporte fático a imprevisibilidade do desequilíbrio contratual. Na ausência da imprevisibilidade, incide o princípio do nominalismo, consagrado no art. 315. Em se aplicando o instituto do enriquecimento sem causa para desfazer o desequilíbrio contratual, estar-se-á, de fato, instituindo um meio de burlar o princípio do nominalismo, já que o suporte fático do enriquecimento sem causa não exige qualquer forma de imprevisibilidade para o reconhecimento do direito de restituição ao *status quo ante*.

O enriquecimento sem causa não deve ser visto como a panacéia para todas as dificuldades do Direito Privado. Nem deve ser considerado uma delegação geral de competência ao Judiciário a fim de que determine quais atribuições patrimoniais são justas e quais não são. Tal interpretação esvazia o conteúdo normativo do instituto.

### **Art. 927 e ss.**

Autor: Valéria Medeiros de Albuquerque, Juíza Federal da 9ª. Vara do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** A responsabilidade civil por dano moral causado à pessoa jurídica, desde que devidamente comprovado, implica a obrigatoriedade da indenização.

### JUSTIFICATIVA

A ótica da responsabilidade civil relativa ao dano moral, no tocante às pessoas jurídicas, especificamente a partir das alterações introduzidas no novo Código Civil.

### **Art. 927, parágrafo único**

Autor: Régis Bigolin, Advogado, Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** A responsabilidade civil por violação dos deveres de conduta rege-se pelo disposto na 2ª parte do parágrafo único do art. 927.

#### JUSTIFICATIVA

É assente na doutrina que o princípio da boa-fé objetiva dá ensejo ao surgimento, paralelamente aos deveres principais e aos deveres secundários, de deveres anexos ou, como preferem uns, deveres fiduciários.

Os deveres anexos são catalisadores da relação obrigacional, podendo ser exemplificados como deveres de lealdade, cooperação e honestidade.

Reside o problema no fato de que, na maioria das vezes, quem seria beneficiado com a observância dos deveres anexos e restou lesado não dispõe dos meios hábeis a fazer a prova de que foi, por exemplo, corretamente informado, ou teve a colaboração necessária ao correto atendimento do sinalagma obrigacional, impondo-se, portanto, a redistribuição dos riscos, com a inversão do ônus probatório.

Assim, quem tinha o dever de informar terá de provar que efetivamente se desincumbiu do ônus que lhe cumpria, o mesmo ocorrendo com as outras modalidades de deveres anexos.

### **Art. 927, parágrafo único**

Autor: Adalberto de Souza Pasqualotto, Professor Adjunto na PUC/Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** No art. 927, parágrafo único, do CC, o fator de imputação da obrigação de indenizar é a atividade de risco, e não o risco da atividade.

#### JUSTIFICATIVA

O art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002 introduziu de modo sistemático, no Direito nacional, a chamada “responsabilidade civil objetiva”. Obrigação semelhante já existia em leis especiais, que foram mantidas, conforme referência expressa. A novidade é a instituição de uma cláusula geral de responsabilidade civil sem culpa. Haverá obrigação de indenizar sempre que a atividade normalmente

desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco aos direitos de outrem.

Risco é toda exposição de terceiro à possibilidade de dano. Mas não basta esse conceito genérico; a correta interpretação da norma exige a delimitação do seu alcance.

Uma primeira hipótese abarcaria todas as atividades que, de qualquer modo, compreendessem perigo, ainda que meramente potencial. Nesse espectro se incluiriam desde atividades rotineiras do cotidiano, como dirigir veículos automotores no trânsito urbano e rodoviário, até o exercício de algumas profissões, como a medicina. Esse modo de entendimento, ao nosso ver, peca pela imprecisão e, eventualmente, esbarra em normas já existentes, que disciplinam de modo particular algumas atividades. É o caso da medicina, cuja responsabilidade pelo seu exercício inclui-se no art. 951 do Código Civil (responsabilidade culposa).

Outra hipótese, mais restrita, demanda a verificação do núcleo do preceito, que apresenta dois elementos, um objetivo – atividade que, por sua natureza, é criadora de risco; e outro, subjetivo – atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano.

Portanto, sujeita-se à obrigação de indenizar, independentemente de culpa, aquele que expõe terceiros à possibilidade de dano, em razão da natureza da atividade que normalmente desenvolve. **Os dois elementos aludidos compreendem a natureza da atividade (objetivo) e o seu exercício (subjetivo).**

### A Natureza da Atividade

São realidades distintas uma atividade de risco e o risco de uma atividade<sup>1</sup>. Na norma legal, o risco é atributo da atividade, e não o contrário. Vale dizer, o risco deve estar presente permanentemente na atividade, não apenas acidentalmente. Assim, restam afastadas do conceito aquelas atividades em que o risco, embora eventualmente presente, não é **necessário**. O risco deve ser inseparável do exercício da atividade. Essa constatação nos remete ao conceito de natureza das coisas, um dos fundamentos da segunda teoria do Direito natural.

Depois de servir de estandarte ao individualismo a partir de sua primeira formulação, entre os séculos XVII e XVIII, a escola do Direito natural, superada

---

1 Discrimine feito por Sílvio Luís Ferreira da Rocha, falando sobre o tema em São Paulo, por ocasião das Jornadas Brasilcon sobre o Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil, em 13/8/2002.

pelo historicismo e pelo realismo no século XIX, ressurgiu no começo do século XX, privilegiando a ordem social em nome da noção de bem comum. O direito justo deve corresponder a um ideal social. É abandonada a idéia de um direito natural imutável. O Direito deve ter um conteúdo progressivo, sempre fundado na natureza das coisas e na razão. Assim, o Direito natural incorpora-se ao próprio Direito positivo, e sua elaboração racional levará a um Direito científico, de validade universal<sup>2</sup>.

É princípio do Direito natural a obrigação de reparar o dano injusto. No sistema subjetivo e individualista de responsabilidade civil, só é injusto o dano causado com culpa. No entanto, a complexidade das relações de produção, advindas da revolução industrial, trouxe grande dificuldade à produção da prova da culpa, o que freqüentemente resultava em deixar a vítima sem reparação. A substituição da culpa pelo risco como fator de imputação atualizou o princípio da reparação ao estágio de massificação das relações sociais e econômicas. Tornou-se preferível imputar a responsabilidade a alguém de modo objetivo como forma de garantia à vítima, evitando-se a injustiça do dano irreparado. O imputado é sempre um agente econômico, derivando daí o conceito de socialização do risco, uma vez que todos os beneficiários da produção resultam onerados com a adrede internalização dos presumíveis custos da reparação no preço da coisa potencialmente causadora do dano, muitas vezes sob a forma de seguro de responsabilidade civil.

No Direito brasileiro, percebe-se a formação progressiva do conceito de risco. Em 1912, o Decreto n. 2.681 presumiu a culpa das estradas de ferro pelos danos causados aos passageiros, às bagagens e às cargas. A técnica da presunção de culpa ou da inversão do ônus da prova foi adotada pela jurisprudência como forma de adaptação da responsabilidade culposa às novas exigências sociais. Serve como exemplo a Súmula 341 do STF, que tornou presumida a culpa do patrão pelos danos causados a terceiros pelo empregado, contrariamente ao que dispunha o art. 1.543 do Código Civil de 1916. Em 1934, o Decreto n. 24.687 tornou objetiva a responsabilidade do patrão nos acidentes de trabalho. Nos acidentes aéreos, a responsabilidade é objetiva desde 1938. Em 1977, a Lei n. 6.453 tornou responsáveis, independentemente de culpa, os operadores de instalações nucleares pelos danos resultantes de acidente nuclear. O mesmo princípio foi adotado em 1981, com relação aos danos ambientais (Lei n. 6.938), e em 1990, no Código de Defesa do Consumidor.

Diante dessa resenha e da manutenção da vigência das leis especiais, conclui-se que a cláusula geral de responsabilidade civil sem culpa em verdade não

---

2 ROUBIER, Paul. *Théorie générale du Droit*. Paris: Librairie du Rucueil Sirey, 1951.

inova, apenas incorpora de modo sistemático ao Código Civil um conceito de risco formado historicamente no Direito brasileiro. Não um risco integral, mas relativizado pela presença de excludentes apropriadas a cada espécie de responsabilidade tipificada. Em outras palavras: cada lei tem causas expressas de quebra do fator de imputação, as chamadas “excludentes da responsabilidade civil”, limitando o alcance da norma sancionadora.

Assim interpretada, a regra do art. 927, parágrafo único, realiza a co-implicação entre natureza e cultura, que ressalta do conceito de Direito natural como versão normativa de valores fundantes da espécie humana, e, no caso particular, da experiência jurídica brasileira<sup>3</sup>. O Direito como fenômeno da cultura possibilita a compreensão do ordenamento jurídico como efeito da experiência concreta, assegurando a evolução como resultado da continuidade, e não da ruptura<sup>4</sup>.

Em conclusão, a cláusula geral de responsabilidade civil do art. 927, parágrafo único, deve ser interpretada de acordo com a evolução histórica da nossa responsabilidade civil, na esteira da lição de Miguel Reale, para quem o Direito brasileiro caracteriza-se por evoluir pela continuidade, e não pela ruptura.

### **Art. 931**

Autor: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** A regra do art. 931 do novo CC não revogou as normas acerca da responsabilidade pelo fato do produto previstas no art. 12 do CDC, que continuam mais favoráveis ao consumidor lesado.

### JUSTIFICATIVA

A regra do art. 931, ao consagrar a responsabilidade pelo fato do produto no seio do novo Código Civil, tem suscitado perplexidade na doutrina. O motivo principal reside na falta de exigência expressa da ocorrência de defeito do produto para a responsabilização do empresário que o colocou no mercado.

---

3 REALE, Miguel. Do Direito segundo a natureza ao Direito pela natureza. In: *Nova fase do Direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 53-57.

4 \_\_\_\_\_. Direito e cultura. In: *Horizontes do Direito e da História*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 263-265.

Dispensado o defeito do produto como pressuposto da responsabilidade pelo fato do produto, estaria derogado o art. 12 do CDC, que faz expressa menção ao defeito do produto (*danos causados por produtos defeituosos*).

Na realidade, a norma do art. 931 não pode ser interpretada na sua literalidade, sob pena de inviabilização de diversos setores da atividade empresarial (v.g., fabricantes de facas). A mais razoável é uma interpretação teleológica, conforme preconiza Sérgio Cavalieri Filho<sup>1</sup>, conjugando a norma do art. 931 do novo CC com a do § 1º do art. 12 do CDC sobre o defeito do produto: *o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera (...)*.

Com essa interpretação do art. 931 do novo CC, necessária para evitar exageros, verifica-se que o sistema de responsabilidade pelo fato do produto (acidentes de consumo) constante do CDC continua mais favorável ao consumidor lesado.

Em primeiro lugar, o CDC acolhe o princípio da reparação integral do dano sofrido pelo consumidor, art. 6º, VI, sem qualquer restrição. Isso impede a aplicação do art. 944, parágrafo único, do novo CC, que permite a redução da indenização na medida da culpabilidade.

Segundo, o prazo de prescrição do CDC continua sendo de cinco anos (art. 27), enquanto o do CC foi reduzido para apenas três anos nas ações de reparação de danos (art. 206, § 3º, V).

Em terceiro lugar, o sistema de responsabilidade por acidentes de consumo do CDC (arts. 12 a 17), que inclui o fato do produto e o fato do serviço, apresenta-se mais completo na proteção do consumidor do que aquele constante do Código Civil, de que são exemplos a limitação das hipóteses de exoneração da responsabilidade civil (§ 3º do art. 12) e a ampliação do conceito de consumidor para abranger todas as vítimas de acidentes de consumo (art. 17).

Portanto, essas breves considerações denotam que o regime de responsabilidade pelo fato do produto do CDC continua mais vantajoso ao consumidor do que o do novo CC.

### **Art. 932, III**

Autora: Maria Isabel Pezzi Klein, Juíza Federal, Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** Sendo o empregador instituição hospitalar, pública ou privada, incide a responsabilidade objetiva pelos atos praticados por médicos integrantes

---

1 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.187.

de seu corpo clínico, sejam eles contratados, residentes, credenciados ou plantonistas.

## JUSTIFICATIVA

A questão de fundo relaciona-se à proteção constitucional da saúde, nos termos dos arts. 196 e 197 da CF/1988. De fato, a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, portanto são de relevância pública as respectivas ações e serviços, executáveis, diretamente, pelo Poder Público e, também, por pessoa física e por pessoa jurídica de direito privado. Na última hipótese, o Estado mantém, do mesmo modo, poder direto de regulamentação, fiscalização e controle. Essa é a vontade do legislador constituinte. Sendo assim, a interpretação integrada do texto constitucional nos remete à dicção do § 6º do art. 37, segundo o qual as pessoas jurídicas – de direito público e as de direito privado –, quando prestadoras de serviços públicos, devem responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Tal exigência, a meu ver, fica maximizada, afinal, trata-se da saúde da população, bem, por si mesmo, essencial. Vale lembrar que o próprio art. 933 do novo Código Civil estabelece a responsabilidade, com ou sem culpa, dos empregadores pelos atos de seus empregados. Além da responsabilidade contratual, inerente ao **termo de internação**, os hospitais, mesmo que não auferam benefícios diretos (o que não ocorre, pois exploram os serviços de hotelaria e fornecimento de medicamentos), devem responder como garantidores, isso sem falar no risco inerente à própria atividade. Não parece de difícil solução jurídica a questão da reparação civil pela instituição hospitalar, independentemente de culpa, no caso de o médico atuar mediante vínculo empregatício. A polêmica surge quando o profissional escolhido pelo paciente não integra o corpo clínico da instituição. Ou quando se trata de um médico credenciado, escolhido ou não. Ou, ainda, de um médico-residente. Os arts. 949 e 950 do novo CC prevêm os casos de indenização por lesão ou outra ofensa à saúde, e o art. 951 estende a indenização aos danos causados, por culpa, no exercício de atividade profissional. Certamente, por culpa, o médico responde (art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor). E quando não houver culpa?

### **Art. 935**

Autor: Artur César De Souza, Juiz Federal

**ENUNCIADO:** Os efeitos reflexos da sentença penal previstos no art. 935 do Código Civil brasileiro não se aplicam ao **responsável complexo** indicado nos incs. I a IV do art. 932 do mesmo diploma.

### JUSTIFICATIVA

A responsabilidade dos pais pelos filhos e do empregador ou comitente, por seus empregados, segundo previa o art. 1.523 do Código Civil de 1916, estava inserida na responsabilidade subjetiva (dependente de culpa), embora essa culpa fosse presumida, nos termos da Súmula 341 do STF: *É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.*

A sentença penal condenatória do filho ou do empregado/preposto gera efeitos no âmbito civil com relação às questões da autoria e da materialidade, as quais não podem ser mais discutidas pelos pais ou pelo empregador.

Contudo, na vigência do Código de 1916, os pais ou o empregador poderiam provar, durante a tramitação da *actio civile ex delicto*, que não agiram com culpa em vigilância dos filhos ou na eleição do empregado/preposto.

Sob a égide do novo Código Civil, a responsabilidade complexa (pais e empregado) passou a ser de caráter objetivo (sem culpa), nos termos do art. 933.

Em face dessa drástica mudança legislativa, ou seja, da impossibilidade de comprovarem, os pais ou o empregador, que não agiram com culpa e, ainda, de rediscutirem a questão da autoria ou da materialidade do delito praticado pelo filho ou pelo empregado/preposto, já definida na esfera penal, praticamente eliminou-se qualquer viabilidade de defesa ou contraditório em favor dos responsáveis complexos.

Os pais ou o empregador são responsabilizados sem que possam exercer, efetivamente, qualquer defesa; discutir autoria e materialidade, impossível; muito menos a questão da culpa (pois a responsabilidade passou a ser objetiva).

Portanto, nova interpretação há de prevalecer em relação ao art. 935, uma vez que os responsáveis complexos, além de não mais poderem alegar ausência de culpa, igualmente não podem rediscutir a questão da autoria e da materialidade do delito.

Não há dúvida de que, a permanecer o entendimento anterior (quando era possível pelo menos discutir se havia ou não culpa), haverá possibilidade de argüir ofensa aos princípios do *devido processo legal*, do *contraditório* e da *ampla defesa* (CF/88, art. 5º, incs. LIV e LV). Se os pais ou o empregador não podem discutir a

inexistência de culpa (*in vigilando* ou *in eligendo*), nem a autoria ou a materialidade do delito, o que poderão então argüir em sua defesa? A limitação legal da matéria não pode ir a tal ponto que se torne inteiramente impossível qualquer possibilidade de defesa.

Assim, tendo em vista a configuração atual da responsabilidade objetiva dos responsáveis complexos, deve-se interpretar o art. 935 do Código Civil conforme a Constituição, nos seguintes termos: Os pais e o empregador (que não fizeram parte do processo penal) poderão discutir a questão da autoria ou materialidade em eventual ação de responsabilidade civil contra eles direcionada, pois os efeitos reflexos da sentença penal somente atingirão aqueles que estiveram inseridos na relação jurídico-processual penal, ou seja, os réus, e somente os réus.

#### **Art. 944, parágrafo único**

Autor: Paulo R. Roque A. Khouri, Advogado e Professor, Distrito Federal

**ENUNCIADO:** O parágrafo único do art. 944 só deve ser aplicado quando se tratar de danos morais, caso em que a gravidade da conduta constitui um dos critérios para a fixação da indenização. Se a hipótese é de danos materiais, incabível a redução da indenização, porque tal significaria atribuir à vítima parte do prejuízo para o qual não concorreu.

#### JUSTIFICATIVA

Reduzir a indenização por danos materiais sob o fundamento da ausência de gravidade da conduta, ou seja, de tratar-se de culpa leve ou média, acaba por penalizar a vítima, propiciando seu empobrecimento injustificado. Outrossim, restariam neutralizadas as funções reparadora e punitiva da responsabilidade civil. A indenização por danos materiais deve ser sempre medida pela extensão do dano, e não pela gravidade da conduta. Já com relação ao dano moral, por conta da própria natureza do dano extrapatrimonial, que é insuscetível de avaliação objetiva, a gravidade da conduta emerge como critério natural para a fixação da indenização, operando em sintonia com a função punitiva da responsabilidade civil.

Discute-se se a responsabilidade civil teria função meramente reparadora ou se ela exerce uma função punitiva.

Antunes Varela<sup>1</sup>, sem deixar de atribuir à responsabilidade civil uma função essencialmente reparadora, admite para o instituto também uma função secundária, que seria justamente a punitiva, que estaria presente na perda de patrimônio imposta ao lesante, em favor do lesado. Ao perder patrimônio para reparar o dano injustamente causado ao lesado, evidente que aquele se empobrece, empobrecimento que, parece-me, constitui claramente uma sanção, uma pena mesmo.

Pessoa Jorge<sup>2</sup>, na mesma linha de argumentação acima, também reconhece na responsabilidade civil função precipuamente reparadora e, secundariamente, punitiva. Entretanto, na hipótese de ato ilícito, que também constitua crime, sustenta sobressair a função punitiva. Conforme o Código Civil português, o julgador, nesse caso, está autorizado a impor uma indenização de acordo com a gravidade da conduta do lesante. O Código Civil brasileiro também permite a consideração em torno da conduta do lesante para fixar a indenização, mas não restringe tal possibilidade ao fato de o ilícito ser também ilícito penal.

Tenho que, quando se trata de danos materiais, a responsabilidade civil desempenha dupla função: reparadora e punitiva, independentemente de o ilícito civil configurar também um ilícito penal. Essas duas funções não se excluem, nem uma tem primazia sobre a outra; elas estão presentes em todas as condenações decorrentes do instituto da responsabilidade civil. Por vezes, uma está mais flagrante que a outra, ora menos flagrante, mas o certo é que estão sempre presentes.

Ao atribuir à responsabilidade civil uma função essencialmente reparadora, a doutrina, invariavelmente, tem como ponto de partida a perspectiva do lesado. Evidente que, para o lesado, se o dano é material, o que interessa é ser reintegrado patrimonialmente à situação anterior. Se assim não fosse, estaria se empobrecendo indevidamente. Não é justo que ele suporte o prejuízo resultante de um dano a que não deu causa; pelo contrário, foi provocado injustamente por outrem, e é este que tem o dever de reparar o dano injusto que causou.

Entretanto, a questão da responsabilidade civil tem de ser avaliada também sob a perspectiva do lesante. É dessa perspectiva, de alguém que terá de desfazer-se de seu patrimônio (na forma de um pagamento em dinheiro) para entregá-lo a outrem, que sobressai a função punitiva da responsabilidade civil. Normalmente a reparação do dano não se traduz em simples restituição do que indevidamente foi subtraído do

---

1 VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 534.

2 PESSOA, Jorge Fernando Sândis. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995. p.49.

lesado, mais os frutos, como é o caso de responsabilidade civil por roubo ou furto, em que a condenação (de restituir o equivalente) em nada empobrece o lesante, exatamente porque causou ao lesado um dano injusto; fosse o dano justo, seu patrimônio manter-se-ia intocável. Imagine-se se o mesmo dano fosse causado por um terremoto: quem, em regra, deve suportá-lo? O próprio lesado. A solução só difere quando o dano é causado injustamente. Nesse caso, alguém tem de responder pelo prejuízo, e a punição recairá, em regra, sobre o autor do ilícito.

Portanto, é dessa perspectiva (do lesante) que o instituto da responsabilidade civil vai desestimular condutas violadoras de direitos, prevenindo novos ilícitos.

A função punitiva avulta ainda mais quando se está diante da responsabilidade civil por danos não-patrimoniais ou morais<sup>3</sup>. Na hipótese, já que não há como reintegrar o lesado ao *status quo* anterior ao momento da lesão, sequer pode-se falar em reparação do dano. A doutrina refere-se a “compensação do dano”. O valor que o lesado recebe por não poder ver reparado o dano, que é, em si, insuscetível de reparação, serve tão-somente para compensá-lo da violação de um direito de personalidade.

Aqui, do ponto de vista do lesado, a função reparadora deixa de existir, cedendo à função compensatória. Quanto ao lesante, ele será obrigado a sacrificar parte do seu patrimônio para compensar a vítima. Essa perda de patrimônio, resultado de seu esforço, não tem qualquer contrapartida. É realmente uma punição, tal qual na reparação do dano material, por ter, injustamente, causado um dano a outrem.

A função punitiva, como sustentado anteriormente, atende menos ao interesse individual do lesado, e mais à sociedade como um todo. Não resta dúvida de que a função punitiva age em sintonia com a prevenção de condutas, para desestimulá-las na sociedade. Não previne o dano em relação ao lesado em si, que já sofreu o que não deveria ter sofrido, mas possui poder preventivo de fato com relação

---

3 A existência de danos patrimoniais e não-patrimoniais não se avalia a partir da natureza dos bens envolvidos. Pode ocorrer que, de um bem essencialmente patrimonial, como a celebração de um contrato, decorra um dano não-patrimonial ou moral, se, *v.g.*, for atacada a honra do contratante, colocado, injustamente, como um mau pagador no mercado. O contrário também é possível: do ataque a um bem não-patrimonial pode suceder um dano patrimonial. Conforme chama a atenção Pascual Martinez Espin (*El Daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual*. Madrid, Thecnos, p. 44), em matéria de responsabilidade civil, discute-se não a natureza do bem envolvido, mas a natureza do bem afetado, se patrimonial ou não-patrimonial. Se todo dano patrimonial, em princípio, é suscetível de indenização, nem todo dano não-patrimonial será suscetível de receber a mesma resposta, conforme se verá mais adiante. (...) *El daño podrá ser consecuencia de la lesión de un bien no patrimonial, pero cuando tenga consecuencias patrimoniales será un daño patrimonial*. (*Op. cit.*, p. 44).

às outras pessoas, que têm a justa expectativa da proteção do Estado contra a ocorrência de danos injustos.

Parece que o Direito brasileiro, a exemplo de outras legislações, como a francesa e a portuguesa<sup>4</sup>, acertou em deixar ao magistrado o poder de arbitrar o valor dos danos morais. Entretanto, o mero arbitramento, sem ater-se aos critérios acima, pode provocar desajustes, como uma indenização extremamente pesada, que não possa, sequer, ser paga pelo ofensor, ou extremamente leve, que acabe premiando-o.

Entretanto, não se pode olvidar que também a adoção isolada de cada um dos critérios para fixação do dano moral, sem entrelaçá-los, pode levar à fixação de indenizações injustas tanto para o ofensor quanto para o ofendido. O arbitramento que levasse em consideração tão-somente a forte capacidade econômica do ofensor, sem considerar a gravidade da conduta e a repercussão da ofensa, poderia resultar em um valor irreal, punindo de forma excessiva o ofensor e, por conseguinte, dando um verdadeiro prêmio ao ofendido/lesado.

Da mesma forma, não se concebe a fixação de uma verba indenizatória que apenas avalie a gravidade da conduta em si, desconsiderando por inteiro a capacidade econômica do ofensor e a repercussão no meio social; poder-se-ia chegar a um valor tão irrisório, mesmo simbólico, que acabaria por premiar o ofensor.

Tem-se que o *quantum* indenizatório deve resultar da adoção cautelosa de todos os quatro critérios para que, ao fim, a condenação represente uma punição tal ao ofensor que este sinta-se desestimulado a cometer novas lesões e, ao mesmo tempo, uma compensação à vítima por injustamente ter sofrido a violação de um direito. Como sustenta Cáo Mário da Silva Pereira, a reparação do dano moral tem natureza compensatória para a vítima e *caráter punitivo imposto ao agente*<sup>5</sup>. Anote-se que esse desestímulo, na forma de punição pecuniária, termina por se estender ao meio social, inibindo condutas semelhantes.

Autores como Humberto Theodoro Júnior e Espínola Filho<sup>6</sup> sustentam não ser função do Direito Civil punir alguém, função própria do Direito Penal. Ocorre que o próprio instituto da responsabilidade civil e, portanto, da indenização, foi concebido desde os primórdios, da lei de talião até agora, com o escopo de punir. O que mudou foi a forma de efetivar essa punição. Num primeiro momento, o foco era a própria pessoa do ofensor, com os maus tratos evoluindo para uma punição pecuniária,

---

4 Art. 495 do Código Civil português: *Na fixação da indenização deve atender-se aos danos não-patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.*

5 PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 90.

6 ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. O dano moral em face da responsabilidade civil. In: BRASIL, Avio. *O dano moral no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1944. p. 27.

independentemente do dano, apenas de acordo com a gravidade da conduta. Modernamente, a punição continua a ser pecuniária, mas passa a exigir a prova do dano, seja ele material ou moral. Na indenização por dano material, não é difícil enxergar que o ofensor também está sendo punido quando é obrigado a indenizar a vítima. Veja-se o simples caso de uma colisão de automóveis. Fosse o acidente provocado por fato alheio a qualquer dos condutores, cada qual assumiria os seus prejuízos e se sentiria “penalizado” pelas fatalidades da vida. No entanto, se um dos condutores deu causa ao acidente, ele deverá suportar o prejuízo com o dano a seu veículo e ainda indenizar todos os prejuízos que o outro sofreu. Em outras palavras, o Estado-Juiz vai tirar patrimônio do ofensor para transferi-lo à vítima, e essa transferência patrimonial acaba revelando-se uma punição, exatamente porque, com ela, o ofensor torna-se mais pobre do que era antes de ofender a esfera jurídica alheia. Objetivamente falando, ele se empobrece para impedir o empobrecimento da vítima. É o que também vai ocorrer na indenização por dano moral. O problema quanto à perseguição da idéia punitiva nesse tipo de dano decorre do fato de que o bem lesado não tem valor pecuniário, está fora de comércio<sup>7</sup>.

### **Arts. 949 e 950**

Autor: Clayton Reis, Magistrado

**ENUNCIADO:** Os danos oriundos das situações previstas nos arts. 949 e 950 do Código Civil de 2002 devem ser analisados em conjunto, para os efeitos de atribuir indenização por perdas e danos, cumulada com dano moral e dano estético, desde que devidamente comprovados e decorrentes de fatos diversos, devendo o julgador atentar para o princípio da ampla reparação dos danos, sem descuidar dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

### JUSTIFICATIVA

O Código Civil de 2002, nos arts. 949 e 950, não adotou as idéias principiológicas contidas nos §§ 1º e 2º do art. 1.538 do Código Civil de 1916. O legislador invocou razões para eliminar o apontado artigo. Dentre elas, não mais se justifica a concessão de um “dote” à mulher que sofreu dano estético, em face

---

7 CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 39. O autor fala do caráter sancionatório na reparação do dano moral: (...) *tem-se que o fundamento ontológico da reparação dos danos morais não difere substancialmente, quando muito em grau, do fundamento jurídico do ressarcimento dos danos patrimoniais, permanecendo ínsito em ambos os caracteres sancionatório e aflitivo, estilizados pelo Direito moderno.*

do princípio constitucional da igualdade entre o homem e a mulher. O conceito genérico aludido no art. 949 eliminou a desigualdade.

A lesão deformante, ou o aleijão, é certamente um dos maiores traumas vivenciados pelas vítimas de acidente – especialmente automobilísticos. O lesado é obrigado a suportar, no curso restante de sua existência, um enorme padecimento resultante de dificuldades motoras que lhe subtraem inúmeras possibilidades de realização nos campos social, profissional e pessoal, em face da conseqüente diminuição de sua capacidade de atuar. Ao lado dessa restrição física dolorosa há, ainda, a agressão estética, conseqüência da depreciação vivenciada pela vítima, em razão da deformidade física e do abalo da esteticidade do seu corpo.

*No Código em vigor, assinala Rui Stoco<sup>1</sup>, essa previsão foi abandonada. Nele não mais se encontra comando determinando a reparação do aleijão ou deformidade, ou seja, da lesão estética.* Todavia, se o legislador tornou o dispositivo mais abrangente, abandonando o excesso de linguagem, *a nova redação do dispositivo deixa a marca explícita do cabimento do dano estético, independentemente do dano moral*, destacam Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho<sup>2</sup>.

Ao consignar (...) “ou outra ofensa à saúde” (...), certamente o legislador quis referir-se a casos de deformidade permanente, mutilação, perda de membro capaz de reduzir a atividade da pessoa em sua vida de relações – um verdadeiro *prejudice d’agrément*<sup>3</sup>, segundo a concepção adotada na França.

Conforme proclama Carlos Alberto Gonçalves, *o novo Código Civil não contém regras semelhantes (art. 1.538, §§ 1º e 2º, do CCB/1916), tratando genericamente da lesão corporal em um único artigo. O art. 949, retrotranscrito, aplica-se à lesão corporal de natureza leve e à de natureza grave, com previsão de indenização das despesas do tratamento e dos lucros cessantes, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido*<sup>4</sup>.

Todavia, o dispositivo em apreço não afastou o aleijão; **a contrario sensu**, admitiu-o na regra do art. 950, que deve, por conseqüência, ser interpretada de forma conjunta com a do art. 949. Nesse caso, será admissível a cumulação do

---

1 STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2004. p. 1.212.

2 DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13. p. 420.

3 De acordo com Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho (*op. cit.*, p. 422), *pode-se cogitar ao abrigo da parte final do dispositivo, tal e qual na França “Prejudice d’agrément”, ou seja, da privação de todas as satisfações que o lesado podia normalmente esperar da vida antes do acidente.*

4 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 687.

dano moral com o dano estético quando distintas as causas, como já se encontra atualmente consagrado no Superior Tribunal de Justiça<sup>5</sup>.

É inequívoca a multiplicidade de efeitos gerados em caso de lesão ou outra ofensa à saúde (...), *além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido (art. 949) ou, ainda, se da ofensa resultar defeito (...)* que acarrete depreciação (art. 950). A inclusão de verbas a título de dano moral, dano estético e dano patrimonial, em decorrência dos diversos efeitos, poderá levar ao *bis in idem*, o que certamente não atende aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Ademais, o que se busca na interpretação dos dispositivos é a reparação integral. Subtrair do lesado o direito à justa indenização, por outro lado, não contempla o princípio da **restitutio in integrum**<sup>6</sup>.

Nessa linha de raciocínio, Carlos Roberto Gonçalves pondera: *a jurisprudência não desconhece o conteúdo moral (ou também moral) do dano estético, no que busca fórmulas viáveis para a sua reparação, conforme lembra Yussef Said Cahali (Dano, op. cit., p. 72-3), encontrando, porém, dificuldade prática na fixação do provimento indenizatório, diante da unicidade do dano, como causa, e da duplicidade de suas repercussões, moral, patrimonial, como efeitos*<sup>7</sup>. Assim, a possibilidade de indenização em cada caso concreto deverá ser verificada tendo em vista a prova da ofensa sofrida pelo lesado (art. 949) e a prova da depreciação sofrida pela vítima (art. 950).

### **Art. 957**

Autor: Adalberto de Souza Pasqualotto, Professor Adjunto na PUC/Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada, que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas, não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão.

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

---

5 STJ, REsp n. 94.569/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 1/3/199; REsp n. 247.266/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 23/10/2000, e REsp n. 248.865/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 12/2/2001.

6 Segundo a opinião abalizada de Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavaleiri Filho (*op. cit.*, p. 422), *o que se deve considerar na interpretação do dispositivo é a busca da reparação integral, isto é, tudo aquilo que em decorrência da lesão a vítima tenha deixado de desfrutar.*

7 GONÇALVES, *op. cit.*, p. 688.

## 5.3 Direito de Empresa

---

**Art. 894**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** O endossatário do *warrant* deverá promover o leilão da mercadoria gravada em depósito e, se for o caso, interpor previamente o protesto por falta de pagamento, por força das disposições contidas no art. 23 do Decreto n. 1.102/1903, afastada a aplicação do art. 894 no que contrariar aquele dispositivo.

## JUSTIFICATIVA

A dispensa de qualquer formalidade para receber a mercadoria, além da simples apresentação do título devidamente quitado (art. 894 do Código Civil), não se aplica ao portador do *warrant* que o recebeu mediante endosso traslativo. O Decreto n. 1.102/1903 exige que o credor promova a venda da mercadoria warrantada e, do produto líquido apurado, seja feito o pagamento. Sem essa providência, não pode o depositário receber o *warrant* e dar quitação. Eventualmente, na existência de co-obrigados no título, e para conservar seu direito em face do endossador do conhecimento após o primeiro endosso do *warrant*, é necessário, também, o protesto por falta de pagamento do título (art. 23, § 7º).

**Art. 897, parágrafo único**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** A vedação do aval parcial prevista no art. 897, parágrafo único, do Código Civil não se aplica aos títulos cambiariformes nem àqueles cuja lei especial dispõe em contrário.

## JUSTIFICATIVA

A vedação do aval parcial só deverá ser aplicada em caráter supletivo aos títulos de crédito nominados diante da ausência de norma em sentido contrário na lei especial ou de referência às normas do Direito cambial, consoante a disposição do art. 903 do Código Civil e o Enunciado 52 do CJF. Nesse sentido, estão em vigor os artigos da Lei Uniforme de Genebra (Decreto n. 57.663/66) e das Leis do Cheque (Decreto n.

57.595/66 e Lei n. 7.357/85), que permitem a garantia parcial do pagamento do título prestada pelo avalista. Deve ser autorizado o aval parcial nos títulos cambiariformes, em face da expressa determinação da aplicação subsidiária da legislação cambial (v.g. Decreto-Lei n. 167/67, art. 60; Decreto-Lei n. 413/69, art. 52).

### **Arts. 898 e 900**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** Aplicam-se aos títulos de crédito regulados por lei especial as disposições dos arts. 898, § 2º, e 900, que tratam, respectivamente, do cancelamento do aval e do aval póstumo.

#### JUSTIFICATIVA

Diante da omissão das leis especiais sobre a possibilidade de aval póstumo (salvo a Lei de Duplicatas – art. 12, parágrafo único, Lei n. 5.474/68), justifica-se o enunciado em razão da possibilidade de garantia do pagamento de um título de crédito mesmo após o seu vencimento, ainda que sua lei de regência não autorize tal ato expressamente, incidindo, na hipótese, a regra do art. 903 do Código Civil. No que tange ao aval cancelado, *mutatis mutandis*, as mesmas considerações podem ser feitas, com relevo para a manutenção da responsabilidade do avalista perante o avalizado, os obrigados posteriores e o portador.

### **Art. 914**

Autor: Manoel de Oliveira Erhardt, Juiz Federal

**ENUNCIADO:** A exigência de cláusula expressa para responsabilizar o endossante pelo cumprimento da prestação constante do título não se aplica aos títulos já existentes em relação aos quais haja disposição legal em contrário.

#### JUSTIFICATIVA

Sabe-se que o Código Civil trouxe normas gerais sobre os títulos de crédito. O art. 914 tratou da responsabilidade do endossante pelo crédito endossado e inverteu a regra adotada para a maioria dos títulos existentes no Brasil ao estabelecer que,

*ressalvada cláusula expressa em contrário, constante do endosso, não responde o endossante pelo cumprimento da prestação constante do título.*

Em relação à letra de câmbio e à nota promissória, os arts. 15 e 47 do Decreto n. 57.663/96 prevêm a responsabilidade do endossante pelo pagamento, salvo cláusula expressa em contrário. O art. 21 da Lei n. 7.357/85 consagra idêntica responsabilidade ao endossante do cheque. Quanto à duplicata, o art. 13, §4º, e o art. 18, II, da Lei n. 5.474/68 permitem a mesma conclusão.

O art. 903 do Código Civil determinou que as disposições sobre títulos de crédito constantes do referido Código não sejam adotadas quando houver regra diversa em lei especial, o que afasta a aplicação do art. 914 à letra de câmbio, à nota promissória, à duplicata e ao cheque.

### **Art. 966**

Autores: Sérgio Mourão Corrêa Lima, Professor de Direito Comercial da UFMG; Leonardo Netto Parentoni, Mestrando em Direito Comercial na UFMG; Rafael Couto Guimarães, Professor de Direito Comercial da PUC/MG; Daniel Rodrigues Martins, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos

**ENUNCIADO:** Apenas o exercício das atividades exclusivamente intelectuais está excluído do conceito de empresa.

## JUSTIFICATIVA

### Exegese Quadripartite do art. 966 do Código Civil de 2002

A precisa interpretação do art. 966 e seu parágrafo único requer análise em quatro partes: (a) a regra, constante do *caput*, que define atividade empresarial; (b) a exceção, constante da primeira parte do parágrafo único, que estabelece as atividades não-empresariais; (c) os limites da exceção, constantes da parte final do parágrafo único, que se referem a atividades empresariais por conterem elemento de empresa; e (d) o tratamento legal diferenciado, atribuído por outros dispositivos legais.

1ª parte: A análise do *caput* revela que, em regra, as atividades industriais, comerciais e de prestação de serviços são empresariais.

2ª parte: São exceções aquelas decorrentes de *profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística*, previstas no parágrafo único.

3ª parte: O trecho final do parágrafo único considera empresariais atividades que, embora decorrentes de profissão intelectual, contenham elemento de empresa.

Portanto, apenas o exercício das atividades **exclusivamente** intelectuais está excluído do conceito de empresa.

4ª parte: Por disposição legal específica, algumas atividades, ainda que insertas nas hipóteses do *caput* ou do parágrafo único, devem sujeitar-se a regime jurídico especial. São exemplos: (a) cooperativas<sup>1</sup>; (b) atividades rurais<sup>2</sup>; (c) sociedades anônimas<sup>3</sup>.

Exemplo: uma sociedade que presta serviços publicitários, consistentes na consultoria e elaboração de estratégias de *marketing*, estudos de mercado, criação de logotipos e *slogans*, não é empresária, porque esses serviços são de natureza **exclusivamente** intelectual. Por outro lado, caso a mesma sociedade, além de prestar os serviços mencionados, comercialize cartazes, *folders*, materiais publicitários e espaço em *outdoors*, será empresária, por associar elementos de empresa a seus serviços de natureza intelectual.

O *caput* do art. 966 define o empresário (agente) a partir do conceito de empresa (atividade): *Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*

Para uma adequada interpretação do dispositivo, é preciso definir os seguintes termos: (a) “atividade”: é um conjunto coordenado de atos voltados à obtenção de um resultado comum; (b) “econômica”: é a atividade cujo fim precípua é a distribuição de lucro<sup>4</sup>; (c) “organizada”: é a atividade habitual que conjuga fatores de produção; (d) “produção e circulação de bens ou serviços”: é a atividade que abrange a indústria, o comércio e a prestação de serviços.

Uma leitura atenta do *caput* revela que o Código Civil de 2002 ampliou o rol das atividades consideradas comerciais, para nele incluir, além da produção e da circulação de bens, a prestação de serviços<sup>5</sup>.

O parágrafo único, por sua vez, exclui determinadas atividades do conceito de empresa. Contudo, sua parte final enseja interpretações diversas: *Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica,*

---

1 Os arts. 4º e 18, § 6º, da Lei n. 5.764/71 consideram não-empresariais as atividades praticadas pelas cooperativas.

2 O art. 971 do Código Civil de 2002 faculta àqueles que exercem atividade rural a submissão ao regime do Direito Empresarial.

3 O art. 1.089 do Código Civil de 2002, c/c art. 2º, §1º, da Lei n. 6.404/76, estabelece que as sociedades anônimas, independentemente das atividades que exercem, serão regidas pelo Direito Empresarial.

4 No caso do empresário individual, o lucro se destina a acrescer o próprio patrimônio. Nas sociedades empresárias, o fim da atividade é a distribuição de lucros aos sócios.

5 Note-se que o dispositivo legal não distingue entre bens móveis e imóveis. Portanto, é razoável o entendimento de que a compra e venda de imóveis passou a ser considerada atividade empresarial.

*literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.* (Grifo nosso)

### Críticas às Atuais Proposições Doutrinárias sobre o art. 966 do Código Civil de 2002

Há o entendimento de que a definição de empresa depende da dimensão da atividade desenvolvida. Assim, uma pequena clínica médica não exerceria empresa, ao passo que um empreendimento da mesma natureza, de grande porte, seria empresarial<sup>6</sup>. Como classificar as atividades de médio porte? No caso de ampliação das atividades, como definir o exato momento em que estas se tornam empresárias, devendo registrar-se perante a Junta Comercial? Constatase, portanto, que esse entendimento não confere segurança jurídica por não estabelecer critério objetivo para a interpretação do dispositivo legal.

Outra concepção sugere que o caráter empresarial se prende à impessoalidade. Seria considerada empresa a atividade que não depende de participação direta do empresário individual ou de sócios da sociedade empresária. Por outro lado, o envolvimento direto destes desconfiguraria a natureza empresarial da atividade<sup>7</sup>. Mas qual o fundamento legal que permite descaracterizar a natureza empresarial da atividade simplesmente pela participação de sócios? Fosse essa a intenção do legislador, por que não teria ele mencionado a impessoalidade como elemento de empresa, no *caput* do art. 966? Esse entendimento também não confere segurança jurídica, uma vez que propõe interpretação em dissintonia com o texto legal.

#### **Art. 966**

Autores: Rodolfo Pinheiro de Moraes, Professor de Direito e Titular do Registro Civil de Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro; Alexandre Ferreira de Assunção Alves e Maurício de Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** É possível a existência de firma individual simples, registrada nos Registros de Pessoas Jurídicas (art. 966, *caput*).

---

6 Nesse sentido, consulte-se exemplo constante de: COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16-17.

7 NÉRI, José Nadi. Pessoas jurídicas. *Jornal da Faculdade de Direito da UFMG (O Sino do Samuel)*. Belo Horizonte, v. 9, n. 67, p. 2, jul. 2003.

## JUSTIFICATIVA

O Código de 2002 previu a figura do empresário individual, mas deixou de editar normas sobre o profissional estabelecido que, como pessoa natural, exerce atividade econômica de criação ou oferta de bens ou serviços sem se estruturar qualificadamente em empresa. Manteve, assim, a omissão verificada no direito anterior, o que, no passado, levou a Corregedoria de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a admitir, por analogia, a existência da firma individual de natureza civil, inscrita no registro civil de pessoas jurídicas<sup>1</sup>. José Edwaldo Tavares Borba, em parecer datado de 7/7/2003, claramente sustenta: *Houve, com efeito, uma omissão do legislador, a ser suprida pelo intérprete, através dos processos de integração da norma jurídica (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Cabe aplicar, no caso, a analogia, com base no paralelismo que identifica a sociedade empresária com o empresário individual e a sociedade simples com o profissional autônomo estabelecido (firma individual não-empresária), de modo que, com o registro da firma individual simples, de natureza não-empresária, possa-se obter sua inscrição no registro civil de pessoas jurídicas. Aliás, basta consultar o site da Receita Federal para constatar que foi mediante esse procedimento que o órgão fazendário concedeu inscrição no CNPJ às firmas individuais não-empresárias. A Receita as denomina “firma individual simples”.*

**Art. 966, parágrafo único**

Autor: Marlon Tomazette, Procurador do Distrito Federal e Professor

**ENUNCIADO:** Os profissionais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida.

## JUSTIFICATIVA

A empresa é uma atividade e, como tal, deve ter um sujeito que a exerça, o titular da atividade, ou seja, o empresário. Este é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços (conceito do Código Civil de 2002, art. 966 – no mesmo sentido do art. 2.082 do Código Civil italiano).

Não basta o exercício de uma atividade econômica para a qualificação de alguém como empresário; é essencial também que este seja o responsável pela

---

1 Rio de Janeiro. Poder Judiciário. D.O., Seção I, 16/8/1999, p. 18.

organização dos fatores de produção para o bom exercício da atividade. E essa organização deve ser de fundamental importância, assumindo prevalência sobre a atividade pessoal do indivíduo<sup>1</sup>.

A organização pode ser de trabalho alheio, de bens e de um e outro juntos. Normalmente, a organização não significa a presença de habilidades técnicas ligadas à atividade fim, mas sim uma qualidade de iniciativa, de decisão, capacidade de escolha de homens e bens, de intuição, entre outros dados<sup>2</sup>.

Essa organização pode limitar-se à escolha de pessoas que, por uma determinada remuneração, coordenam, organizam e dirigem a atividade<sup>3</sup>, isto é, a organização a cargo do empresário pode significar simplesmente a seleção de pessoas para efetivamente organizarem os fatores de produção. Ainda assim, temos uma organização essencial na atividade, para diferenciar o empresário dos trabalhadores autônomos e das sociedades simples.

Mesmo no caso do pequeno empresário, a organização assume um papel prevalente, na medida em que há consideração objetiva dos frutos da atividade, e não das qualificações pessoais do indivíduo<sup>4</sup>. Ainda que a figura pessoal desempenhe um papel importante, no caso do empresário a organização é que assume papel primordial.

A título exemplificativo, quando se contrata um advogado, via de regra não se considera objetivamente o resultado de sua atuação, mas suas qualidades pessoais, que poderão permitir um bom resultado ao cliente. Nesse caso, não se pode dizer que o advogado seja um empresário, na medida em que a organização assume um papel secundário em relação à atividade pessoal do profissional.

Similar é a situação do médico que não exerce suas atividades em uma grande estrutura. O desempenho pessoal do médico será então o fator preponderante para a atividade, e não a sua organização. Se a atividade pessoal prevalece sobre a organização, não há falar em empresário.

Assim sendo, os profissionais liberais, em geral, não serão enquadrados no conceito de empresário, salvo se exercerem atividade em que sua atuação pessoal perca espaço para a organização dos fatores de produção, vale dizer, quando a organização for mais importante do que sua atividade pessoal.

### **Art. 966, parágrafo único**

Autor: Márcio Souza Guimarães, Promotor de Justiça e Professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV)

---

1 ASCARELLI, Tullio. *Corso di Diritto Commerciale*, p. 181.

2 FRANSCESCHELLI, Remo. *Corso di Diritto Commerciale*, p. 30.

3 *Idem*, p. 31.

4 ASCARELLI, *op.cit.*, p. 180.

**ENUNCIADO:** A expressão “elemento de empresa”, inserta no parágrafo único do art. 966 do Código Civil de 2002, demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos pilares da estrutura empresarial.

#### JUSTIFICATIVA

É extremamente necessária a fixação de uma linha de raciocínio para a análise do conceito do ato não-empresarial (simples). A mera prática de ato dotado de intelectualidade não deve ser interpretada como ato não-empresarial. Ademais, não pode ser a análise da estrutura física (material) a delimitadora do elemento de empresa. A empresa traduz conceito econômico de estrutura.

#### **Arts. 966, 967 e 970**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** Independentemente da falta de definição do que seja pequeno empresário, é possível a qualquer empresário individual regular solicitar seu enquadramento como microempresário ou empresário de pequeno porte, observadas as exigências e restrições contidas nos arts. 2º e 4º da Lei n. 8.941/99 (Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte), bem como auferir as vantagens proporcionadas por esse diploma e seu regulamento (Decreto n. 3.474/2000).

#### JUSTIFICATIVA

A Lei n. 9.841/99 permite o enquadramento de qualquer firma individual ou sociedade com receita bruta anual contida nos limites do art. 2º como microempresa ou empresa de pequeno porte, independentemente do critério adotado pelo Código Civil para a caracterização de empresário ou sociedade empresária. O art. 4º da referida Lei permite que o enquadramento como ME ou EPP possa ser solicitado, conforme o caso, ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas ou às Juntas Comerciais. Pode-se concluir, sem desprezar os arts. 966 e 970 do Código Civil, que o tratamento favorecido e diferenciado previsto na Lei n. 9.841/99 às microempresas e empresas de pequeno porte, por determinação constitucional, é aplicável a todos aqueles que se enquadrarem nas suas exigências: empresário individual, sociedade simples ou empresária. Portanto, o pequeno empresário não fica impedido de solicitar seu

enquadramento na Junta Comercial do lugar em que situada a sede de sua atividade e gozar, a partir de então, das vantagens legais.

### **Arts. 966, 967 e 970**

(Alteração do Enunciado 56, para ampliar seu conteúdo)

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** Novo Enunciado 56 – **A figura do pequeno empresário, aplicável apenas à pessoa natural, não foi definida pelo Código Civil no art. 970; a lei que o definir deverá respeitar os requisitos para a caracterização de empresário (art. 966), a obrigatoriedade da inscrição na Junta Comercial (art. 967) e da escrituração do livro Diário (art. 1.180).**

### JUSTIFICATIVA

O Enunciado 56 deve ressaltar alguns aspectos importantes referentes à figura do pequeno empresário. O primeiro diz respeito à exclusividade do conceito para a pessoa natural, haja vista a localização do art. 970 dentre os dispositivos que tratam do empresário individual. Não há menção ao pequeno empresário no Capítulo das disposições gerais sobre as sociedades, ao contrário da figura do empresário rural, que pode ser tanto pessoa natural quanto jurídica. O segundo aspecto, já contido no Enunciado, sobre a indefinição de seu conceito no Código Civil, deve ser mantido. A lei que definir pequeno empresário não pode fixar os requisitos dessa figura aleatoriamente, sem respeitar aqueles exigidos para a caracterização do empresário, como o profissionalismo e o exercício da empresa, considerada como atividade fim. O pequeno empresário não é um profissional autônomo, muito menos sociedade empresária ou simples. Trata-se de empresário individual, regular, com dispensa de certas exigências pertinentes à inscrição e aos efeitos decorrentes.

Não procede a conclusão de que o *tratamento favorecido, diferenciado e simplificado* a ser concedido ao pequeno empresário é equivalente ao da microempresa e empresa de pequeno porte de que trata o art. 179 da CF, em razão da diversidade de critérios entre o Código Civil e o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Lei n. 9.841/99).

### **Arts. 966, 967 e 972**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** A pessoa natural, maior de 16 anos e menor de 18 anos, emancipada, é reputada empresário regular se satisfizer os requisitos dos arts. 966 e 967; todavia, não tem direito de requerer concordata preventiva (recuperação judicial ou extrajudicial, segundo a nomenclatura da nova Lei de Falências), por não exercer regularmente a atividade por mais de dois anos.

#### JUSTIFICATIVA

Com a revogação da Parte Primeira do Código Comercial, encerrou-se a discussão sobre a idade mínima para o exercício do comércio (18 ou 16 anos). Ao considerar empresário todo aquele que estiver em pleno gozo da capacidade civil, o novo Código admite que o maior de 16 anos emancipado possa exercer a empresa e inscrever sua firma no Registro de Empresas Mercantis (arts. 5º, parágrafo único, e 972 do Código Civil). Embora o empresário maior de 16 anos e menor de 18 anos goze das prerrogativas conferidas ao empresário inscrito, não poderá requerer concordata preventiva (recuperação judicial ou extrajudicial, segundo a nomenclatura da nova Lei de Falências), tendo em vista não poder comprovar mais de dois anos de exercício regular da atividade. O Código Civil, nesse aspecto, além de ser omissivo, não se sobrepõe à Lei de Falências, por ser esta especial.

### **Arts. 966 e 982, parágrafo único**

Autor: André Ricardo Cruz Fontes, Juiz Federal

**ENUNCIADO:** A sociedade de natureza simples pode ter por objeto atividades tanto de natureza civil como mercantil, sendo relevante, para caracterizá-la, a ausência de qualificado nível de organização estável e impessoal dos fatores de produção.

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

### **Arts. 966 e 982, parágrafo único**

Autor: André Ricardo Cruz Fontes, Juiz Federal

**ENUNCIADO:** A sociedade de natureza simples não tem seu objeto restrito às atividades intelectuais.

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

**Arts. 966 e 982, parágrafo único**

Autor: André Ricardo Cruz Fontes, Juiz Federal

**ENUNCIADO:** A sociedade controladora *holding* pura é sociedade de natureza simples, por não apresentar atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou serviços ao mercado.

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

**Art. 967**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** A inscrição do empresário na Junta Comercial não é requisito para sua caracterização como tal, admitindo-se o exercício da empresa sem essa providência. O empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial, salvo naquilo em que forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição em contrário.

JUSTIFICATIVA

Contrariamente ao art. 4º do Código Comercial, que exigia a matrícula do comerciante num Tribunal de Comércio, o art. 966 do Código Civil não contempla essa providência para caracterizar o empresário. Nesse dispositivo estão reunidos o profissionalismo, o exercício da empresa e a finalidade da organização. É no artigo seguinte (art. 967) que está prevista a obrigatoriedade da inscrição da firma no órgão competente do RPEM, no caso, as Juntas Comerciais. Esse mesmo artigo não prevê nenhuma consequência para o empresário que iniciar o exercício individual da empresa sem a inscrição prévia da firma. Por outro lado, também não lhe nega a qualidade de empresário. Conclui-se, portanto, da conjugação dos arts. 966 e 967, pela natureza declaratória do ato de inscrição da firma, sendo necessária para certos fins

expressamente mencionados na legislação (*v.g.*, utilização dos instrumentos de escrituração a seu favor, recuperação judicial), mas não rejeitando a possibilidade de uma pessoa natural iniciar o exercício da empresa sem inscrever previamente sua firma. Em tal situação, verifica-se o exercício irregular ou de fato da empresa, e o empresário continuará sujeito às normas do Direito de Empresa, salvo naquilo em que forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição em contrário.

#### **Art. 967**

Autor: Márcio Souza Guimarães, Promotor de Justiça e Professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** A inscrição do empresário ou sociedade empresária é requisito delimitador de sua regularidade, e não de sua caracterização como tal.

#### JUSTIFICATIVA

A análise clássica do comerciante dispensava o registro para sua caracterização. A figura do comerciante irregular e de fato era comum na doutrina. O mesmo deve ocorrer em relação ao empresário e à sociedade empresária.

#### **Arts. 971 e 984**

Autor: Manoel de Oliveira Erhardt, Juiz Federal

**ENUNCIADO:** O empresário rural e a sociedade empresária rural, inscritos no registro público de empresas mercantis, estão sujeitos à falência e podem requerer concordata (recuperação judicial, no PL n. 4.376/93).

#### JUSTIFICATIVA

Sabe-se que a atividade rural, tradicionalmente, não estava submetida ao Direito Comercial. Apenas as sociedades anônimas que a exploravam possuíam natureza mercantil em razão da forma. O Código Civil, nos arts. 971 e 984, permitiu que o empresário rural e a sociedade empresária rural, respectivamente, possam optar entre o regime estabelecido para os empresários sujeitos a registro e a submissão ao regime não-empresarial. A possibilidade de opção justificou-se diante da diversidade de organização entre os pequenos produtores e a grande empresa rural.

A atual Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7.661/45) refletiu evidentemente a teoria dos atos de comércio, estabelecendo a aplicação dos institutos ali regulados (falência e concordata) ao comerciante.

O novo Código Civil, ao adotar a teoria da empresa, fez com que as disposições de leis não revogadas pelo Código, referentes a comerciantes ou a sociedades comerciais, fossem aplicadas aos empresários e às sociedades empresárias (art. 2.037 do CC/2002). Assim, a referência a comerciante contida no Decreto-Lei n. 7.661/1945 deve corresponder ao empresário e à sociedade empresária.

Em tal sentido orientou-se o projeto da nova Lei de Falências e recuperação de empresas (PL n. 4.376/1993, na Câmara dos Deputados, substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara n. 71/2003).

No entanto, em relação ao empresário rural, é necessário verificar a existência ou não de inscrição no registro de empresas, porque somente o empresário rural registrado estará sujeito ao atual Decreto-Lei n. 7.661/1945 e à futura lei de falências e recuperação de empresas.

#### **Arts. 971 e 984**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** O registro do empresário rural na Junta Comercial é facultativo e de natureza constitutiva. A condição de empresário por opção, conferida pelo Código Civil ao empresário rural, afasta a aplicação das sanções previstas na legislação comercial ao empresário irregular caso o primeiro não esteja inscrito na Junta Comercial. A mesma interpretação deve ser adotada em relação à sociedade que tem por objeto o exercício de empresa rural, se seu ato constitutivo estiver arquivado no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

#### JUSTIFICATIVA

Quando permite ao empresário rural ou à sociedade que explora atividade rural a inscrição facultativa da firma ou do ato constitutivo na Junta Comercial, o Código Civil estabelece um tratamento diferenciado. Não devem ser aplicadas ao empresário individual e à sociedade as sanções pela falta de inscrição de firma, ou a não-aquisição da personalidade jurídica pelo arquivamento do contrato no RCPJ. Somente com o registro na Junta Comercial (de natureza constitutiva) é que a pessoa natural ou a sociedade serão reputados empresários para fins de direito. Por conseguinte, é vedada

a decretação de falência do empresário, ou da sociedade, antes do arquivamento da firma ou do contrato na Junta Comercial.

### **Art. 972**

Autor: Márcio Souza Guimarães, Promotor de Justiça e Professor da Escola de Direito da FGV, Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** A capacidade empresarial, em virtude do requisito subjetivo da falência, somente é alcançada aos 18 anos de idade.

#### JUSTIFICATIVA

A capacidade para ser empresário no Código Comercial de 1850 (art. 1º) era atrelada à capacidade civil. A doutrina majoritária asseverava que apenas o maior de 18 anos poderia ser considerado comerciante, independentemente da aquisição da capacidade civil por emancipação, em decorrência da vedação constante no art. 3º do D.L. n. 7.661/45 (apenas o maior de 18 anos tem legitimidade passiva), sendo inconcebível um comerciante “infalível”. Com o advento do Código de 2002 nada foi modificado, portanto não se pode argumentar que nova interpretação deve ser impressa, notadamente porque o indigitado art. 3º da Lei de Falências não foi alterado. Nesse contexto, não há conceber interpretação extensiva a regra tão restritiva de direitos como a de falências. Na hipótese de aprovação do Projeto de Lei da Câmara n. 71/03 (“Nova Lei de Falências”), não havendo mais restrição de idade à incidência em falência, outro raciocínio deverá prevalecer.

### **Art. 974**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** A autorização judicial para o prosseguimento da empresa pelo incapaz não poderá ser concedida sem prévia manifestação do órgão do Ministério Público, cuja intervenção no processo é obrigatória (art. 82, I, CPC; art. 25, V, Lei n. 8.625/93).

#### JUSTIFICATIVA

A omissão do art. 974, § 1º, quanto à intervenção do Ministério Público no processo de autorização para o incapaz prosseguir no exercício da empresa exercida

por ele, enquanto capaz, pelos pais ou por autor de herança, não tem o condão de criar norma especial que alije o órgão do *Parquet* de atuação em causa do interesse de incapaz. Devem ser aplicados o Código de Processo Civil (art. 82, I) e a Lei Orgânica do Ministério Público (art. 25, V, Lei n. 8.625/93), que exigem a manifestação do promotor de justiça nesse caso.

#### **Art. 974**

Autor: Marcos Mairton da Silva, Juiz Federal

**ENUNCIADO:** O exercício da empresa por empresário incapaz, representado ou assistido, somente é possível nos casos de incapacidade superveniente ou incapacidade do sucessor na sucessão por morte.

#### JUSTIFICATIVA

O art. 974 dispõe que poderá o empresário incapaz continuar a empresa, por meio de representante ou devidamente assistido, nas seguintes hipóteses: a) empresa exercida por ele enquanto capaz; b) empresa exercida por seus pais; c) empresa exercida pelo autor de herança. Observe-se que, na primeira hipótese, fica claro que o empresário exercia a empresa, mas veio a perder a capacidade, total ou parcialmente, razão pela qual faz-se necessária a nomeação de um representante ou assistente, a fim de que a atividade empresarial não seja interrompida e, assim, não acarrete conseqüências prejudiciais ao próprio empresário e seus dependentes, bem como a todos os colaboradores da empresa, tais como empregados, fornecedores etc. Na terceira hipótese também fica claro que a sucessão é por morte, pois a empresa é transmitida pelo autor da herança, logo, pelo *de cujus*. Na segunda hipótese, porém – empresa antes exercida pelos pais –, tem-se a impressão de que a transmissão é por ato *inter vivos*, uma vez que a transmissão *causa mortis* já estaria contemplada no caso de empresa antes exercida pelo autor da herança. Ocorre que a transmissão da empresa para o (a) filho(a) encontra os seguintes problemas: a) se a menoridade é em razão da idade e o menor tem dezesseis anos completos, os pais poderiam simplesmente emancipá-lo; b) se o menor não tem dezesseis anos completos, ou a incapacidade decorre de outra das causas previstas nos arts. 3º e 5º do Código Civil, não faz sentido o pai ou a mãe afastar-se da condição de dirigente da empresa e requerer a nomeação de um terceiro para representar uma pessoa de quem eles, pais, seriam naturalmente os representantes legais. Quanto à alínea **b**, o interesse poderia surgir, por exemplo, no caso de o pai tornar-se impedido de exercer a empresa, mas isso somente

demonstra como este seria um caminho aberto a fraudes. Concluo, portanto, que, quando o legislador usou a expressão “autor de herança”, estava se referindo apenas ao autor de herança testamentária, e mencionou os pais no caso de herança legítima.

### **Art. 977**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** Suprimir a parte final do artigo (*desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória*) ou adotar as seguintes interpretações: 1) a proibição de contratação de sociedades entre cônjuges ou com terceiros não atinge as constituídas anteriormente à entrada em vigor do Código Civil; 2) a vedação à participação de cônjuges casados nas condições previstas no artigo refere-se unicamente a uma mesma sociedade; 3) o artigo abrange tanto a participação originária (na constituição da sociedade) quanto a derivada, isto é, fica vedado o ingresso de sócio casado em sociedade de que já participa o outro cônjuge.

### JUSTIFICATIVA

O art. 977 é alvo de críticas dos especialistas, inclusive há projeto de lei em tramitação<sup>1</sup> propondo sua alteração para suprimir a parte final (*desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória*). Em sua justificativa, o autor do projeto cita a crítica do Prof. Dr. Álvaro Villaça Azevedo, *verbis*: *A vida dos cônjuges nada tem a ver com o Direito de Família. São empresários e dirigem, ou não, a sociedade, de acordo com sua participação nela. O regime de bens valerá para ser argüido no momento da dissolução da sociedade conjugal (separação, divórcio e morte de um ou de ambos os cônjuges). Os cônjuges não podem ser privados de realizar o negócio societário, sem restrições*. Portanto, deve-se recomendar sua supressão. Por estar o dispositivo em vigor, deve-se adotar regras interpretativas que restrinjam seu alcance sobre as sociedades constituídas a partir da vigência do Código Civil. É também vedado o ingresso do segundo cônjuge em sociedade de que participa o outro, a partir de 11 de janeiro de 2003. É permitido a pessoas casadas no regime da comunhão universal ou no da separação obrigatória, ou

---

1 PL n. 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza.

a não-cônjuges, participar de uma mesma sociedade, como também ao mesmo casal participar como sócio em sociedades distintas<sup>2</sup>.

### **Art. 977**

Autor: Márcio Souza Guimarães, Promotor de Justiça e Professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** Aos cônjuges que tenham casado sob o regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória, antes do advento do Código Civil de 2002, não se aplica a vedação constante do art. 977, nos termos do art. 2.039.

### JUSTIFICATIVA

Apesar de o Departamento Nacional de Registro do Comércio ter laborado interpretação no sentido de que os cônjuges já associados têm direito adquirido (Pareceres Jurídicos ns. 50/2003 e 125/2003), parece inviável tal raciocínio, sob pena de se poder alegar direito adquirido diante de novo regime jurídico, dando azo à afirmação, por exemplo, de que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada tem direito à regulação do Dec. n. 3.708/1919. Ademais, parece extremamente oportuna a incidência do art. 2.039 do Código de 2002, sendo resguardada aos que já eram casados antes de sua vigência a submissão ao sistema anterior. Nesse diapasão, se eram casados sob o regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória, e não havia vedação à associação, continuam submetidos a tal norma.

### **Art. 977**

Autor: Marlon Tomazette, Procurador do Distrito Federal e Professor

**ENUNCIADO:** A proibição de sociedade entre pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória só atinge as sociedades constituídas após a vigência do Código Civil de 2002.

### JUSTIFICATIVA

Com o advento do Código Civil de 2002 (art. 977), proíbe-se a sociedade entre cônjuges casados no regime da comunhão universal e no da separação

---

2 Pareceres DNRC/COJUR ns. 50 e 125/2003.

obrigatória de bens, protegendo-se o próprio regime de casamento. No regime da comunhão universal, nem sempre haveria real e efetiva conjugação de patrimônios, ou seja, nem sempre haveria de fato dois sócios. No regime da separação, haveria a união do que deveria estar separado.

A intenção de proibir a sociedade entre cônjuges casados por tais regimes é, pois, evitar a mudança do regime matrimonial. Entretanto, acreditamos que tal solução não se justifica. Há bens que, mesmo no regime da comunhão universal, não se comunicam (art. 1.668), e nem sempre é necessária a participação efetiva de todos os sócios na vida da sociedade. Além disso, se aos casados no regime da separação obrigatória não se proíbe a aquisição de um bem em condomínio<sup>1</sup>, por que então proibir a associação entre os dois?

De qualquer modo, atualmente há proibição. Todavia, surge a dúvida em relação às sociedades preexistentes. A nosso ver, essa nova proibição não pode afetar sociedades constituídas anteriormente, por se tratar de um ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF).

A sociedade se forma pela manifestação de vontade de duas ou mais pessoas (art. 981, novo Código Civil), e tal manifestação é o ato constitutivo das sociedades, imprescindível para sua formação. Consumado o ato sob a égide de determinada lei, ele é um ato jurídico perfeito, protegido constitucionalmente de qualquer ingerência de leis novas. Aspectos atinentes à constituição da sociedade estão a salvo da incidência da nova lei, diante do disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, isto é, as condições relativas à constituição da sociedade devem submeter-se à lei vigente na época desse evento.

Tal interpretação é expressamente defendida por Gabba, que sustenta: *As formas exteriores do contrato de sociedade, que definem a validade do mesmo, devem ser disciplinadas pela lei, sob cujo império o contrato é concluído*<sup>2</sup>.

Diferente não é a lição de Carlos Maximiliano: *As sociedades regem-se conforme os preceitos imperantes quando foram constituídas, inclusive a que pelo Direito atual não teria personalidade jurídica*<sup>3</sup>.

Analisando os contratos como um todo, Serpa Lopes defende a mesma linha de interpretação, ao declarar: *Na formação dos contratos, como já se disse, prevalece a lei do dia da sua formação*<sup>4</sup>.

---

1 PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 49. p. 226.

2 GABBA, C. F. *Teoria della retroattività delle leggi*. 3. ed. Torino: UTET, 1898. v. 4. p. 424. Tradução livre de “*Le forme esteriori del contratto di società, che decidono della validità del medesimo, devono del pari essere desunte dalla legge sotto il cui impero il contratto venne posto in essere*”.

3 MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal*, p. 234.

4 LOPES, M. M. de Serpa. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 1. p. 368.

Acreditamos ser essa interpretação a única que pode ser adotada, especialmente tendo em vista a regra constitucional de proteção ao ato jurídico perfeito. Além disso, o art. 2.035 do Código Civil de 2002 estabelece que a validade dos negócios jurídicos se rege pela lei da época de sua conclusão, significando que a validade de uma sociedade deve ser analisada sob a égide da lei em vigor no momento em que foi constituída.

Desse modo, podemos afirmar que as sociedades entre cônjuges casados pela comunhão universal ou pela separação obrigatória não precisam se dissolver, nem os cônjuges necessitam alterar o regime de bens do casamento. Interpretar de outra maneira seria admitir que, se surgisse um impedimento de casamento entre primos, todos os casamentos anteriormente realizados entre primos deveriam ser desfeitos, o que não é razoável.

Os opositores das conclusões ora defendidas fundamentam-se basicamente no disposto no art. 2.031 do novo Código Civil, que dá o prazo de um ano para as sociedades se adequarem ao regime da nova lei. No entanto, tal dispositivo não pode afrontar a garantia constitucional da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

A adaptação a ser feita no prazo de um ano refere-se a formalidades contábeis, publicações, isto é, durante um ano a sociedade pode continuar sua escrituração sem as novas exigências.

### **Arts. 981, 983, 997, V, 1.006, 1.007 e 1.094, I**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** A contribuição do sócio exclusivamente mediante prestação de serviços é permitida nas sociedades cooperativas (art. 1.094, I) e nas sociedades simples propriamente ditas (art. 983, 2ª parte). É permitido a qualquer sócio, adicionalmente à sua contribuição para o capital, prestar serviços em favor da sociedade, diante da ausência de vedação legal.

### JUSTIFICATIVA

Em face da supressão da sociedade de capital e indústria pelo Código Civil e da possibilidade de contribuição apenas em serviços (art. 981), justifica-se o enunciado para precisar os casos em que terá lugar a figura do sócio de serviços. Exclui-se, de plano, a sociedade limitada pela vedação expressa (art. 1.055, § 2º) e, por ilação, os

demais tipos de sociedades empresárias, diante das disposições dos arts. 1.039, 1.045, 1.088 e 1.091. A sociedade simples que adotar tipo empresarial, embora mantenha sua natureza e esteja subordinada ao RCPJ, deverá observar as regras do tipo adotado, inclusive a da responsabilidade dos sócios (art. 983, 1ª parte). Portanto, a contribuição do sócio exclusivamente por meio de prestação de serviços é permitida nos casos remanescentes, isto é, nas sociedades cooperativas (art. 1.094, I) e nas sociedades simples propriamente ditas (art. 983, 2ª parte), estas disciplinadas pelas normas que lhe são próprias. É permitido a qualquer sócio, adicionalmente à sua contribuição para o capital, prestar serviços em favor da sociedade, diante da ausência de vedação legal.

### **Art. 982**

Autor: Rodolfo Pinheiro de Moraes, Professor de Direito e Titular do Registro Civil de Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** O critério de distinção entre sociedade empresária e sociedade simples está na organização com característica empresarial.

### JUSTIFICATIVA

Com o advento do novo Código Civil, a sistemática de classificação das sociedades foi substancialmente modificada. No novo ordenamento, não há mais falar em divisão das sociedades entre comerciais e civis, mas entre sociedades empresárias e simples, sendo consideradas empresárias, nos termos do art. 966, c/c o art. 982 do novo Código, aquelas que exercem (...) *profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços* (art. 966), e simples as demais.

Rompeu o novo Código Civil com o sistema de divisão das sociedades entre civis e mercantis, que levava em conta apenas o objeto. Agora se classificam as sociedades em simples e empresárias, de acordo com o modo pelo qual organizam suas atividades. O critério material, principal base da antiga distinção entre as sociedades civis e mercantis, cedeu espaço ao critério estrutural ou funcional.

Nesse passo, o Código atual consagrou, em substituição à teoria dos atos de comércio antes vigente, a teoria da empresa, segundo a qual o fator preponderante para a classificação das sociedades deixa de ser o objeto social em si e passa a ser o modo pelo qual as atividades da sociedade são desempenhadas. De acordo com o novo sistema de classificação, se a sociedade contar com uma organização empresarial para a realização de seu objeto, deverá ser tida como empresária,

devendo proceder ao registro de seus atos no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das juntas comerciais. Não dispondo de estrutura empresarial, a sociedade será classificada como simples, e caberá registrar-se no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (RCPJ).

### **Art. 982**

Autor: Rodolfo Pinheiro de Moraes, Professor de Direito e Titular do Registro Civil de Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** A natureza simples da cooperativa não impede que ela seja titular de empresa.

### JUSTIFICATIVA

Embora a cooperativa seja considerada pelo Código uma sociedade simples, nada impede que tais sociedades sejam sócias de outras, quer de natureza simples, quer de natureza empresária. Na realidade, o direito à livre associação para a formação de pessoas jurídicas, previsto em sede constitucional (art. 5º, inc. XVIII, da CF/88), também pertence às próprias pessoas jurídicas, entes dotados de existência ideal e que ostentam, no que for cabível, os mesmos direitos reconhecidos às pessoas naturais (art. 52 do novo Código Civil). Na ausência de regra limitativa, não deve existir nenhuma vedação a que as cooperativas participem do quadro social de outras sociedades, inclusive daquelas que tenham por objeto atividade organizada empresarialmente (art. 982, CC).

### **Arts. 982, parágrafo único, 1.150 e 1.093**

Autor: André Ricardo Cruz Fontes, Juiz Federal

**ENUNCIADO:** O registro da cooperativa é efetuado no Cartório do Registro Civil de Pessoas Jurídicas, uma vez não recepcionada pela Constituição a Seção I do Capítulo IV da Lei n. 5.764-71 e dado que a legislação ressalvada pelo Código Civil não é aquela relativa ao registro.

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

### **Arts. 982, parágrafo único, 1.150 e 1.093**

Autor: Ronald Amaral Sharp Junior, Professor de Direito Comercial do IBMEC e EMATRA

**ENUNCIADO:** A cooperativa é sociedade simples e, como tal, deve ser registrada nos cartórios de pessoas jurídicas.

### JUSTIFICATIVA

As cooperativas são consideradas sociedades simples por força do disposto no art. 982, parágrafo único e, como tais, em decorrência do novo sistema de registro desse tipo societário, deverão ser inscritas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. O Código Civil não esgotou a disciplina das cooperativas, remetendo à legislação específica sobre a matéria (Lei n. 5.764/71). Os artigos pertinentes às cooperativas, portanto, devem ser aplicados de forma concomitante e complementar à Lei n. 5.764/71. Havendo incompatibilidade entre o Código e a legislação especial anterior, devem prevalecer os artigos do novo Código Civil. Mencione-se que o registro das cooperativas nas Juntas Comerciais foi previsto tanto no art. 18 da Lei n. 5.764/71 (lei do cooperativismo) quanto no art. 32, II, **a**, da Lei n. 8.934/94 (lei do registro de empresas), que não se encontram sob a ressalva do art. 1.093 do Código Civil. O primeiro dos mencionados dispositivos não pode ser abrigado pelo ordenamento civil, já que não foi recepcionado constitucionalmente. Ou seja, o art. 5º, inc. XVIII, da Constituição Federal elimina a anterior exigência de autorização prévia do Estado para funcionamento da cooperativa, que se encontrava inscrita no referido art. 18 da Lei n. 5.764/71, o qual mencionava, dentre os procedimentos de autorização governamental, o registro na Junta Comercial. Nesse sentido é a lição, entre outros, de Modesto Carvalhosa<sup>1</sup>.

#### **Arts. 983, parágrafo único, 986 e 991**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** As normas do Código Civil para as sociedades em comum e em conta de participação são aplicáveis, independentemente de a atividade dos sócios, ou do sócio ostensivo, ser ou não própria de empresário sujeito a registro (distinção feita pelo art. 982 do Código Civil entre sociedade simples e empresária).

---

1 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 396.

## JUSTIFICATIVA

O Código Civil não distingue, quanto ao tratamento das sociedades em comum e em conta de participação, se a atividade desenvolvida pelos sócios em comum ou pelo sócio ostensivo é ou não empresarial. O art. 983, parágrafo único, dispõe expressamente que a sociedade em conta de participação não está sujeita ao critério distintivo do art. 982, entre sociedade simples e empresária. O mesmo se aplica às sociedades em comum. Apenas com a personificação da sociedade é que incidirão as regras específicas do tipo adotado.

### **Arts. 985, 986 e 1.150**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** O art. 986 deve ser interpretado em sintonia com os arts. 985 e 1.150, de modo a ser considerada em comum a sociedade que não tenha seu ato constitutivo arquivado no registro próprio ou em desacordo com as normas legais previstas para esse registro (art. 1.150).

## JUSTIFICATIVA

A interpretação literal do art. 986 permite concluir que o arquivamento do ato constitutivo é condição suficiente para afastar a incidência das normas reguladoras da sociedade em comum, ou seja, se a sociedade arquivar seu ato constitutivo no registro impróprio, como houve arquivamento, ela seria considerada regular e personificada, respondendo os sócios de acordo com o teor do contrato social. Tal ilação não é procedente e acaba por contrariar o art. 985, pois o dispositivo exige, para a aquisição da personalidade jurídica, o arquivamento no registro próprio e na forma da lei. O art. 986 deve ser interpretado em sintonia com os arts. 985 e 1.150, de modo a ser considerada em comum, além da sociedade que não tem seu ato constitutivo arquivado, aquela que o arquivou no registro impróprio ou no registro competente, porém em desacordo com as normas legais previstas para esse registro (art. 1.150).

### **Art. 988**

Autor: Ronald Amaral Sharp Junior, Professor, Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** O patrimônio especial a que se refere o art. 988, garante de terceiros, é de titularidade dos sócios.

## JUSTIFICATIVA

A sociedade em comum não possui personalidade jurídica (art. 986). Considerando que a atribuição de personalidade própria, distinta da de seus membros, constitui uma técnica de segregação patrimonial e jurídica, a sociedade pendente de registro não chega a adquirir individualidade específica, e seus bens continuam pertencendo aos sócios. Ocorre que esses bens, afetados ou destinados à sociedade assim formada, embora sejam de titularidade dos sócios, encontram-se em estado de comunhão ou co-propriedade de mãos juntas, de origem germânica. Há uma co-titularidade sobre um conjunto patrimonial, em que os comunheiros têm apenas determinada parte ideal na propriedade comum e o direito de uso e gozo dos bens. Somente a cessação da comunhão pela partilha definirá os bens que caberão na quota de cada sócio, apreciando-se o patrimônio total existente na época da dissolução societária. Por ocasião do advento do Código Comercial de 1850, que não se posicionava sobre a questão da personalidade jurídica das sociedades mercantis, muitos doutrinadores entendiam que vigorava entre os sócios uma comunhão dos bens usados no exercício da atividade comum.

**Arts. 988 e 990**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** A especialização patrimonial na sociedade em comum somente produz efeito em relação aos sócios. Perante terceiros que contrataram com um dos sócios, aplica-se a regra do art. 990, imperando a responsabilidade ilimitada e solidária.

## JUSTIFICATIVA

Tal qual na sociedade em conta de participação, na sociedade em comum a especialização do patrimônio especial (bens e dívidas relacionados com a atividade social) somente produz efeito em relação aos sócios e pode ser invocada nas ações movidas pelo sócio contra os demais e a sociedade. Nas ações intentadas por terceiro em face daquele que contratou no interesse social, ou dos demais sócios, impera a regra do art. 990, segundo a qual os sócios respondem ilimitada e solidariamente.

**Art. 989**

Autor: Ronald Amaral Sharp Junior, Professor, Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** Presume-se disjuntiva a gerência dos sócios a que se refere o art. 989.

## JUSTIFICATIVA

Na sociedade em comum, os bens destinados às finalidades dessa sociedade despersonalizada pertencem aos sócios, em estado de comunhão. Como a sociedade em comum se rege subsidiariamente pelas regras da sociedade simples (art. 986), o exercício da administração caberá indistintamente, disjuntivamente, a cada sócio, por aplicação do art. 1.013, se entre eles não tiver sido ajustado de outro modo.

**Art. 990**

Autor: Marcos Mairton da Silva, Juiz Federal

**ENUNCIADO:** Embora a sociedade em comum não tenha personalidade jurídica, o sócio que tem seus bens penhorados por dívida contraída em favor da sociedade e não participou do ato por meio do qual foi contraída a obrigação tem direito de indicar bens afetados às atividades empresariais para substituir a penhora.

## JUSTIFICATIVA

O art. 990 do Código Civil prevê que o sócio que não contratou pela sociedade em comum tem responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais, mas observado o benefício de ordem previsto no art. 1.024, segundo o qual somente serão executados os bens dos sócios após exauridos os bens da sociedade. Apesar de a sociedade em comum não ter personalidade jurídica, o art. 988 prevê que os bens e as dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum. Logo, caso o sócio que não é solidário com a sociedade tenha seus bens penhorados, tem direito de exigir que primeiro sejam executados os bens que compõem esse patrimônio especial de titularidade comum, cabendo-lhe apenas provar a alegação.

## **Art. 997**

Autor: Marlon Tomazette, Procurador Do Distrito Federal e Professor

**ENUNCIADO:** Definir se os sócios respondem ou não subsidiariamente pelas obrigações sociais é uma questão que decorre da lei, não se tratando de opção dos sócios.

### JUSTIFICATIVA

Para adquirir personalidade jurídica, a sociedade deve arquivar seus atos constitutivos no registro competente – no caso das sociedades simples, é o cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas – nos 30 dias subseqüentes a sua constituição. O registro é exigido para tornar pública a sociedade, a fim de assegurar o conhecimento de elementos essenciais da vida da empresa àqueles que negociam com ela. Nada que esteja fora do contrato social pode ser oposto a terceiros (art. 997, parágrafo único). Há de se ressaltar que, além do registro inicial, deve-se inscrever quaisquer alterações no ato constitutivo, bem como averbar a instituição de sucursais ou filiais.

O ato constitutivo é denominado “contrato social” e possui uma série de requisitos, os quais estão mencionados no art. 997, devendo indicar, dentre outros dados, se os sócios respondem ou não subsidiariamente.

Todavia, trata-se de uma questão legal inerente a cada tipo de sociedade, não havendo poder de disposição por parte dos sócios. Desse modo, tal dispositivo deve ser interpretado como uma regra geral válida para todas as sociedades, a exemplo da menção ao grau de responsabilidade dos sócios decorrente da escolha de determinado tipo societário, não sendo uma opção dos próprios sócios. Entender possível a exclusão da responsabilidade<sup>1</sup> é reconhecer aos sócios o poder de alterar a responsabilidade legal, interpretação que não é razoável.

## **Art. 997, II**

Autor: Rodolfo Pinheiro de Moraes, Professor de Direito e Titular do Registro Civil de Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** O art. 997, II, não exclui a possibilidade de sociedade simples utilizar firma ou razão social.

---

1 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 110; ABRÃO, Carlos Henrique. *Sociedade simples*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 20; FABRETTI, Laudio Camargo. *Direito de Empresa no Código Civil de 2002*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 109.

## JUSTIFICATIVA

Apesar de o inc. II do art. 997 referir-se à denominação e esta ser uma das espécies de nome empresarial, as regras sobre a formação e o uso do nome encontram-se sistematizadas no Capítulo II do Título IV, sob a epígrafe “Do Nome Empresarial”. De acordo com o art. 1.157, a sociedade em que houver sócio de responsabilidade ilimitada operará sob firma ou razão. Ora, o art. 997, inc. VIII, permite aos sócios definir no contrato se respondem ou não subsidiariamente pelas obrigações sociais. Assim, se na sociedade simples houver sócio que responda subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade, ela logicamente poderá adotar firma ou razão social.

### **Art. 997, VIII**

Autor: Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Professor Titular da Universidade Federal do Paraná

**ENUNCIADO:** A responsabilidade subsidiária dos sócios é inerente ao regime jurídico da sociedade simples. Assim, a alternativa de sua exclusão, facultada no art. 997, inc. VIII, do Código Civil, só será possível quando a sociedade simples for cooperativa ou adotar um tipo de sociedade empresária que admita a limitação da responsabilidade de todos ou de algum dos sócios.

## JUSTIFICATIVA

O inc. VIII do art. 997 não figurava no Projeto do Código Civil, tendo sido acrescentado pela Emenda n. 84, do Senado Federal. Não se apercebeu o legislador, contudo, de que a responsabilidade subsidiária dos sócios pelas obrigações sociais é inerente a esse tipo societário. Era assim no regime do Código de 1916, relativamente à sociedade civil, e a tradição foi mantida no art. 1.023 do Código de 2002, que estabelece: *Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.* Como se observa, a permissão contida na parte final desse dispositivo legal é de ajuste de responsabilidade solidária, que só agrava, mas não exclui, a responsabilidade subsidiária dos sócios. Coerente com essa previsão legal, o art. 1.024 estatui, na mesma linha, que *os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.*

Há, portanto, uma aparente antinomia entre o regime jurídico assim traçado para a sociedade simples e o dispositivo que faculta o pacto de isenção da responsabilidade subsidiária. Esse choque pode ser resolvido quando se considerar que a sociedade cooperativa é uma sociedade simples por força de lei, na qual, todavia, há possibilidade de limitação da responsabilidade dos sócios ou cooperativados (art. 1.095 e parágrafos). Por igual, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária, subordina-se ao respectivo regime jurídico (art. 983), exceção feita, apenas, ao local de sua inscrição (art. 1.150). Nesse caso, se a sociedade simples adotar o tipo de sociedade em comandita, terá sócios comanditários, de responsabilidade limitada, que não respondem pelas obrigações sociais. O mesmo ocorrerá se o tipo escolhido for de sociedade limitada.

Em suma, o enunciado ora proposto visa alertar que a alternativa do art. 997, inc. VIII, do Código Civil não pode ser tomada de modo isolado, como uma faculdade a ser exercida pelos sócios indistintamente, diante de qualquer sociedade simples; ela somente terá lugar quando o tipo societário adotado comportar a exclusão da responsabilidade subsidiária.

### **Arts. 997, VIII, e 1.023**

(Reforma do Enunciado 61, da I Jornada)

Autor: Manoel Vargas Franco Netto, Advogado e Professor de Direito Societário da PUC, Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** O Enunciado 61 passa a vigorar com a seguinte redação: **Se os sócios, no contrato social, tiverem adotado a responsabilidade limitada à integralização do capital social, não haverá a responsabilidade subsidiária, como faculta o art. 997, VIII. O disposto na primeira parte do art. 1.023 só se aplica se os sócios tiverem expressamente optado pela responsabilidade subsidiária, ou na hipótese de omissão do contrato social, o que, num caso ou noutro, implicará responsabilidade ilimitada, pois a regra é supletiva (art. 1007), respondendo os sócios pelo saldo das dívidas, na proporção em que participem das perdas sociais. Se um dos sócios for insolvente, sua parte na dívida será na mesma razão distribuída entre os outros (art. 1.103, V). Somente haverá responsabilidade solidária entre os sócios se o contrato social contiver cláusula expressa nesse sentido, conforme a segunda parte do art. 1.023.**

## JUSTIFICATIVA

Numa primeira leitura do art. 997, VIII, c/c o art. 1.023 do novo CC, pode parecer que a responsabilidade é necessariamente subsidiária, logo, ilimitada, competindo aos sócios tão-só determinar, no contrato social, se haverá entre eles responsabilidade solidária. É o que se depreende do Enunciado 61 do CEJ, que propôs substituir o termo “subsidiariamente”, do inc. VIII do art. 997, por “solidariamente”. No entanto, tal interpretação não parece correta.

A intenção do legislador, na sociedade simples como na sociedade civil do Código de 1916, foi deixar aos sócios a opção de escolher o tipo de responsabilidade e a solidariedade. As regras de responsabilidade da sociedade simples são muito semelhantes às da sociedade civil. Assim, o art. 997, VIII, do atual CC repete o art. 19, IV, do CC/1916. As regras sobre responsabilidade subsidiária, conforme Clóvis Bevilacqua e Carvalho Santos, são supletivas, admitindo assim norma contratual limitando a responsabilidade ao quinhão dos sócios. Daí por que o art. 19, IV, do CC/1916 estabelecia que o contrato social deveria prever se os sócios respondem ou não subsidiariamente pelas obrigações sociais. No silêncio ou na afirmação do contrato, prevaleceria a regra supletiva da responsabilidade subsidiária, mas seria possível contratar a limitação da responsabilidade. Ainda segundo Clóvis e Carvalho Santos, a responsabilidade subsidiária é ilimitada; logo, na hipótese de insolvência de um dos sócios, e existindo a responsabilidade subsidiária, a perda a ele atribuível reparte-se pelos demais, proporcionalmente ao seu quinhão.

O mesmo sistema foi criado quanto à sociedade simples. Todavia, a redação do art. 1.023 do novo CC, menos feliz do que a do art. 1.396 do CC/1916, ao incorporar o conceito de solidariedade, suscita dúvidas e gera insegurança jurídica relativamente à possibilidade de contratar a limitação da responsabilidade. Essa insegurança aumenta com o acima citado Enunciado 61 da I Jornada, cujo significado é o de que a responsabilidade dos sócios é sempre subsidiária, devendo o contrato social determinar se ela se restringe ao quinhão de cada sócio ou se há solidariedade entre eles quanto ao saldo devido. Talvez o motivo da confusão tenha sido a mistura de planos de responsabilidade. Com efeito, a subsidiariedade atua no plano entre sociedade e sócios, enquanto a solidariedade diz respeito à relação entre sócios. Tal insegurança jurídica, por si só, poderá afastar do tipo simples os sócios que licitamente quiserem e puderem contratar a responsabilidade limitada, como é o caso das atividades rurais, de pequenos empresários e literárias, científicas e artísticas de maneira geral.

**Arts. 997, VIII, 1.023, 1.024 e 46, V**

Autor: André Ricardo Cruz Fontes, Juiz Federal

**ENUNCIADO:** A responsabilidade pessoal dos sócios na sociedade do tipo simples (sociedade simples pura) por dívidas sociais depende de previsão constante do contrato social.

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

**Arts. 997, VIII, 1.023 e 265**

Autor: André Ricardo Cruz Fontes, Juiz Federal

**ENUNCIADO:** A responsabilidade subsidiária dos sócios na sociedade do tipo simples (sociedade simples pura), quando prevista no contrato social, somente será solidária se assim houverem entre si ajustado.

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

**Arts. 997 e 1.054**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** As indicações contidas nos incisos I, II, III, IV, VI e VII do art. 997 são obrigatórias nos contratos de sociedade limitada, observando-se o direito dos sócios de optar pela firma social ou denominação. A indicação contida no inciso V é de aplicação facultativa, e a do inciso VIII não se aplica ao tipo limitada, em razão da norma do art. 1.052. As Leis ns. 6.015/73 e 8.934/94 e o Regulamento desta (Decreto n. 1.800/96) podem exigir outras indicações, aplicáveis em caráter subsidiário.

JUSTIFICATIVA

A remissão feita pelo art. 1.054 ao art. 997 acerca das cláusulas obrigatórias no contrato de sociedade limitada deve ser seletiva, considerando-se não só o uso da expressão “no que couber”, pelo legislador, como também as normas especiais aplicáveis ao tipo limitada. Assim, das indicações contidas no art. 997, afasta-se de plano o inciso VIII, haja vista não ser admitida nessa forma de sociedade a responsabilidade subsidiária dos sócios, em razão da norma do art. 1.052 – responsabilidade limitada ao valor da quota – e de os sócios não poderem dispor sobre a regra da responsabilidade inerente ao tipo, salvo na sociedade simples, em

que há flexibilidade sobre a matéria (arts. 997, VIII, e 1.023). O inc. V não pode ser aplicado em caráter cogente, por força da determinação contida no art. 1.055, § 2º. Sem embargo, não há impedimento à descrição facultativa de obrigações de fazer no contrato de limitada para um, alguns ou até todos os sócios, desde que tenha ocorrido subscrição de todas as quotas e a integralização se faça em bens.

Por fim, cabe ressaltar que a legislação especial sobre o registro da sociedade simples (RCPJ) ou da sociedade empresária e cooperativa (RPEM) pode conter exigências suplementares às do Código Civil, que devem ser observadas para que o arquivamento se faça “na forma da lei” e a sociedade adquira personalidade jurídica (art. 985).

### **Art. 998**

Autor: Ronald Amaral Sharp Junior, Professor, Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** A sede a que se refere o parágrafo único do art. 998 poderá ser a da administração ou a do estabelecimento onde se realizam as atividades sociais.

### JUSTIFICATIVA

As pessoas jurídicas possuem domicílio real e de eleição (art. 75, inc. IV, § § 1º e 2º). Por domicílio real se entende a sede efetiva, de onde irradiam os principais negócios e decisões. Segundo Miranda Valverde, *pouco importa, quanto às pessoas jurídicas, que contratos ou ato constitutivo hajam fixado em outro lugar um domicílio chamado especial. No domicílio real, vale dizer, na sede da administração, perante o juízo, em cuja jurisdição ela se localiza, é que se abrirá a falência do devedor. Outro não é, certamente, o espírito da lei. A sede administrativa é, com efeito, o ponto central dos negócios de onde partem todas as ordens que imprimem e regularizam o movimento econômico dos estabelecimentos produtores. As relações externas com fornecedores, clientes, bancos, etc. realizam-se por seu intermédio. Na sede da administração é que se faz a contabilidade geral das operações onde, por isso, devem estar os livros legais da escrituração, os quais, mais do que o valor pecuniário ou a importância do estabelecimento produtor, interessam, na falência ou concordata, à Justiça*<sup>1</sup>.

Assim, o registro poderá ser efetuado tanto na sede estatutária (domicílio de eleição) quanto na sede administrativa (domicílio real).

---

1 MIRANDA VALVERDE, Trajano de. *Comentários à Lei de Falências*. São Paulo: Forense, 1955. v. 1. p. 96.

### **Arts. 999, 1.004, parágrafo único, e 1.030**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** O quórum de deliberação previsto no art. 1.004, parágrafo único, e no art. 1.030 é de maioria absoluta do capital representado pelas quotas dos demais sócios, consoante a regra geral fixada no art. 999 para as deliberações na sociedade simples. Esse entendimento aplica-se ao art. 1.058 em caso de exclusão de sócio remisso ou redução do valor de sua quota ao montante já integralizado.

#### JUSTIFICATIVA

A referência à “*maioria dos demais sócios*” nos arts. 1.004, parágrafo único, e 1.030 para as deliberações que decidem a exclusão de sócio remisso ou a redução do valor de sua quota e a sua exclusão judicial, respectivamente, deve ser interpretada em consonância com a regra geral para as deliberações na sociedade simples (art. 999), isto é, a maioria absoluta de votos. Todavia, na aferição desse quórum, o referencial é mais da metade do capital social representado pelo valor das quotas dos demais sócios. A mesma orientação deve ser seguida na sociedade limitada para a exclusão do quotista remisso ou a redução do valor de sua quota, em virtude da remissão do art. 1.058 ao art. 1.004, parágrafo único.

### **Arts. 1.010, § 3º, e 1.053, parágrafo único**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** Responde por perdas e danos, em virtude de exercício abusivo do direito de voto, ainda que não prevalecente, o sócio de uma sociedade limitada cujo contrato determine a regência supletiva pela lei das sociedades por ações, se participar de uma deliberação tendo interesse contrário ao da sociedade (aplicação do art. 115, § 3º, da Lei n. 6.404/76). Nos demais casos, aplica-se o art. 1.010, § 3º, se o voto proferido foi decisivo para a aprovação da deliberação, ou o art. 187 (abuso do direito), se o voto foi abusivo, mas não prevaleceu, verificado, em qualquer caso, dano à sociedade ou aos sócios.

## JUSTIFICATIVA

A exigência do prevailecimento do voto nas deliberações sociais em que o sócio tiver interesse contrário ao da sociedade, para responsabilizá-lo por perdas e danos, não afasta a possibilidade de imputar-lhe a mesma sanção quando seu voto não for decisivo. Na sociedade limitada cujo contrato determinar a regência supletiva pela Lei n. 6.404/76, é possível responsabilizar o sócio por exercício abusivo do direito de voto, ainda que este não tenha prevalecido, por aplicação subsidiária do art. 115, § 3º, da Lei das Sociedades Anônimas.

Nos demais casos, aplica-se o art. 1.010, §3º, se o voto proferido foi decisivo para a aprovação da deliberação, ou o art. 187 (abuso do direito), se o voto foi abusivo, mas não prevaleceu, verificado, em qualquer caso, dano à sociedade ou aos sócios.

**Art. 1.011**

Autor: Ronald Amaral Sharp Junior, Professor de Direito Comercial do IBMEC e EMATRA

**ENUNCIADO:** Não são necessárias certidões para comprovar os requisitos do art. 1.011 no ato de registro da sociedade.

## JUSTIFICATIVA

Desde a implantação do Programa Nacional de Desburocratização, iniciado na gestão do ex-Ministro Hélio Beltrão, tem-se procurado eliminar documentos que constituam ônus desnecessários e entraves ao exercício dos mais diversos direitos. Em sua visão, o custo de acreditar na lisura das pessoas é muito menor que aquele gerado pela necessidade de examinar os documentos em que se baseiam suas informações. Além disso, os atos constitutivos de pessoas jurídicas são obrigatoriamente visados por advogados (art. 1º, § 1º, do EOAB – Lei n. 8.906/94). Por seu turno, o art. 37 da Lei n. 8.934/94, com a redação dada pela Lei n. 10.194/2001, determina que o pedido de arquivamento será acompanhado de declaração, dispensada a apresentação de certidões. Finalize-se que, na esteira da jurisprudência, *a mesma confiança que se deposita nas pessoas de direito público deve ser estendida às pessoas de direito privado, sob pena de quebra de um princípio de igualdade que as circunstâncias não justificam nem aplaudem*<sup>1</sup>, sobre a desnecessidade de autenticação

---

1 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. REsp n. 2002.444/BA, DJ 6/9/1999 *apud* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, REsp n. 204.887/SP, DJ 2/4/2001; *Boletim Juruá* n. 291, p. 23-26.

de peças na formalização dos recursos de agravo de instrumento. Acresce que o art. 1.150 dispõe que o registro civil observará as normas relativas à constituição das sociedades empresárias, caso as sociedades simples resolvam fazer uso da opção do art. 982 e adotem as formas empresárias, cujo registro, como se viu, dispensa a apresentação de certidões.

**Art. 1.011, § 1º**

Autor: André Ricardo Cruz Fontes, Juiz Federal

**ENUNCIADO:** A comprovação da presunção de capacidade e idoneidade faz-se por declaração do administrador.

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

**Art. 1.015, parágrafo único, III**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** Está positivada a teoria *ultra vires* no Direito brasileiro, com as seguintes ressalvas: a) o ato *ultra vires* não produz efeito apenas em relação à sociedade; b) sem embargo, a sociedade poderá, por meio de seu órgão deliberativo, ratificá-lo; c) o Código Civil amenizou o rigor da teoria *ultra vires*, admitindo os poderes implícitos dos administradores para realizar negócios acessórios ou conexos ao objeto social, os quais não constituem operações *evidentemente estranha aos negócios da sociedade*; d) não se aplica o art. 1.015 às sociedades por ações, em virtude da existência de regra especial de responsabilidade dos administradores (art. 158, inc. II, Lei n. 6.404/76).

JUSTIFICATIVA

O art. 1.015, parágrafo único, III, do Código Civil incorporou a teoria *ultra vires* em sua interpretação menos ortodoxa, adotada pelo Direito norte-americano. Segundo essa interpretação, os administradores estão autorizados a praticar atos acessórios ou conexos à atividade principal da sociedade (teoria dos poderes implícitos), sem que esta possa invalidá-los. Ao permitir que a sociedade alegue excesso por parte dos administradores, em operações *evidentemente* estranhas ao objeto social, a lei não está, rigorosamente, isentando a sociedade de responder por

qualquer ato fora do objeto social, mas somente por aqueles que não tiverem relação direta ou indireta com tal objeto. Como se trata de matéria do interesse da sociedade e dos sócios (interesse privado), não há impossibilidade de ratificação; ao contrário, o órgão deliberativo da sociedade poderá considerar válido e eficaz em relação à pessoa jurídica o ato irregular praticado pelo administrador. Se isso não ocorrer, nem assim o ato será anulável, persistindo seus efeitos em relação às partes que dele participaram (administrador e terceiro). O terceiro de boa-fé poderá exigir o cumprimento da obrigação pelo administrador e, também, responsabilizá-lo civilmente, apoiado no art. 1.016. Diante da determinação contida nos arts. 1.089 e 1.090, as sociedades por ações são reguladas em lei especial, em que não há previsão da teoria *ultra vires*. Na sistemática da Lei n. 6.404/76 (art. 158, II), o administrador responde pela violação da lei ou do contrato, sem que a sociedade possa invocar excesso para afastar sua responsabilidade.

### **Art. 1.015, parágrafo único, III**

Autor: Rodolfo Pinheiro de Moraes, Professor de Direito e Titular do Registro Civil de Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** O sócio não-administrador tem interesse legítimo de impugnar judicialmente os atos praticados em prejuízo da sociedade e objeto de deliberação pelos sócios administradores, sem que lhe seja aplicado o direito de recesso.

### JUSTIFICATIVA

O art. 1.021 garante a todos os sócios, administradores ou não, o direito de fiscalizar diretamente a gestão social. Se o Código prevê o exercício desse direito individualmente pelo sócio, óbvio está que lhe concedeu legitimidade para contrastar judicialmente os atos e operações sociais praticados pelos administradores. A previsão legal de um direito inclui, por decorrência lógica, todos os meios e instrumentos legais destinados à sua proteção. Portanto, não se há de resolver o caso apenas pela via do direito de recesso, tendo o sócio interesse em continuar na sociedade e estando armado de prerrogativas para controlar os poderes dos administradores.

### **Art. 1.016**

Autor: João Luis Nogueira Matias, Juiz Federal

**ENUNCIADO:** É obrigatória a aplicação do art. 1.016 do Código Civil de 2002, que regula a responsabilidade dos administradores, a todas as sociedades limitadas,

mesmo àquelas em que seja prevista a aplicação supletiva das normas das sociedades anônimas no contrato social.

### JUSTIFICATIVA

A doutrina tem entendido que o novo Código Civil estabeleceu duas subespécies de sociedades limitadas: uma delas vinculada, subsidiariamente, às normas das sociedades simples; a outra, às normas das sociedades anônimas, quando estabelecida no contrato social a aplicação supletiva do regramento do anonimato. Tal compreensão não pode, entretanto, deixar de considerar a norma do art. 1.070, que vincula a responsabilidade do membro do Conselho Fiscal ao padrão típico dos administradores, indicando como tal o molde fixado no art. 1.016. Defendo que, sempre, a responsabilidade dos administradores da sociedade limitada seguirá a regra prevista no aludido artigo (art. 1.016), mesmo que sejam aplicadas as normas do anonimato, supletivamente.

Raciocínio diverso, que permitisse para o subtipo de sociedade limitada vinculado ao regramento do anonimato a aplicação das regras de responsabilidade dos administradores daquelas sociedades (art. 158 da Lei n. 6.404/76), levaria a admitir a existência não de duas subespécies de sociedades limitadas mas, na verdade, ao reconhecimento de duas sociedades distintas, já que o ponto central de distinção entre duas sociedades é a definição da forma de responsabilidade de seus sócios e administradores.

#### **Art. 1.027**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** A sociedade a que se refere a parte final do art. 1.027 (*até que se liquide a sociedade*) é a sociedade conjugal, dissolvida pela morte do cônjuge de sócio ou pela separação judicial, e não a sociedade simples. O artigo não se aplica à separação judicial de sócio casado no regime de bens da separação absoluta, em razão da inexistência de meação.

### JUSTIFICATIVA

O enunciado tem por finalidade esclarecer a redação dúbia da parte final do art. 1.027, quando faz referência à liquidação da sociedade. A liquidação em questão

não é da sociedade simples, pois esta não se liquida pela dissolução da sociedade conjugal estabelecida por um dos sócios, em razão da autonomia subjetiva da pessoa jurídica. Segundo a norma, o herdeiro do cônjuge do sócio não pode, por ocasião da morte, exigir imediatamente da sociedade a parte que lhe couber pelo direito sucessório. Deverá haver a apuração da parte do herdeiro no inventário, e somente depois de ultimado esse procedimento é que ele fará jus à sua parte. Enquanto isso, ele participará periodicamente dos lucros que vierem a ser distribuídos pela sociedade. A mesma solução é adotada em caso de separação judicial em relação ao cônjuge do sócio, que deverá aguardar a partilha do patrimônio comum.

O objetivo da norma é evitar pagamentos indevidos da sociedade ao herdeiro ou cônjuge antes de efetuada a partilha da herança ou do patrimônio comum, em fraude à lei. Diante da regra do art. 1.687 do Código Civil, não se aplica o art. 1.027 à separação judicial de sócio casado no regime de bens da separação absoluta, em razão da inexistência de meação.

#### **Art. 1.028, I e II**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** Diante da possibilidade de o contrato social permitir o ingresso do sucessor de sócio falecido na sociedade, ou de os sócios acordarem com os herdeiros a substituição de sócio falecido, sem liquidação da quota em ambos os casos, é lícita a participação de menor em sociedade, pela inexistência de vedação no Código Civil.

#### JUSTIFICATIVA

O Código Civil não manteve a vedação à participação de menor, na qualidade de sucessor do sócio falecido, presente no art. 308 do Código Comercial. Além de não ter mantido a proibição, permite expressamente ao incapaz prosseguir individualmente no exercício da empresa exercida anteriormente por ele ou por terceiro, com autorização judicial (art. 974). O art. 1.028, I, implicitamente, autoriza a participação do sucessor na sociedade, inclusive menor, quando o contrato não contiver cláusula restritiva, ou se, por acordo com os herdeiros, for autorizada a substituição do sócio pré-morto.

#### **Arts. 1.029 e 1.077**

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** O direito de retirada do sócio dissidente de sociedade limitada é regulado no art. 1.077 do Código Civil e tem aplicação tanto no caso de sociedades constituídas por tempo determinado quanto por tempo indeterminado. Inadmitido o recesso, aplicam-se as seguintes regras: a) o sócio poderá retirar-se da sociedade por tempo determinado se provar judicialmente justa causa (art. 1.029, 2ª parte); não conseguindo seu intento na ação judicial e havendo conduta ilícita de sua parte, com dano à sociedade e/ou aos demais sócios, caberá indenização pela despedida antes do prazo; b) nas sociedades por tempo indeterminado, o sócio poderá ceder suas quotas a outro sócio ou a terceiro, observadas a disposição contratual a esse respeito ou as regras do art. 1.057, supletivamente; c) nas sociedades por tempo indeterminado, na eventualidade de o sócio dissidente ficar sujeito ao arbítrio da maioria e, com isso, encontrar-se impossibilitado de negociar suas quotas, admite-se a retirada, por via judicial, com fundamento na Constituição (art. 5º, XX) e na teoria do abuso de direito (art. 187 do Código Civil).

#### JUSTIFICATIVA

O direito de retirada na sociedade limitada não é tão amplo quanto nos outros tipos de sociedades reguladas no Código Civil, nem restrito como nas sociedades por ações. O legislador estabeleceu regra própria no art. 1.077, à semelhança da cessão da quota no art. 1.057. Admite-se a retirada do quotista dissidente mediante reembolso de suas quotas, calculado nos termos do art. 1.031, nas hipóteses de modificação do contrato social, incorporação e fusão, tanto na sociedade constituída por tempo determinado quanto indeterminado.

Inadmitido o recesso, deve ser observado, primordialmente que: a sociedade limitada tem regras próprias e estas, por vezes, não se confundem com aquelas prescritas para a sociedade simples ou a sociedade anônima; nenhuma interpretação pode conduzir à permanência do sócio na sociedade contra a sua vontade, ausente qualquer solução que possibilite o recebimento de seus haveres, por contrariar expressamente a Constituição (art. 5º, XX); a lei concede ao sócio a possibilidade de negociar suas quotas com os demais sócios ou terceiros, nos termos do contrato ou do art. 1.057; o abuso do direito de sócio não pode ser legitimado com a invocação da cláusula contratual restritiva (*pacta sunt servanda*).

À luz de tais premissas, adotam-se as seguintes regras de interpretação: a) o sócio poderá retirar-se da sociedade por tempo determinado provando judicialmente justa causa, por aplicação supletiva do art. 1.029, 2ª parte. Não conseguindo seu intento na ação judicial e havendo conduta ilícita de sua parte, com dano à sociedade e/ou aos demais sócios, caberá indenização pela despedida antes do prazo; b) nas

sociedades por tempo indeterminado, o sócio poderá ceder suas quotas a outro sócio ou a terceiro, com observância da disposição contratual a esse respeito, ou das regras do art. 1.057, supletivamente; c) nas sociedades por tempo indeterminado, na eventualidade de o sócio dissidente ficar sujeito ao arbítrio da maioria e, com isso, achar-se impossibilitado de negociar suas quotas, admite-se a retirada, por via judicial, com fundamento na Constituição Federal e na teoria do abuso do direito (art. 187 do Código Civil). A conduta dos sócios que se recusam a autorizar a cessão da quota a terceiro, e tampouco aceitam sua cessão a outro sócio, revela o exercício arbitrário do direito e acarreta a permanência compulsória do dissidente na sociedade, contrariando dispositivo constitucional (art. 5º, XX).

### **Art. 1.030**

Autor: Carlos Rebelo, Juiz Federal da Seção Judiciária de Sergipe

**ENUNCIADO:** Sociedade personificada. Consignada cláusula contratual expressa, a exclusão de sócio por incapacidade superveniente independe de intervenção judicial.

### JUSTIFICATIVA

*A vexata quaestio prende-se ao art. 1.030 do Código Civil: Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.*

Aí está a modalidade mencionada para a exclusão: **judicialmente**. A partir do uso desse advérbio de modo, seus efeitos incluirão todas as possibilidades que lhe seguem na ordem fraseológica, ou, tão-somente, a alternativa mais próxima?

Na primeira acepção estariam abrangidas: a) falta grave (...); b) incapacidade superveniente.

Numa outra maneira de iluminar, a imposição da invocação judicial só ocorreria em caso de falta grave. De qualquer sorte, pode ser que o afastamento extrajudicial seja consignado em cláusula contratual no caso de incapacidade superveniente.

Observe-se que este artigo, também, está a merecer pleito de alteração perante o Poder Legislativo.

### **Art. 1.030, parágrafo único, III**

Autor: Marlon Tomazette, Procurador do Distrito Federal e Professor

**ENUNCIADO:** A deliberação sobre o ajuizamento de ação para a exclusão do sócio é tomada pelo número de sócios, não computado o sócio a ser excluído e não importando a participação no capital social.

### JUSTIFICATIVA

A exclusão se justifica pelo princípio da preservação da atividade exercida pela sociedade, isto é, por razões de ordem econômica que impõem a manutenção da atividade produtora de riquezas, em virtude dos interesses de trabalhadores, do fisco e da comunidade. O ordenamento jurídico deve assegurar os meios capazes de expurgar todos os elementos perturbadores da vida da sociedade, uma vez que a sua extinção pode afetar os interesses sociais na manutenção da atividade produtiva<sup>1</sup>.

A exclusão do sócio é um direito da própria sociedade de se defender contra aqueles que põem em risco sua existência e sua atividade. É um direito inerente à finalidade comum do contrato de sociedade, independentemente de previsão contratual ou legal<sup>2</sup>.

E não se diga que se trata de medida drástica contra os sócios, que teriam interesses a ser respeitados. Conforme se verá, a exclusão não é imotivada, e o motivo faz com que prevaleça o interesse da sociedade em detrimento do interesse individual do sócio, ainda que majoritário, *cuja presença é elemento pernicioso para o seu normal funcionamento e para a prosperidade da sua empresa*<sup>3</sup>.

São possíveis motivos de exclusão: a) grave inadimplência das obrigações sociais; b) incapacidade superveniente; c) impossibilidade do pagamento de suas quotas (sócio remisso).

Ressalvada a hipótese do sócio remisso<sup>4</sup>, que pode ser excluído extrajudicialmente, a exclusão deve ser decretada judicialmente (art. 1.029), o que protege os sócios.

Consagrando-se como regra a exclusão judicial de um sócio, é imprescindível o ajuizamento de uma ação, tendo em vista o princípio dispositivo que rege o Processo Civil. Tal ação tramitará pelo rito ordinário, e terá como autora a própria sociedade, e como réu o sócio que se pretende excluir.

O direito de excluir o sócio faltoso é da sociedade, e não dos demais sócios<sup>5</sup>, por isso ela é a autora da ação de exclusão. Em função dessa titularidade do

---

1 NUNES, A. J. Avelãs. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. p. 58; BERTOLDI, Marcelo M. *Curso avançado de Direito Comercial*. v. 1. p. 229.

2 NUNES, *op. cit.*, p. 61-62.

3 *Idem*, p. 58.

4 ANDRADE JÚNIOR, Attila de Souza Leão. *O novo Direito Societário brasileiro*. p. 122.

direito à exclusão, é necessário que a sociedade delibere o ajuizamento da ação. Para tanto, necessita-se a concordância da maioria absoluta dos sócios, computados por cabeça, e não pela participação no capital social, aliado da votação o sócio a ser excluído<sup>6</sup>. Assim, numa sociedade de 11 sócios, seria necessária a concordância de 6 deles para o ajuizamento da ação, a fim de excluir o sócio faltoso, mesmo que este detenha a maioria do capital social.

Conquanto o teor do art. 1.030 do Código Civil de 2002 não seja tão claro a respeito da matéria, acreditamos que essa é a melhor interpretação. Não se computa o sócio a ser excluído, pois é dito que a exclusão depende da iniciativa dos **demais** sócios, além do que o sócio a ser excluído seria suspeito para participar da votação. Além disso, a votação é tomada pelo número de sócios, e não pela participação no capital social, porquanto é usada a expressão “maioria dos sócios” e não dos “votos” – como consta do art. 1.010 do mesmo diploma – quando a votação é feita de acordo com a participação no capital social, e não por cabeça.

### Art. 1.033, I

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** A sociedade por tempo determinado não perde personalidade jurídica diante da prorrogação *ex vi lege* prevista no art. 1.033, I, do Código Civil. Sem embargo, responderá por perdas e danos a pessoa obrigada por lei ou pelo contrato a proceder ao arquivamento da alteração contratual no registro competente, diante da omissão ou demora.

### JUSTIFICATIVA

A decisão do legislador de prorrogar, por tempo indeterminado, a sociedade constituída por tempo determinado que não entra imediatamente em liquidação e continua exercendo sua atividade sem oposição de sócio revela a preocupação com a manutenção da atividade (empresarial ou não) e dos benefícios que ela proporciona. Diante de tal orientação, e em homenagem ao princípio fundamental do valor social da livre-iniciativa, não se pode conceber que a sociedade perca a personalidade jurídica, vencido o tempo de sua duração. Não obstante, o fato de a lei conceder,

---

5 NUNES, *op. cit.*, p. 253; CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13. p. 323.

6 FERRARA JÚNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*, p.330; JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di Diritto Commerciale*, p. 365; GALGANO, Francesco. *Diritto Civile e Commerciale*. v. 3. t. 1. p. 390; NUNES, *op. cit.*, p. 262.

imperativamente, a prorrogação do contrato por tempo indeterminado não derroga a obrigação legal de realização da alteração contratual e arquivamento no registro competente. A falta dessa providência em nada atingirá a personificação da sociedade, mas acarretará a responsabilidade civil da pessoa obrigada por lei ou pelo contrato a proceder ao arquivamento da alteração contratual por eventuais danos causados a terceiros pela omissão ou demora.

### **Art. 1.033, III**

Autor: Rodolfo Pinheiro de Moraes, Professor de Direito e Titular do Registro Civil de Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** A deliberação do art. 1.033, III, também é forma consensual de dissolução.

#### JUSTIFICATIVA

As corporações (*universitas personarum*) têm nos sócios ou associados a sua origem, a fonte maior de formação da vontade social. Ao estabelecer o dispositivo em comento a possibilidade de os sócios deliberarem, pelo voto da maioria absoluta, sobre a dissolução da sociedade que tiver prazo de duração indeterminado, fê-lo de forma a criar uma hipótese de dissolução baseada no princípio da autonomia da vontade e no mútuo consenso.

### **Art. 1.033, IV**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** O prazo de 180 dias para a reconstituição da pluralidade de sócios, na sociedade unipessoal, conta-se da data em que, efetivamente, o quadro social fica reduzido a um sócio, independentemente de arquivamento da alteração contratual no registro competente.

#### JUSTIFICATIVA

Diante da omissão do legislador em fixar o termo inicial do prazo de 180 dias para o sócio remanescente reconstituir a pluralidade de sócios, é recomendável fixar uma orientação a ser seguida, inclusive para determinar o momento em que se inicia a

dissolução de pleno direito da sociedade unipessoal. O termo inicial não pode ficar ao alvedrio do sócio remanescente que se recusa a levar a alteração contratual ao registro competente, ou toma essa providência intempestivamente, depois da saída ou exclusão do sócio. É preciso que a situação fática de unipessoalidade prepondere, haja vista ser o arquivamento de documentos no registro competente ato meramente declaratório de uma situação jurídica, cuja publicidade servirá para a produção de efeitos em relação a terceiros, salvo se a lei expressamente dispuser em contrário, o que não se verifica *in casu*. Portanto, o fato de o sócio remanescente levar ou não a alteração contratual a registro, dentro ou fora do prazo de trinta dias do art. 36 da Lei n. 8.934/94, não impedirá o início do *dies a quo*, que flui a partir da data em que a sociedade passa a ter um único sócio.

#### **Art. 1.034**

Autor: Rodolfo Pinheiro de Moraes, Professor de Direito e Titular do Registro Civil de Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** É caso de resolução a decisão judicial que dissolve a sociedade.

#### JUSTIFICATIVA

Enquanto as causas de dissolução do art. 1.033 parecem estar vinculadas aos casos de exercício de direito potestativo de resilir o contrato de sociedade, ou a certas hipóteses legais, as hipóteses de resolução judicial, previstas no art. 1.034, estão ligadas aos vícios na constituição e à impossibilidade superveniente de sua continuação. No último caso, a dissolução ocorre *ope judicis*, continuando a existir a sociedade até que sobrevenha decisão a respeito de sua desconstituição. A sentença terá natureza constitutiva negativa. Já no art. 1.033, a dissolução ocorre *ex vi legis* ou *ex voluntate*, e a eventual demanda judicial não versará sobre a dissolução em si, mas sobre a liquidação da sociedade e os haveres dos sócios.

#### **Art. 1.053**

Autor: Alcir Luiz Coelho, Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** A sociedade limitada rege-se, nas previsões deste capítulo, pelas normas da sociedade simples, com exceção daquelas previstas nos arts. 997, V, e 1.024 do Código Civil.

## JUSTIFICATIVA

A introdução, por emenda do Congresso, do parágrafo único do art. 1.053, admitindo que *o contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima*, não elimina a possibilidade de o contrato social da sociedade limitada nada dispor quanto à aplicação supletiva das normas das sociedades anônimas. No caso de ser omissivo o contrato, aplicar-se-iam as normas das sociedades simples. Com o enunciado não haveria necessidade da aprovação de projeto de lei visando à modificação do art. 1.053 para que as omissões no regramento das sociedades limitadas sejam superadas pela lei das sociedades anônimas, dada a maior afinidade entre limitadas e anônimas. Ficaria claro que nas sociedades limitadas não se permite sócio prestador de serviço (art. 997, V), nem pode o sócio responder com seus bens, na forma do art. 1.024.

### **Art. 1.053**

Autor: Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Professor Titular da Universidade Federal do Paraná

**ENUNCIADO:** A aplicação supletiva das disposições relacionadas à sociedade anônima em virtude de previsão contratual só se fará na hipótese de sociedade limitada em matéria que não seja objeto de regulação expressa, compondo seu regime jurídico próprio (CC, art. 1.053, parágrafo único).

## JUSTIFICATIVA

A regra do art. 1.053, parágrafo único, não faculta a adoção do regime do anonimato para as limitadas. A aplicação da Lei das Sociedades Anônimas às sociedades limitadas terá sempre caráter supletivo ao regime jurídico que lhes é próprio.

Assim, a limitada não pode emitir debêntures, criar partes beneficiárias, excluir ou restringir o direito de voto de alguns sócios etc. Não pode, enfim, criar ou observar regramento incompatível com as normas que delimitam o seu regime jurídico.

### **Art. 1.055, § 1º**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** A solidariedade entre os sócios da sociedade limitada pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social abrange os casos de constituição e aumento do capital e cessa após cinco anos da data do registro da sociedade. Por conseguinte, a partir desse momento, somente responderá o subscritor nos aumentos futuros do capital.

#### JUSTIFICATIVA

Tanto na constituição da sociedade quanto no aumento do capital há conferência de bens ao capital social, razão pela qual a solidariedade durante cinco anos pela exata estimação dos bens entre os sócios quotistas faz-se presente nas duas situações. Como essa solidariedade é temporária, nos aumentos de capital ocorridos a partir do término do prazo legal, a responsabilidade pela estimação inexata dos bens conferidos ao capital restringe-se ao sócio subscritor.

#### **Art. 1.055, § 1º**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** Não haverá solidariedade pela estimação dos bens conferidos ao capital social, se os sócios, voluntariamente ou por força do contrato, adotarem procedimento de avaliação dos bens, com nomeação de peritos ou sociedade especializada. Nesse caso, a responsabilidade perante os sócios, a sociedade e terceiros prejudicados será dos avaliadores e do subscritor, em caso de dolo ou culpa (aplicação, por analogia, do art. 8º, § 6º, da Lei n. 6.404/76).

#### JUSTIFICATIVA

O verbo “estimar”, utilizado na redação do § 1º do art. 1.055, deve ser interpretado como atribuição de um valor pelos sócios aos bens por eles conferidos ao capital da sociedade limitada. Portanto, não haverá solidariedade entre os sócios durante cinco anos pelo valor exato, real, do bem, se eles realizarem uma avaliação prévia desses bens, seja por previsão contratual, seja por deliberação social. Nesse caso, como não houve estimação, e sim avaliação, feita por peritos ou sociedade especializada, a responsabilidade ficará restrita aos avaliadores e ao subscritor, em caso de dolo ou culpa (aplicação, por analogia, do art. 8º, § 6º, da Lei n. 6.404/76).

**Art. 1.055, § 1º**

Autor: Marcos Mairton da Silva, Juiz Federal

**ENUNCIADO:** O prazo de cinco anos para o terceiro interessado questionar a estimação de bens feita pelos sócios da limitada na integralização de capital com bens, no caso de aumento de capital, inicia-se da averbação do ato.

JUSTIFICATIVA

Apesar de o art. 1.055, § 1º, referir-se apenas ao prazo de cinco anos da data do registro da sociedade, no caso de integralização de capital com bens, para se questionar o valor atribuído a esses bens, há de se aplicar o mesmo raciocínio, em nome do princípio da isonomia, no caso de aumento de capital. Como nesse caso não se dá a inscrição da sociedade, mas o registro da averbação do aumento de capital, é desse ato que se conta o prazo de cinco anos referido no dispositivo legal.

**Art. 1.057**

Autor: Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Professor Titular da Universidade Federal do Paraná

**ENUNCIADO:** Sociedade limitada. Instrumento de cessão de quotas. Na omissão do contrato social, a cessão de quotas sociais de uma sociedade limitada pode ser feita por instrumento próprio, averbado no registro da sociedade, independentemente de alteração contratual, nos termos do art. 1.057, parágrafo único, do Código Civil.

JUSTIFICATIVA

Se o contrato social for omissivo, o sócio da sociedade limitada pode alienar todas as suas quotas ou parte delas a outro sócio sem audiência dos demais (art. 1.057). Isso significa que, independentemente do percentual de sua participação, é livre a negociação de quotas entre os sócios. Sendo assim, na operação de transmissão de quotas entre sócios, não há deliberação a respeito, nem pode haver interferência da maioria. Conseqüentemente, a operação não precisa materializar-se em alteração contratual com as exigências de maioria qualificada etc. O instrumento de cessão, contendo as assinaturas do cedente e do cessionário, é documento hábil a ser averbado à margem da inscrição da sociedade no registro próprio (art. 1.057, parágrafo único).

Da mesma forma, deve-se entender que, nada dispondo o contrato social a respeito, a alienação de quotas sociais a estranho, contendo a anuência de sócios que representem, no mínimo,  $\frac{3}{4}$  do capital social, pode materializar-se, também, em instrumento de cessão de quotas, sem que seja necessário ou exigível alteração contratual ou prévia deliberação quanto à operação em reunião ou assembléia.

**Art. 1.060, c/c os arts. 997, VI, e 1.062, § 2º**

Autor: Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Professor Titular da Universidade Federal do Paraná

**ENUNCIADO:** A sociedade limitada pode ter pessoa jurídica como sua administradora.

### JUSTIFICATIVA

Com base no art. 997, inc. VI, do Código Civil, que alude às pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade simples, e no art. 1.062, § 2º, que exige seja declinado no termo de posse do administrador seu nome, nacionalidade, estado civil e residência, tem-se sustentado o entendimento de ser vedado à sociedade limitada possuir pessoa jurídica em sua administração. Isso se justificaria por ter sido eliminada a delegação de gerência e porque esse tipo societário poder contar com administrador não-sócio – o que obviaria o inconveniente daquela vedação.

Contudo, não parece que os mencionados dispositivos conduzam a essa inexorável conclusão.

É bom esclarecer, de início, que a administração da sociedade por quotas de responsabilidade limitada não se fazia com o instituto da delegação de gerência. A pessoa jurídica investida como administradora designava alguém para exteriorizar os atos de administração que lhe competiam (pela impossibilidade física de ela agir no mundo dos fatos, a impor a necessidade de servir-se de alguém com existência material para praticar os atos de administração). Na administração da limitada por pessoa jurídica não há delegação, não há transferência de gestão, mas seu exercício pela própria pessoa jurídica, exteriorizado por quem ela indicar.

Em segundo lugar, não há nenhum impedimento ao exercício da administração por pessoa jurídica. O art. 1.013 do Código Civil estabelece que, nada dispondo o contrato social, a administração compete a cada um dos sócios separadamente, sem distinguir entre sócios pessoas naturais e jurídicas. A vedação da participação de pessoa jurídica no quadro social só existe para as sociedades em nome coletivo e em comandita simples (arts. 1.039 e 1.046). Ademais, o art. 1.060, relativo à sociedade limitada, satisfaz-se em dizer que ela *é administrada por uma ou*

*mais pessoas, designadas no contrato social ou em ato separado, sem distinguir as naturais das jurídicas.*

O art. 997 do Código Civil é norma geral, aplicável à sociedade simples, integrando apenas supletivamente o regime jurídico dos demais tipos societários. Seu inciso VI possui caráter meramente enunciativo, já que em alguns tipos societários, como no caso da limitada, o administrador pode não figurar no contrato social. De todo modo, pode ser entendido no sentido de que, quando a pessoa jurídica for administradora, seu representante (sempre pessoa natural), que irá praticar, por ela, os atos de gestão, deverá estar indicado no contrato social.

O art. 1.062, § 2º, refere-se ao termo de posse do administrador designado por ato em separado, portanto, não tem aplicação geral. Não há lavratura de termo de posse se o administrador é nomeado no contrato. De qualquer forma, é evidente que, em se tratando de pessoa jurídica administradora, os requisitos do termo de posse devem ser atendidos pela pessoa natural que o assina, ou seja, aquele que se irá qualificar como porta-voz da pessoa jurídica na administração.

O estranho indicado para a administração da pessoa jurídica não faz as vezes daquele indicado para exercer a administração pela pessoa jurídica. Uma coisa é a pessoa jurídica eleger alguém para administrar; outra, é ela própria exercer a administração. No primeiro caso, não há responsabilidade sua pelos atos de gestão; no segundo, ela está vinculada por todos os atos praticados em seu nome.

A interpretação aqui sustentada visa eliminar a dúvida e evitar que a grande quantidade de sociedades limitadas administradas por outra sociedade sejam obrigadas a mudar sua estrutura de administração e perder a segurança que decorre da adoção desse modo de administrar, permitido pelo regime jurídico anterior e, nessa parte, não revogado expressa, nem implicitamente, pelo Código Civil.

### **Arts. 1.060 e 997, VI**

Autor: André Ricardo Cruz Fontes, Juiz Federal

**ENUNCIADO:** A sociedade limitada pode ter como administrador pessoa jurídica.

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

### **Arts. 1.071, VIII, 1.072, § 4º, e 1.103, VII**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** A referência à concordata ou concordata preventiva no Código Civil deve ser interpretada como referência à recuperação judicial ou extrajudicial, a partir da entrada em vigor da nova Lei de Falências.

#### JUSTIFICATIVA

A nova Lei de Falências extingue o instituto da concordata e introduz os institutos da recuperação judicial e extrajudicial, com o objetivo de preservar a continuidade da empresa e evitar a quebra. Diante da inexistência de norma, nas disposições gerais da nova Lei de Falências, que determine a substituição dos termos “concordata” ou “concordata preventiva” por “recuperação judicial e extrajudicial” na legislação especial e no Código Civil, justifica-se o presente enunciado. Na nova Lei de Falências há apenas uma menção, no art. 198, aos *proibidos de requerer concordata*, que passam a ser reputados “proibidos de requerer recuperação judicial ou extrajudicial”. Por analogia, a mesma orientação deve ser adotada em relação aos arts. 1.071, VIII, 1.072, § 4º, e 1.103, VII, do Código Civil. Destarte, depende de deliberação dos sócios, em reunião ou assembléia, o pedido de recuperação judicial ou extrajudicial. Em caso de urgência, os administradores poderão requerer recuperação judicial ou homologação de acordo de recuperação extrajudicial, com autorização de sócios com mais da metade do capital social; compete ao liquidante requerer recuperação judicial ou extrajudicial da sociedade liquidanda.

#### **Arts. 1.074, caput, e 1.079**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** A exigência da presença de titulares de  $\frac{3}{4}$  (três quartos) do capital social, como quórum mínimo de instalação, pode ser alterada pelo contrato de sociedade limitada com até dez sócios, quando as deliberações sociais obedecerem à forma de reunião, sem prejuízo da observância das regras do art. 1.076 referentes ao quórum de deliberação.

#### JUSTIFICATIVA

Consoante a regra do art. 1.079, de que cabe ao contrato regular a reunião dos sócios nas sociedades com até 10 membros, e, nas omissões daquele, serão

observadas as regras referentes à assembléia, a exigência da presença de  $\frac{3}{4}$  (três quartos) do capital social, como quórum mínimo de instalação, só é obrigatória para as assembléias. Prevendo expressamente a reunião como forma de deliberação, o contrato pode fixar outro quórum de instalação, inclusive inferior a  $\frac{3}{4}$ . O quórum de deliberação, ao contrário, deverá respeitar as normas do art. 1.076.

### **Art. 1.076**

Autor: Nilson Lautenschleger Jr., Advogado

**ENUNCIADO:** Os quóruns previstos no art. 1.076 do Código Civil conformam matéria de Direito dispositivo, podendo ser alterado pelas partes. Como alternativa, o caráter cogente de tais quóruns deverá limitar-se às sociedades em que as decisões devem ser tomadas obrigatoriamente em assembléia, na forma do art. 1.072, § 1º.

#### JUSTIFICATIVA

Trata-se de dispositivo muito polêmico e de difícil implementação, pois que aproxima de forma indevida a sociedade limitada da sociedade anônima, na qual, aqui sim, a proteção do eventual público investidor é prioritária. Para a sociedade limitada deve continuar a prevalecer o elemento dispositivo, e a proteção de caráter público e cogente estar circunscrita às sociedades em que efetivamente houver a necessidade de tal proteção.

### **Art. 1.076 c/c 1.071**

Autor: Marcos Mairton da Silva, Juiz Federal

**ENUNCIADO:** O quórum mínimo para a deliberação da cisão da sociedade limitada é de três quartos do capital social.

#### JUSTIFICATIVA

O inciso VI do art. 1.071 relaciona matérias que dependem de deliberação dos sócios da sociedade limitada, as quais, conforme o inciso I do art. 1.076, dependem de um quórum mínimo de três quartos do capital social, a saber: a incorporação, a fusão, a dissolução e a cessação do estado de liquidação da

sociedade. Apesar de a cisão ser ocorrência de importância semelhante às matérias citadas, a lei não a inclui entre elas, o que pode levar ao entendimento de que, nesse caso, aplicar-se-ia o inciso III do art. 1.076 – deliberação por maioria dos presentes. Não é razoável, entretanto, que o legislador tenha pretendido dar tratamento tão diferente a situações tão semelhantes, notadamente quando se sabe que a Lei das S/A iguala as situações no que diz respeito à aprovação da matéria pela assembléia geral (art. 136, Lei n. 6.404/76) e que o legislador do Código Civil praticamente esqueceu-se de tratar da cisão também no Capítulo X, Subtítulo II, Título II, do Livro que trata do Direito de Empresa, fazendo menção a ela apenas no cabeçalho do Capítulo e no art. 1.122, ao contrário do tratamento dispensado aos institutos da fusão e da incorporação. É de se concluir, portanto, que uma interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos que regem a matéria conduz a um quórum de três quartos também para as cisões das limitadas.

#### **Art. 1.077**

Autor: Marlon Tomazette, Procurador do Distrito Federal e Professor

**ENUNCIADO:** Nas sociedades limitadas por prazo indeterminado, o exercício do direito de recesso independe de motivação.

#### JUSTIFICATIVA

No regime do Decreto n. 3.708/19, aplicava-se o princípio das deliberações sociais pela maioria (art. 15), sendo assegurada ao dissidente de qualquer deliberação a possibilidade de retirar-se da sociedade, com a apuração de seus haveres, nos termos do último balanço aprovado. Tal hipótese tinha aplicação restrita às sociedades por prazo determinado, diante da possibilidade da dissolução parcial imotivada nas sociedades por prazo indeterminado.

Tratando-se de sociedade por prazo indeterminado, assistia ao sócio o direito de retirar-se a qualquer tempo, com a apuração de seus haveres<sup>1</sup>, não implicando tal fato a dissolução da sociedade. Essa possibilidade de retirada é um corolário da natureza contratual de tais sociedades, segundo o princípio de que ninguém é obrigado a ficar preso a um contrato, podendo denunciá-lo a qualquer momento.

---

1 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 5. ed. v. 2. p. 420; LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, p. 567.

O Código Civil de 2002 não acolheu a solução preconizada pela doutrina, no sentido da restrição das hipóteses autorizadas do recesso dos sócios<sup>2</sup>, apesar do aplauso de Nelson Abrão<sup>3</sup>.

Nos termos do Código Civil de 2002 (art. 1.077), é autorizada a retirada dos sócios quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, fixando-se um prazo de 30 dias para o exercício de tal direito. Ora, mantém-se a regra geral de que, havendo modificação no contrato social, poderá ser exercido o direito de recesso, não se limitando tal direito à divergência relacionada com as alterações mais importantes do contrato social.

Não foi seguida a tendência do Direito estrangeiro. Na Itália, as hipóteses de recesso limitam-se aos casos de mudança do objeto social e do tipo societário, bem como de transferência da sociedade para o exterior<sup>4</sup>. No Direito português, a retirada só pode ocorrer nos casos de aumento do capital a subscrever total ou parcialmente por terceiros, mudança do objeto, prorrogação da sociedade e transferência da sede da sociedade para o exterior<sup>5</sup>. No Direito espanhol, a retirada é possível em casos de alteração do contrato social (alteração do objeto, mudança de domicílio, mudança do regime de transmissão das quotas) ou modificações estruturais (transformação em outro tipo societário, ou prorrogação da duração)<sup>6</sup>.

Acreditamos que, no que diz respeito às sociedades limitadas por prazo indeterminado, o direito de retirada mantém os mesmos contornos do regime do Decreto n. 3.708/19, vale dizer, o sócio pode retirar-se a qualquer tempo, independentemente de causa justificada. Tal possibilidade advém da natureza contratual do ato constitutivo de tais sociedades<sup>7</sup>, e é corroborado pelas disposições aplicáveis às sociedades simples.

Em se tratando de contrato por prazo indeterminado, assiste ao contratante o direito de denunciar o contrato, retirando-se<sup>8</sup>; ou extinguindo-o, por vezes. Outrossim, há disposição expressa nesse sentido no que diz respeito às sociedades simples, disposição esta aplicável supletivamente às limitadas. Trata-se da incidência do princípio de que ninguém é obrigado a ficar preso a um contrato por toda a vida, não se

---

2 LUCENA, *op. cit.*, p. 566-567.

3 ABRÃO, Nelson. *Sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, p. 175

4 BRUNETTI, Antonio. *Tratado del Derecho de las Sociedades*. Trad. de Felipe de Solá Cañizares. Buenos Aires: UTEHA. 1960. v. 3. p. 309.

5 FURTADO, Jorge Henrique Pinto. *Curso de Direito das Sociedades*, p. 485-486.

6 IRUJO, José María Embrid. *La sociedad de responsabilidad limitada*, p. 14.

7 COELHO, *op. cit.*, p. 434; LUCENA, *op. cit.*, p. 554-555.

8 DE CUPIS, Adriano. *Istituzioni di Diritto Privato*. v. 3. p. 21; GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 185; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 3. p. 101.

podendo cogitar da aplicação das regras relativas à sociedade anônima, já que esta não tem natureza contratual.

Em sentido contrário, José Edwaldo Tavares Borba<sup>9</sup> afirma que o Código Civil de 2002 limitou as hipóteses de recesso aos casos de alteração do contrato social, fusão ou incorporação. Do mesmo modo, Manoel Pereira Calças<sup>10</sup>, condicionando o recesso às hipóteses mencionadas no art. 1.077.

Numa posição intermediária, Waldo Fazzio Júnior<sup>11</sup> sustenta que, se forem aplicadas supletivamente as regras das sociedades simples, nesse caso terá lugar o art. 1.029 do Código Civil de 2002. Todavia, se for aplicada subsidiariamente a Lei das Sociedade Anônimas, o recesso estará restringido.

Apesar do brilhantismo dos defensores das teses acima, mantemos a opinião de que, em qualquer sociedade limitada por prazo indeterminado, os sócios possuem o direito de recesso independentemente de motivação, em função da natureza contratual da sociedade e sobretudo da garantia constitucional de que ninguém será compelido a manter-se associado.

### **Arts. 1.078, *caput*, e 1.079**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** Nas sociedades limitadas de até 10 (dez) sócios, havendo opção pela realização de deliberações sociais em reunião, não se aplica a exigência legal de efetuar reunião anual nos 4 (quatro) meses seguintes ao término do exercício social, se o contrato social dispuser diversamente.

### JUSTIFICATIVA

Diante da possibilidade de os sócios da sociedade limitada optarem pela realização das deliberações sociais na forma de reunião – interpretação do § 1º do art. 1.072, *a contrario sensu* –, não serão aplicáveis as disposições sobre as assembléias de sócios na parte que for regulada diversamente no contrato. Por conseguinte, a exigência de realização de uma assembléia anual nos quatro primeiros meses do novo exercício social para deliberar as matérias previstas no

---

9 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 128.

10 CALÇAS, Manoel Queiroz Pereira. *Sociedade limitada no Código Civil de 2002*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 133; NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 370; CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13. p. 245-246.

11 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades limitadas*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 171.

art. 1.078 poderá ser afastada, no tocante ao período fixado em lei (grife-se), se o contrato social dispuser em sentido diverso, ao regular a reunião de sócios. A omissão do contrato sobre a época de realização da reunião anual faz incidir o *caput* do art. 1.078, em virtude da aplicação subsidiária das normas sobre assembléia determinada pelo art. 1.079. Ressalte-se que não pode ser dispensada reunião anual de sócios para examinar as contas dos administradores e aprovar os balanços patrimonial e de resultado econômico.

### **Art. 1.080**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** A responsabilidade ilimitada dos sócios pelas deliberações infringentes da lei ou do contrato torna desnecessária a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez não constituir a autonomia patrimonial da pessoa jurídica escudo para a responsabilização pessoal e direta.

#### JUSTIFICATIVA

Consoante o entendimento doutrinário de que a desconsideração da personalidade jurídica é uma decisão judicial que responsabiliza os sócios por débitos da sociedade, ou esta por débitos daqueles (desconsideração inversa), em razão de a autonomia patrimonial representar um escudo à sua responsabilização pessoal, não cabe a aplicação da medida quando a lei atribui responsabilidade ilimitada aos sócios da sociedade limitada, como é a hipótese do art. 1.080 do Código Civil, pois, nesse caso, há responsabilidade direta, e não subsidiária.

### **Art. 1.085**

Autor: André Ricardo Cruz Fontes, Juiz Federal

**ENUNCIADO:** Justa causa. Exclusão. A justa causa não necessita de cláusula expressa, estando a garantia no procedimento. Somente necessita de cláusula expressa a justa causa contratual.

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

**Art. 1.089**

Autor: Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Professor Titular da Universidade Federal do Paraná

**ENUNCIADO:** A fusão e a incorporação de sociedade anônima continuam sendo reguladas pelas normas previstas na Lei n. 6.404 de 1976, não revogadas, quanto a esse tipo societário, pelo Código Civil (art. 1.089).

## JUSTIFICATIVA

O art. 1.089 do Código Civil estabelece: *a sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código*. É certo, porém, que a matéria relativa à fusão e à incorporação, previstas na Lei das Companhias, tinha aplicação a todos os tipos societários e que o Código Civil, em seus arts. 1.116 a 1.122, tratou dessas figuras por inteiro.

No entanto, há peculiaridades, que aquela lei prevê, como o protocolo e a justificação, o direito de retirada, os direitos de debenturistas, a publicação dos atos relativos à operação etc., que, no meu modo de ver, continuam em vigor, não só em razão das especificidades do tipo societário, como também por conta das disposições do art. 1.116, que trata da incorporação, e do art. 1.120, sobre a fusão, segundo as quais a deliberação sobre cada qual dessas figuras deve atender à *forma estabelecida para os respectivos tipos* (art. 1.116).

**Art. 1.093**

Autor: Ronald Amaral Sharp Junior, Professor, Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** A legislação especial ressalvada no art. 1.093 não inclui os arts. 17 a 20 da Lei n. 5.764/71, não recepcionados pela Constituição de 1988.

## JUSTIFICATIVA

O art. 18 da Lei n. 5.764/71 não pode conviver no ordenamento civil, pois não foi recepcionado constitucionalmente. Isso porque o art. 5º, inc. XVIII, da Constituição Federal elimina a anterior exigência de autorização prévia do Estado para funcionamento de cooperativa, exigência inscrita no referido art. 18, que mencionava, dentre os procedimentos de autorização governamental, o registro na Junta Comercial, além de eventual intervenção do Poder Público em seu funcionamento, também

vedada constitucionalmente no mesmo dispositivo (princípio da não-interferência). Nesse sentido é a lição, entre outros (Arnoldo Wald, Tavares Borba, José da Silva Pacheco e Fábio Ulhoa Coelho), de Modesto Carvalhosa<sup>1</sup>.

### **Arts. 1.116, 1.117 e 1.120**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** Nas fusões e incorporações entre sociedades reguladas pelo Código Civil, é facultativa a elaboração de protocolo firmado pelos sócios ou administradores das sociedades; havendo sociedade anônima ou comandita por ações envolvida na operação, a obrigatoriedade do protocolo somente a ela se aplica.

### JUSTIFICATIVA

Nos dispositivos do Código Civil que se referem à incorporação e à fusão das sociedades reguladas pelo Código, não há menção ao protocolo subscrito pelos sócios ou administradores. Há, destarte, uma diferença no procedimento dessas operações no âmbito das sociedades por ações em relação aos demais tipos de sociedade. Nas fusões e incorporações entre sociedades reguladas pelo Código Civil, é facultativa a elaboração de protocolo firmado pelos sócios ou administradores das sociedades; havendo sociedade anônima ou comandita por ações envolvida na operação, a obrigatoriedade do protocolo somente a ela se aplica, em razão do disposto no art. 224 da Lei n. 6.404/76.

### **Arts. 1.116 a 1.122**

Autor: Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Professor Titular da Universidade Federal do Paraná

**ENUNCIADO:** A cisão de sociedades continua disciplinada na Lei n. 6.404/76, aplicável a todos os tipos societários, inclusive no que se refere aos direitos dos credores. Interpretação dos arts. 1.116 a 1.122 do Código Civil.

---

1 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13. p. 396.

## JUSTIFICATIVA

O Projeto do Código Civil não tratava da cisão – figura que surgiu no Projeto de Lei das Sociedades por Ações, que lhe é posterior. Ao aprová-lo, o legislador limitou-se a inserir a palavra “cisão” no título do Capítulo X e no art. 1.122, sem, contudo, dispor a respeito do instituto.

Assim, a cisão continua sendo regulada consoante as disposições dos arts. 223 e seguintes da Lei do Anonimato, inclusive no que respeita aos direitos dos credores, cuja previsão há de ser aplicada em caráter suplementar, já que a norma do mencionado art. 1.122, na parte em que prevê o direito de o credor pedir a separação dos patrimônios (§ 3º), é incompatível com a operação. De fato, na cisão é materialmente impossível ao credor obter a separação dos patrimônios das sociedades resultantes da cisão, a não ser quando houver cisão com incorporação de parcela do patrimônio da sociedade cindida em outra, mas aí incidem as normas sobre incorporação.

### **Art. 1.142 e ss.**

Autor: Marcelo Andrade Feres, Professor de Direito Comercial do Centro Universitário de Brasília – CEUB; Doutorando e Mestre em Direito Comercial pela UFMG

**ENUNCIADO:** A sistemática do contrato de trespasse delineada pelo Código Civil em seus arts. 1.142 e ss., especialmente seus efeitos obrigacionais, aplica-se somente quando o conjunto de bens transferidos importar transmissão da funcionalidade do estabelecimento empresarial.

## JUSTIFICATIVA

Até agora, firmou-se o entendimento de que, no Brasil, o estabelecimento constitui uma universalidade de fato, o que torna difícil identificar, em abstrato, quando há, ou não, o trespasse. Trata-se de questão de difícil deslinde e, para solucioná-la, é oportuna a lembrança da lição de José de Oliveira Ascensão sobre a qualidade da universalidade de fato do estabelecimento: *São típicas da universalidade de facto a variabilidade dos componentes, bem como a dupla visão que representa em relação à realidade. Aquela pode ser considerada diversamente: ou atomisticamente, elemento por elemento, ou unitariamente, atendendo ao conjunto. As coisas incluídas na universalidade não perdem a sua autonomia. Por isso, negocialmente, podem ser encaradas como conjunto, ou como pluralidade de elementos singulares. Esta*

*dualidade de situações jurídicas para o enquadramento de um só objecto nada tem de aberrante em Direito*<sup>1</sup>.

Ao lado disso, não se pode olvidar que o estabelecimento é caracterizado por sua funcionalidade. Portanto, para falar em trespasse de estabelecimento, é necessário que haja a transferência de elementos suficientes à preservação de sua funcionabilidade como tal, ou seja, a universalidade adquirida deve ser idônea a operar como estabelecimento, ainda que tenha sido decotado algum de seus elementos originais. Essa entrega de algo funcionalmente apto enseja a transmissão da empresa (atividade) ao trespessário. Nesse sentido é a lição de Julius von Gierke<sup>2</sup>, para quem a transferência da *azienda* demanda, em primeiro lugar, a transmissão da esfera de atividades. Se não se transmite a atividade, não há falar em trespasse. A esse respeito, observe-se uma exceção: o estabelecimento que nunca esteve em funcionamento tem a aptidão funcional, pode ser base de uma empresa (atividade), mas ainda não o é. Na espécie, havendo alienação, isso importará a transmissão do estabelecimento, sem qualquer problema.

Na França, G. Ripert e R. Roblot<sup>3</sup> afirmam que, ao considerarmos o fundo de comércio como um direito à clientela, torna-se fácil definir, diante dos índices do caso concreto, se há ou não sua transmissão. Assim, o que vai delimitar a questão é a identificação do elemento determinante para a preservação da clientela. Como consequência, caso ele seja alienado, ocorrerá o trespasse.

A análise da casuística é extremamente complexa, principalmente pela construção indutiva, em que se parte do caso concreto para a sistemática geral. Conhecedora disso, a legislação portuguesa, em matéria de arrendamento urbano, prova delinear elementos objetivos para constatar se o negócio realizado se enquadra na hipótese de trespasse, ou não. A lei faz isso mediante uma indicação excludente, ou seja, ela prescreve hipóteses que não são reputadas alienação do estabelecimento. Observe-se, a propósito, o magistério de José de Oliveira Ascensão: *Mas para que se concretizem estes contratos, é necessário que incidam efetivamente sobre o estabelecimento. Para o assegurar, a lei considera que a situação em causa já se não verifica (arts. 11/2 e 115/2): quando a transmissão não seja acompanhada de transferência, em conjunto, das instalações, utensílios, mercadorias, ou outros*

---

<sup>1</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Comercial: institutos gerais*. Lisboa: FDL, 1998/99. v. 1. p. 112.

<sup>2</sup> Idéia extraída da seguinte passagem: *Para la transferencia de la hacienda comercial se necesita en primer lugar una transferencia de la esfera de actividades (Tätigkeitsbereich)*. (GIERKE, Julius von. *Derecho Comercial y de la Navegación*. Buenos Aires: Argentina S.A., 1957. v. 1. p. 130).

<sup>3</sup> Os doutrinadores franceses escrevem: *Si on définit le droit sur le fonds comme un droit de clientèle, on trouve facilement la solution de cette difficulté. Il s'agit tout simplement de découvrir quel est l'élément déterminant pour la conservation de la clientèle* (Cass. com., 3 mars 1992, R.J.D.A., 1992, 463; Colmar, 28 mai 1952, D. 1952, 528; Amiens, 13 mai 1976, *Banque*, 1977, 602). *C'est tantôt le nom ou l'enseigne, tantôt le local, tantôt le matériel et les brevets*. (RIPERT, R.; ROBLOT, R. *Traité de Droit Commercial*. Paris: LGDJ, 1998. t. 1. p. 416).

*elementos que integram o estabelecimento; quando, transmitido o gozo do prédio, passe a exercer-se nele outro ramo de comércio ou de indústria, ou quando, de modo geral, lhe seja dado outro destino. Diremos que a lei procura aqui índices simples que traduzam que não foi afinal o estabelecimento em causa o objecto do negócio*<sup>4</sup>.

Na Itália, antes do Código Civil de 1942, o Tribunal de Milão julgou uma demanda a respeito do campo de entrega necessário para a configuração do trespasse. O decisório cuidou de analisar se a venda de apenas alguns elementos da *azienda* seria o suficiente para a ocorrência do trespasse. Aquela Corte manifestou-se negativamente quanto à existência do negócio, conforme se observa a seguir: *Não subsiste cessão de azienda, se o seu titular se limita a ceder alguns bens que fazem parte dela, conservando alguns outros*<sup>5</sup>.

Após o *Codice Civile*, a doutrina italiana passou a dispensar maior importância ao tema, pois ele constitui pressuposto para a aplicação da sistemática específica. A esse respeito, Giorgio Ferrari assinala: *Para a identificação da azienda como objeto do negócio, concorrem dois distintos critérios: de um lado ocorre dar prevalência à **vontade das partes** para estabelecer se elas tiveram intenção de se referir a uma azienda, isto é, a um complexo coordenado de bens idôneo a ser instrumento de uma atividade produtiva; de um outro lado ocorre encontrar em concreto nos bens objeto do negócio aquela coligação funcional em vista do exercício da empresa em que consiste a organização aziendal*<sup>6</sup>.

Na Argentina, Jorge Osvaldo Zunino<sup>7</sup> também arrola critérios para a verificação do negócio sob exame. Segundo ele, em princípio: a) os elementos cedidos devem implicar para o cedente a impossibilidade de continuar com a empresa ou na posse da clientela na mesma forma em que fazia habitualmente; b) o adquirente deve ficar em condições de prosseguir com a empresa ou na posse da clientela da qual se desprende o cedente; e c) deve ocorrer a transferência da funcionalidade do estabelecimento. Esses parâmetros referem-se à alienação total da *azienda*.

Todavia, pode ocorrer transferência parcial dos elementos da *azienda*, caso em que, por óbvio, não se pode exigir a cessação da atividade do alienante. Imagine-se

---

4 ASCENÇÃO, *op. cit.*, p. 115-116.

5 Tradução do original: *Non sussiste cessione d'azienda, se il titolare dell'azienda si limita a cedere alcuni beni che fanno parte di essa, conservandone alcuni altri.* (In: *Rivista del Diritto Commerciale*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Parte Seconda. v. 26, 265, p. 108 e ss., 1928).

6 Tradução livre de: *Alla identificazione dell'azienda come oggetto del negozio concorrono due distinti criteri: da un lato occorre far capo alla volontà delle parti per stabilire se esse abbiano inteso riferirsi a una azienda e cioè a un complesso coordinato di beni idoneo a essere strumento di una attività produttiva; da un altro lato occorre riscontrare in concreto nei beni oggetto del negozio quel collegamento funzionale in vista dell'esercizio dell'impresa in cui consiste l'organizzazione aziendale.* (FERRARI, Giorgio. Azienda: Diritto Privato. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 1959. v. 4).

7 ZUNINO, Jorge Osvaldo. *Fondo de comercio*. Buenos Aires: Astrea, 2000. p. 74-78.

o titular de um estabelecimento que detém, além de mercadorias e outros elementos, duas marcas conhecidas. Se ele vier a alienar uma de suas marcas e as mercadorias por ela gravadas, haverá ou não trespasse?

Conforme as circunstâncias, é possível que essa hipótese configure alienação parcial do estabelecimento, o que gera a incidência da sistemática especial sobre o trespasse, ou seja, o adquirente experimentará contratos, créditos e dívidas correlacionados à exploração da marca que lhe foi cedida. Havendo uma funcionalidade nos bens transferidos, autoriza-se a aplicação da disciplina do trespasse.

Outra situação interessante deve ser testada em face do novo Código Civil. Como ficam as alienações de *sites de internet*? As normas do trespasse incidiriam sobre elas?

Em princípio, como se estudou, o nome de domínio não se confunde com o estabelecimento empresarial, ele é apenas um elemento que o compõe, o ponto virtual. Para responder à questão, é indispensável distinguir duas situações, a saber: a) empresas cujo objeto esteja concentrado na *internet*; e b) empresas cuja atuação pela *internet* é um meio alternativo.

No primeiro caso, a alienação do *site* leva à aplicação das normas do trespasse, pois o alienante vai cessar sua atividade, além de permitir ao adquirente a sua continuidade com toda a clientela, ou seja, o novo titular do nome de domínio experimentará contratos, créditos e dívidas firmados por seu antecessor. Na segunda hipótese, em princípio não há falar em trespasse. Nada obsta, contudo, que isso suceda, tendo em vista os índices do caso concreto.

Em suma, todos os parâmetros aqui mencionados, em conjunto ou separadamente, servem ao exame do trespasse. Tudo dependerá, em última análise, dos dados do caso concreto.

### **Art. 1.148**

Autor: Marcelo Andrade Feres, Professor de Direito Comercial do Centro Universitário de Brasília – CEUB; Doutorando e Mestre em Direito Comercial pela UFMG

**ENUNCIADO:** Quando do trespasse do estabelecimento empresarial, o contrato de locação do respectivo ponto não se transmite automaticamente ao adquirente.

### JUSTIFICATIVA

Em face do regime instituído pelo art. 1.148 do Código Civil, no sentido da automática transmissão dos contratos ao adquirente de estabelecimento, cabe

investigar se o contrato de locação do ponto empresarial encaixa-se no âmbito de entrega *ipso iure* criado pela norma mencionada. No Direito português, por exemplo, o art. 115 do Regime de Arrendamento Urbano admite a transmissão do contrato do ponto empresarial ao adquirente da *azienda*, independentemente de anuência do proprietário. A esse respeito, José de Oliveira Ascensão assinala a prevalência da tutela da integridade do estabelecimento: *O estabelecimento é um elemento mais valioso que o local, e exige uma tutela própria. Seria inadmissível que o estabelecimento se dispersasse, perdendo o seu significado de conjunto, porque o senhorio teria um direito de vida e de morte sobre ele. A lei prefere a tutela do estabelecimento, como unidade produtiva, à tutela específica do local*<sup>1</sup>.

Com o Código Civil italiano, a questão da transmissão do contrato de locação empresarial ao adquirente do estabelecimento tornou-se uma constante na doutrina e na jurisprudência. Como afirmado repetidas vezes, a codificação italiana contempla norma similar àquela do art. 1.148 do novo Código Civil brasileiro. Assim, na Itália, perguntava-se sobre a transferência do contrato locatício: o novo titular do estabelecimento teria direito ao ponto, sem depender da anuência do proprietário do imóvel?

A jurisprudência peninsular alinhou-se, inicialmente, no sentido de condicionar a transmissão da relação locatícia ao prévio consentimento do senhorio, sob o argumento de que se cuidava de contrato firmado *intuitu personae*, alheio ao campo de devolução automática. Isso em atenção ao art. 1.594 da codificação peninsular, que vedava a cessão da locação sem o consentimento do locador.

Ao mesmo tempo, a doutrina mostrava-se favorável à prevalência do direito ao ponto comercial. Como afirma Francesco Gazzoni, os estudiosos justificavam sua posição, seja pela resolução do conflito em favor da aplicação especial do art. 2.558, diante da hipótese de alienação da *azienda*, seja diferenciando a cessão do contrato de locação da sucessão no contrato. Em ambos os argumentos, a doutrina via a possibilidade de transmissão da avença, sendo irrelevante a anuência do senhorio. Ressalta que essa contradição aparente entre os arts. 2.558 e 1.594, existente nas origens do Código italiano, seria facilmente superada pela inserção de uma reserva no segundo dispositivo, referente à negociação do estabelecimento<sup>2</sup>.

Contudo, as discussões prolongaram-se até 1.963, quando a Lei n. 19, de 27 de janeiro, cuidou de albergar a cessão do ponto, permitindo *sublocar o imóvel ou*

1 ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Comercial: institutos gerais*. Lisboa: FDL, 1998/99. p. 114-115.

2 No original: *In verità questa aperta contraddizione tra le due norme (l'una peraltro, a differenza dell'altra, esplicita) è frutto di un'evidente assenza di coordinamento, perchè sarebbe stato sufficiente prevedere all'art. 1.594 c.c. una riserva a favore dell'attività imprenditoriale, per evitare ogni dubbio*. GAZZONI, Francesco. Cessione di azienda e successione nel rapporto locativo. In: *Giustizia Civile – Rivista Mensile di Giurisprudenza*. Milano: Giuffrè. n. 4. p. 193, apr. 1980.

*ceder o contrato de locação, ainda que não haja o consentimento do locador, desde que também seja alienada ou alugada a azienda*<sup>3</sup>. Contudo, essa Lei trazia uma limitação perfeitamente compreensível: o direito de transmitir o contrato de locação, independentemente da anuência do senhorio, existia apenas na hipótese de imóveis acessíveis ao público. Assim, os edifícios utilizados para estoque de mercadorias, ou mesmo aqueles usados pelo empresário, mas sem destinação ao contato com o público, ficavam alheios à tutela da lei italiana. Para sanar essa deficiência, em 1978 surge a Lei n. 392, de 27 de julho, que altera a sistemática, de forma a abranger todas as hipóteses de cessão de estabelecimento. Desde então, na Itália, diante da alienação do estabelecimento, o alienante pode transmitir para o adquirente o contrato de locação, sendo irrelevante o consentimento do proprietário do bem de raiz.

Tendo em vista os efeitos do regime de alienação da *azienda* instituído pelo Código Civil de 2.002, cabe questionar sobre a transmissibilidade automática do contrato de locação empresarial. Seria essa convenção transferida *ipso iure* ao adquirente do estabelecimento, independentemente de qualquer manifestação do locador do imóvel?

Impõe-se a resposta negativa. Com respeito à circulação do contrato de locação do ponto comercial no novo Código Civil, vale tudo aquilo que a doutrina e a jurisprudência desenvolveram sobre as premissas do direito a ele anterior.

Ocorre que o art. 13 da Lei n. 8.245/91<sup>4</sup>, ao condicionar a eficácia da cessão da locação e da sublocação ao prévio e escrito consentimento do locador, acabou imprimindo um caráter pessoal à relação locatícia, de sorte a retirá-la do espectro de devolução legal do art. 1.148 do novo *Codex*, assim como ocorreu no início da vigência do Código Civil italiano.

Não se argumente que a norma da codificação teria a aptidão de derogar o disposto no art. 13 da Lei de Locações, seja pela novidade, seja pela especialidade de tratamento do *trespasse da azienda*.

A novidade do art. 1.148 não constitui argumento idôneo a operar a subtração da eficácia do art. 13 da Lei do Inquilinato, porque referida disposição se destina aos contratos em geral. Ela não é expressa e específica sobre o tema da locação, subsistindo, portanto, a plena eficácia do segundo ditame mencionado. No caso, a novidade, sem a especialidade, não é suficiente para tangenciar a eficácia da lei especial, conforme dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil<sup>5</sup>.

---

3 Idem, p. 196.

4 Veja-se o art. 13 da Lei de Locações: *Art. 13. A cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador.*

5 Confira-se o §2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: *A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.*

Ademais, a Lei n. 10.406/2002, em suas disposições finais e transitórias, prescreve: *A locação do prédio urbano, que esteja sujeito à lei especial, por esta continua a ser regida* (art. 2.036), o que ratifica o posicionamento aqui assumido.

Por tais razões, afirma-se que o contrato de locação do ponto empresarial não se transmite automaticamente ao adquirente da *azienda*; sempre será necessária a prévia anuência do senhorio do bem de raiz.

### **Art. 1.159**

Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores da UERJ

**ENUNCIADO:** A regra do art. 1.159 sobre o nome da cooperativa não autoriza concluir que tal sociedade tenha nome empresarial e que este seja do tipo denominação, como também não lhe é aplicável a obrigatoriedade de indicação do objeto no nome social. À vista da definição de nome empresarial contida no *caput* do art. 1.155, a cooperativa, como sociedade simples por força de lei, só tem seu nome equiparado ao nome empresarial para efeito de proteção legal (art. 1.155, parágrafo único).

### JUSTIFICATIVA

O Código Civil não deveria ter incluído disposição sobre o nome da cooperativa no capítulo que trata do nome empresarial, e sim na parte específica (Capítulo VII do Título II, Das Sociedades Cooperativas). A orientação adotada é conflitante com a natureza atribuída à cooperativa pelo próprio Código e com a noção de nome empresarial, bem assim com a doutrina e a jurisprudência. O nome empresarial é um elemento de identificação do empresário individual ou da sociedade empresária. A cooperativa, independentemente de seu objeto, é sociedade simples (art. 982, parágrafo único) e não tem nome empresarial. As disposições referentes ao nome empresarial não são aplicáveis às cooperativas, salvo aquelas pertinentes à sua proteção, como também não é procedente equiparar a “*denominação*” de que trata o art. 1.159 à espécie de nome empresarial própria das sociedades por ações e limitada, nem exigir que o nome da entidade contenha a indicação de seu objeto.

### **Art. 1.178**

Autor: Marlon Tomazette, Procurador do Distrito Federal e Professor

**ENUNCIADO:** O empresário fica vinculado perante terceiros de boa-fé por todos os atos dos prepostos praticados dentro do estabelecimento e relativos ao exercício da atividade, ainda que haja restrição escrita à prática de tais atos.

### JUSTIFICATIVA

Na condição de preposto estão ínsitos poderes de representação do empresário, isto é, o preposto pode substituir o empresário em determinados atos, seja na órbita interna da empresa, seja nas relações externas com terceiros. Diante dessa situação, os atos que o preposto pratica nessa condição não são atos pessoais dele, mas do preponente. Quando o preposto age, no limite de seus poderes, quem fica vinculado, em princípio, é o preponente.

É certo porém que o preposto, às vezes, extrapola os limites que foram definidos pelo empresário. Nesses casos, há de se proteger, primordialmente, o público que mantém relações com o empresário sem, contudo, desproteger o empresário de forma exagerada.

Quando os prepostos agem dentro do estabelecimento empresarial, há, perante terceiros, toda a aparência de se tratar de um ato do empresário. Na velocidade em que se desenvolvem as relações empresariais, não é razoável exigir do público em geral a conferência dos poderes de quem está agindo como se preposto fosse. Cumpre aplicar, nessas situações, a teoria da aparência, em benefício do próprio tráfico jurídico, protegendo a boa-fé<sup>1</sup>.

Assim, se o ato é praticado pelo preposto dentro do estabelecimento, e é relativo à atividade da empresa, há presunção absoluta de que se trata de um ato do empresário. Quando o preposto age dessa forma, ainda que não seja autorizado por escrito, quem fica vinculado é o preponente, nos termos do art. 1.178 do Código Civil de 2002. A aparência nesses casos é muito forte, e não pode haver prejuízo para o público, sob pena de se inviabilizar as atividades em massa.

A jurisprudência há muito tempo admite a aplicação da teoria da aparência nessas situações. O Superior Tribunal de Justiça, em várias hipóteses, reconheceu válida a citação feita na sede da empresa, recebida por pessoa que tinha a aparência de representante do empresário, ainda que não tivesse poderes específicos para tanto<sup>2</sup>.

Contudo, se o ato não é relativo ao exercício da empresa, o empresário não pode ficar vinculado. O que se quer proteger é a boa-fé, e não há boa-fé se o ato não

---

1 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. v. 13. p. 767.

2 STJ, Corte Especial, EREsp n. 178.145, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 25/2/2002.

diz respeito ao exercício da empresa. Não se deve acreditar que o ato é do empresário, se não guarda relação com a empresa. A título exemplificativo, imagine-se um preposto vendendo carros numa padaria. Não é razoável acreditar que aquele ato seja do preponente.

O mesmo ocorre quando o ato é praticado fora do estabelecimento. Aqui não há nenhum indício de vinculação do empresário ao ato, logo, não há uma aparência de representação a ser protegida. Assim sendo, ele só ficará vinculado se o ato for praticado nos limites dos poderes conferidos por escrito ao preposto (Código Civil, art. 1.178, parágrafo único). Nesses casos, existe uma cautela que deve ser obedecida pelos terceiros, pois não há uma aparência que justifique a proteção dos terceiros. Protege-se, em tais situações, o empresário que poderia ser vítima de pessoas inescrupulosas, sem prejudicar o público.

### **Art. 1.179, § 2º**

Autor: Marlon Tomazette, Procurador do Distrito Federal e Professor

**ENUNCIADO:** O pequeno empresário dispensado da escrituração é aquele previsto na Lei n. 9.841/99.

### JUSTIFICATIVA

Nos termos do art. 1.179, § 2º, do Código Civil, o pequeno empresário está dispensado da escrituração. A nosso ver, o pequeno empresário referido no dispositivo engloba os conceitos de microempresa e empresa de pequeno porte, para os fins da Lei n. 9.841/99.

Pela Lei n. 9.841/99<sup>1</sup>, são microempresas as empresas cujo faturamento anual é inferior a R\$ 433.755,14 (quatrocentos e trinta e três mil, setecentos e cinqüenta e cinco reais e quatorze centavos), e empresas de pequeno porte aquelas cujo faturamento é superior a R\$ 433.755,14 (quatrocentos e trinta e três mil, setecentos e cinqüenta e cinco reais e quatorze centavos) e igual ou inferior a R\$ 2.133.222,00 (dois milhões, cento e trinta e três mil, duzentos e vinte e dois reais).

Para Ricardo Negrão<sup>2</sup> fica dispensada qualquer escrituração. Modesto Carvalhosa<sup>3</sup> entende que o dispositivo não afasta a exigência da escrituração, mas somente a da escrituração mais complexa do Código Civil em prol de um regime mais

---

1 Enquadramento atualizado pelo Decreto n. 5.028/2004, diante do mandamento do art. 2º, § 3º, da Lei n.9.841/99.

2 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. v. 1. p. 220.

3 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. v. 13. p. 782.

favorável, que seria aquele da Lei n. 9.317/96, referente apenas às optantes do “simples”.

A nosso ver, há efetivamente uma dispensa da escrituração a qual, todavia, é desaconselhável. Não há a extensão do sistema do simples, que continua se aplicando tão-só às integrantes deste. No caso dessas empresas, já era dispensada a escrituração mais complexa, desde que houvesse livro-caixa organizado e livro de registro de inventários (art. 7º, § 1º, da Lei n. 9.317/96).

## 5.4 Direito das Coisas

---

**Art. 1.196**

Autor: Julier Sebastião da Silva, Juiz Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso

**ENUNCIADO:** Alterar o art. 1.196 para que seja garantido às coletividades o direito de posse, alterando-se, em consequência, os arts. 1.204 e 1.205.

Proposta: Art. 1.196. *Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade, inclusive as coletividades despersonalizadas.*

## JUSTIFICATIVA

Procura-se dotar a legislação civil de maior abrangência normativa para a resolução de conflitos coletivos, em razão do direito de posse.

**Art. 1.203**

Autor: Marco Aurélio Bezerra de Melo, Defensor Público do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** Consoante a ressalva inicial do art. 1.203 do Código Civil, é cabível a modificação do título da posse – *interversio possessionis* – na hipótese em que o possuidor direto se desincumbir do ônus de provar um ato exterior e inequívoco de oposição à posse do possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do *animus domini* apto a gerar a usucapião.

## JUSTIFICATIVA

Consta nas fontes romanas a máxima latina *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* (ninguém pode mudar por si mesmo a causa da posse), sob o argumento de que a vontade humana não poderia se sobrepor ao objetivismo do ordenamento jurídico.

Lenine Nequete, em clássica obra sobre a matéria, desperta a nossa atenção para o fato da evolução do princípio de continuidade do caráter da posse e de suas reduções no decorrer da história, lecionando ser possível a modificação posterior da *causa possessionis*, tanto para um possuidor com *animus domini* que reconhece o direito de propriedade de outro e, portanto, inviabiliza o curso da prescrição aquisitiva pelo disposto no art. 202, VI, do Código Civil, como para o que possuía como locatário, por exemplo, desde que adquira a propriedade, mesmo a um non dominus, ou que tenha repellido o proprietário, deixando de pagar-lhe os aluguéis e fazendo-lhe sentir

*inequivocamente a sua pretensão dominial, é fora de dúvida que passou a possuir como dono*<sup>1</sup>.

Nessa linha de raciocínio, será acertado afirmar que os atos de contradição ao proprietário devem ser tais que não dêem margem a dúvidas, pois ao possuidor compete o ônus de provar a mudança unilateral da posse. Darcy Bessone, ao comentar a interversão da posse, leciona que *não poderia o ato volitivo unilateral modificá-lo. A esse ponto de vista, que de um modo geral é acolhido, abre-se exceção no caso em que a modificação não decorra apenas de ato de vontade, mas, sim, de ato material exterior e inequívoco. Verifica-se, nesse hipótese, a interversão do título não apenas por efeito da vontade, mas por efeito da exteriorização dela, através de atos concretos e materializados*<sup>2</sup>.

Mesmo sob a égide do Código revogado já se encontram esparsas decisões sobre a matéria, como se vê na seguinte ementa: *Posse. Interversão. Mudança do título da posse. Possibilidade, CC, art. 492. A interversão da posse, admitida no Direito brasileiro através da expressão “salvo prova em contrário”, constante do art. 492, é explicitamente prevista em outros sistemas jurídicos, como o francês, o italiano, o espanhol. Este último a contempla no art. 1.141, estatuinto que aquele que começar a posse por detenção não poderá adquiri-la, a não ser que o título venha a ser mudado por causas provenientes de um terceiro ou por força de oposição por ele feita contra o possuidor. A interversão da posse é assim fenômeno jurídico permissivo de que, quem começa a exercer poder de fato sobre a coisa, a título de comodatário, locatário ou outro, de reconhecimento de domínio alheio, possa mudar o título da sua posse, quer por causa proveniente de um terceiro, quer por força de oposição contra o primitivo possuidor. No caso, trata-se de oposição feita pelo pai da suplicada e por esta contra os antecessores dos autores. Ela passou a possuir o imóvel, como seu, sem pagar alugueres durante cerca de 40 anos, produzindo-se a interversão de seu título. Tornou-se possuidora animus domini, com prazo suficiente a obliterar a ação de reintegração de posse do ex-locador. Vencido, em parte, o JD Sbst. Des. Antonio Montenegro. Declaração de voto do Des. Penalva Santos*<sup>3</sup>.

A admissibilidade expressa da mudança do caráter de detenção para o de posse, preconizada no art. 1.198, parágrafo único, do Código Civil, bem como uma interpretação mais tranqüila com relação à mudança do caráter da posse, em virtude da operosidade e sociabilidade de que se reveste o novo texto codificado, permitirá que inúmeras situações de insegurança jurídica possam se consolidar em propriedade pela via da usucapião.

---

1 NEQUETE, Lenine. *Da prescrição aquisitiva: usucapião*. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1970. p. 96.

2 BESSONE, Darcy. *Da posse*. São Paulo: Saraiva. p. 110.

3 EAC n. 1989.005.02775, 2º Grupo de Câmara Cíveis, Rel. Des. Paulo Roberto Freitas. Também na AC n. 1986.001.01822, 7ª Câmara Cível/TJRJ, Rel. Des. Paulo Roberto Freitas.

**Art. 1.205**

Autor: Julier Sebastião da Silva, Juiz Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso

**ENUNCIADO:** A posse pode ser adquirida: *I – pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante; II – por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação; III – por coletividades, ainda que despersonalizadas.*

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

**Art. 1.210**

Autor: Julier Sebastião da Silva, Juiz Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso

**ENUNCIADO:** Acrescenta-se um parágrafo aos já existentes no dispositivo, para que, em casos de conflitos coletivos pela posse da terra, deva o Ministério Público ser ouvido antes de qualquer decisão ou cumprimento de ato judicial.

(...).

**§ 3º – Na hipótese de conflitos coletivos pela posse da terra, a restituição somente se efetivará com a participação do Ministério Público desde o início do processo.**

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

**Art. 1.210**

Autor: Glauco Gumerato Ramos, Advogado e Professor Universitário, São Paulo

**ENUNCIADO:** Ainda que a ação possessória seja intentada além de “ano e dia” da turbação ou esbulho, e em razão disso tenha seu trâmite regido pelo procedimento ordinário (CPC, art. 924), nada impede que o juiz conceda a tutela possessória liminarmente mediante antecipação de tutela, desde que presentes os requisitos autorizadores do art. 273, I ou II, bem como aqueles previstos no art. 461 e §§, todos do CPC.

JUSTIFICATIVA

A ação possessória seguirá rito comum ou especial, a depender do respectivo ajuizamento, se antes ou depois de “ano e dia” da turbação ou esbulho

(CPC, art. 924). Intentada a ação possessória dentro de “ano e dia” da turbação ou do esbulho, seguirá ela rito especial, no qual será possível a concessão de medida liminar (verdadeira antecipação de tutela!), desde que preenchidos os requisitos do art. 928 do CPC.

Se a ação que visa à tutela da posse for intentada após “ano e dia” da turbação ou do esbulho, seguirá o procedimento ordinário, sem que isso lhe retire o caráter possessório (mais uma vez: CPC, art. 924). Sendo o processo de conhecimento de rito ordinário, possível se tornará a tutela possessória liminarmente, desde que presentes os elementos autorizadores da antecipação de tutela (CPC, art. 273, I e II; art. 461 e §§).

Como já tivemos a oportunidade de afirmar, *ante a generalização da antecipação da tutela, que atualmente pode ser concedida em qualquer processo de conhecimento, permitindo ao juiz antecipar os efeitos da tutela pretendida por meio da determinação de qualquer medida que atinja essa finalidade, é plenamente possível classificar a hipótese do art. 273 do CPC como uma tutela antecipatória atípica, eis que terá espaço em qualquer processo e em qualquer situação, bastando apenas a ocorrência dos requisitos autorizadores*<sup>1</sup>.

Logo, não há dúvida de que, não obstante a ação possessória tenha sido intentada após “ano e dia” da turbação ou esbulho, é possível proteção liminar da posse por meio da antecipação de tutela.

### **Art. 1.210**

Autor: Glauco Gumerato Ramos, Advogado e Professor Universitário, São Paulo

**ENUNCIADO:** Ao conceder tutela jurisdicional para salvaguarda da posse em caso de turbação, esbulho ou ameaça, o juiz deverá levar em consideração, na apreciação do caso concreto, o conceito de “melhor posse”, objetivamente previsto na primeira parte do parágrafo único do art. 507 do CC/1916. Ou seja, melhor é a posse fundada em justo título; na falta de título, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Embora o novo Código Civil não traga em suas disposições tais critérios, nada obsta que deles se valha o juiz para a boa resolução do conflito possessório, já que inequívoca a coerência jurídica da regra ab-rogada.

---

1 RAMOS, Glauco Gumerato; CURIONI, Rossana Teresa. Perfil das tutelas de urgência no Processo Civil brasileiro. In: *Direito, Ciência e Arte: estudos jurídicos interdisciplinares*. Campinas: Edicamp, 2001, p. 154; *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, Ribeirão Preto, v. 40, p. 31, 2003; *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica da Instituição Toledo de Ensino*. Faculdade de Direito de Bauru, Bauru, n. 32, p. 409, ago./nov. 2001.

## JUSTIFICATIVA

A tutela jurisdicional da posse dar-se-á mediante processo de conhecimento de rito comum (ordinário ou sumário) ou de rito especial (ações possessórias típicas: ação de manutenção de posse, de reintegração de posse ou de interdito proibitório. CPC, art. 920 e ss.). Diferentemente do CC/1916, a sistemática do novo Código Civil não mais distingue se a turbação ou esbulho ocorreram dentro de ano e dia do ajuizamento da ação para, a partir daí, contornar a especificidade justificadora de uma tutela possessória mais célere, tal como previsto no antigo *caput* do art. 523. Portanto, é a regra de processo civil que imprimirá rito especial à respectiva ação possessória (CPC, art. 924).

Em qualquer dos casos – tutela jurisdicional da posse mediante processo cognitivo de rito comum ou especial –, será mais do que prudente por parte do juiz levar em consideração o conceito de “melhor posse” que vinha objetivamente traçado na primeira parte do parágrafo único do art. 507 do CC/1916.

Não há óbice hermenêutico para tal raciocínio, sendo até recomendável que o juiz assim proceda, ressalvadas, obviamente, as peculiaridades do caso concreto.

**Art. 1.228**

Autor: Julier Sebastião da Silva, Juiz Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso

**ENUNCIADO:** Acrescentar ao art. 1.228 a observância do § 3º, proposto no art. 1.210, aplicando-se também ao proprietário a prescrição endereçada ao possuidor. *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, observando-se o disposto no § 3º do art. 1.210.*

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

**Art. 1.228, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º**

Autor: Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Professor Livre-Docente, São Paulo

**ENUNCIADO:** O direito de propriedade deve ser exercido em harmonia com o Direito Ambiental Constitucional.

## JUSTIFICATIVA

O Código Civil promulgado pela Lei n. 10.406/02, ao reeditar noções de direito de propriedade oriundas do Código de Napoleão (norma jurídica europeia do século XIX, que ainda exerce forte influência cultural em nosso País), necessitou adequar o tradicional instituto jurídico (que sempre esteve situado na base da economia capitalista), vinculado à realidade econômico-cultural e ideológica dominante no século XIX, à realidade brasileira do século XXI. Destarte, as faculdades inerentes ao proprietário descritas no art.1228 só podem ser efetivamente exercidas em consonância com o sistema ambiental constitucional (arts. 225,182 e 183 e 215 e 216), vale dizer, o direito de propriedade descrito no atual Código Civil deve não só harmonizar-se com os novos marcos regulatórios de controle territorial (Estatuto da Cidade, Agronegócio etc.), mas também ter em vista a proteção de valores indispensáveis à soberania brasileira (art. 1º, I), como é o caso da tutela jurídica dos patrimônios genético e cultural. Daí a necessidade de enfrentarmos, no plano jurídico, o novo paradigma do direito de propriedade em face de nossa Constituição Federal em vigor, visando harmonizar as relações humanas em nosso País, no século XXI.

**Art. 1.228, §§ 4º e 5º**

Autor: Luciano de Souza Godoy, Juiz Federal da Seção Judiciária de São Paulo

**ENUNCIADO:** Em casos de reivindicação de imóveis urbanos ocupados por coletividade de pessoas, poderá ser alegada a usucapião coletiva (Lei n. 10.257/2001, art. 10) como matéria de defesa, denominada “exceção de usucapião” (Lei n. 10.257/2001, art 13), fundamentado o pedido também no art. 1.228, § 4º, do Código Civil, podendo o juiz declarar por sentença a aquisição da propriedade pelos possuidores e determinar o conseqüente registro imobiliário da propriedade, independentemente do pagamento de qualquer indenização (art. 1.228, § 5º).

## JUSTIFICATIVA

O art. 1.228, § 4º, do Código Civil deve ser considerado como modalidade de usucapião coletiva, já prevista no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001, art. 10), não sendo pertinente falar em indenização, como estipula o mesmo artigo no § 5º. Adequada seria a revogação do mencionado parágrafo, pois, com tal solução, evitar-se-iam os problemas já previstos nas propostas da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal – Enunciado 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; e Enunciado 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. Sendo usucapião, não há inconstitucionalidade a ser mencionada, nem incidiria sobre bens públicos. Por fim, também se extinguiria a dúvida sobre quem deveria pagar a indenização objeto do Enunciado 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. Como o texto da lei prevalece, propõe-se interpretação para harmonizar o Código Civil e o Estatuto da Cidade – alegada em defesa a usucapião coletiva, o juiz deve privilegiar a alegação e, reconhecendo a presença dos requisitos e a aquisição da propriedade, determinar o registro imobiliário independentemente de indenização. Essa interpretação aplica-se somente aos imóveis urbanos.*

#### **Art. 1.228, § 5º**

Autor: Luís Paulo Cotrim Guimarães, Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal/3ª Região

**ENUNCIADO:** A justa indenização a que alude o § 5º do art. 1.228 é arbitrada pelo juiz na sentença, não tendo como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos, de igual forma, os juros compensatórios.

#### JUSTIFICATIVA

Como a hipótese em comento não cuida da desapropriação em sua acepção tradicional (caso do § 3º do Código), não se poderia cogitar, aqui, da exigência de laudo elaborado por perícia técnica, como sucede por força do art. 14 da Lei n. 3.365/41, quando o juiz, ao despachar a inicial expropriatória, designa um perito de sua livre escolha para proceder à avaliação dos bens.

Efetivamente, o caso vertente cuida de aquisição da propriedade com base na posse *pro labore*, considerando a existência de obras e serviços geradores do denominado “interesse social e econômico”, ou seja, é a nova modalidade de posse, com base no efetivo trabalho, que permite a aquisição da propriedade mediante o pagamento de uma justa indenização.

Em face da mencionada indenização, é possível deduzir que não se cuida, também, de espécie de usucapião, caracterizada esta como aquisição da propriedade tendo por base, tão-somente, uma posse prolongada (art. 1.238).

De igual maneira, não são devidos juros de natureza compensatória admitidos nas demandas expropriatórias, como previsto nos seguintes enunciados sumulares do STJ: Súmula 69: *Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel.* Súmula 113: *Os juros compensatórios, na desapropriação direta, incidem a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.*

Assim, é cediço que os juros compensatórios se destinam a ressarcir o expropriado pelo impedimento do uso e gozo econômico do imóvel, atenuando o impedimento de fruição dos rendimentos derivados do bem, reparando o que o proprietário deixou de lucrar com a medida restritiva do ente público.

Apura-se não ser essa a situação verificada no instituto em estudo, visto que não houve interrupção das atividades lucrativas do titular do domínio, como sucede nas desapropriações, não se podendo, assim, falar em restrições de seus rendimentos, até porque caracterizou-se um presumido abandono do bem pelo titular, objeto dessa posse *pro labore*.

Destarte, não ocorreu a imissão da posse pelo ente público expropriante, noticiada nas Súmulas, para efeito de incidência de juros compensatórios. Contrariamente, verifica-se, isso sim, a posse justa daqueles que pretendem obter a titularidade do domínio.

### **Art. 1.228, § 5º**

Autor: Luís Paulo Cotrim Guimarães, Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal/3ª Região

**ENUNCIADO:** A eficácia da sentença de procedência do pedido em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores com fundamento no interesse social, é condicionada ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz.

### JUSTIFICATIVA

A questão versa sobre a transferência de domínio por força de decisão judicial, denominada por Maria Helena Diniz de *desapropriação judicial*<sup>1</sup>. Até o efetivo pagamento da indenização, a propriedade permanece na titularidade do reivindicante, por força do art. 1.245 do Código Civil, que trata da regra geral das transmissões

---

1 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 788.

imobiliárias em nosso sistema: *Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.*

O preceito em curso (§ 5º) relaciona-se a matéria de natureza processual, pertinente ao plano de eficácia das sentenças. De conformidade com Cândido Rangel Dinamarco, é ineficaz a sentença que *existe juridicamente, não contendo qualquer vício, sendo proferida mediante procedimento regular (válida, não-nula) e, por algum outro motivo, seja incapaz de produzir os efeitos programados, ou alguns deles*<sup>2</sup>.

No caso vertente, embora a sentença exista e seja válida, elaborada mediante procedimento legal, ela conterà, em si, uma condição suspensiva, traduzida pela necessidade do pagamento do **preço justo** ao proprietário-reivindicante.

Até o advento dessa condição, pois, permanece a titularidade do domínio em mãos do autor da ação petítória, considerando que o comando da sentença é no sentido de converter a imissão da posse em justa indenização.

Antes da entrega do preço, a sentença não será considerada título válido para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Regra similar, em consonância com a norma geral, é encontrada no § 1º do mesmo art. 1.245, a enunciar que, *enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.*

Nessa linha de raciocínio, o proprietário tem a seu favor, tão-somente, a posse indireta.

É constatável que essa modalidade de perda da propriedade imóvel não se amolda a nenhuma das hipóteses constantes do art. 1.275 do Código Civil, a saber: *I – por alienação; II – pela renúncia; III – por abandono; IV – por perecimento da coisa; V – por desapropriação.*

No entanto, o *caput* desse artigo ressalta: *Além das causas consideradas neste Código (...),* numa clara alusão às demais causas que não aquelas mencionadas no dispositivo firmado.

Há de se destacar que a nova situação jurídica, surgida em decorrência da sentença de procedência do pedido, não poderá perpetuar-se no tempo, sob pena de o proprietário ver-se despojado, indefinidamente, da posse direta do bem. Assim, caso não seja efetivada a mencionada indenização no lapso de tempo fixado pelo juiz na sentença, deverá o autor da demanda ser imitado na posse do bem.

Com esse entendimento, estarão assegurados os ditames da justiça social, consagrados, de um lado, no princípio da propriedade privada e, de outro, no da função social da propriedade, ambos previstos nos incs. XXII e XXIII, respectivamente, do art. 5º da Carta da República.

---

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3. p. 685-686.

### **Art. 1.276**

Autor: Marco Aurélio Bezerra de Melo, Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** Para fins de aplicação da regra prevista no art. 1.276 do Código Civil, considera-se o inadimplemento dos ônus fiscais que incidem sobre o imóvel apenas como indício da intenção de abandono justificadora da arrecadação do imóvel pela entidade estatal competente.

### JUSTIFICATIVA

Não se pode entender que o inadimplemento dos ônus fiscais já caracteriza o abandono, sob pena de inconstitucionalidade, por ofensa ao art. 150, IV, da Constituição Federal, que instituiu, entre as limitações ao poder de tributar, a regra segundo a qual ao Estado é defeso *utilizar tributo com efeito de confisco*.

Para a correta aplicação da referida norma, é fundamental entender o abandono como um fato jurídico pelo qual a pessoa se despoja voluntariamente de um bem. Somente após a ocorrência do referido fato é que surgirá mais um dado a confirmar o abandono, qual seja, o não-recolhimento dos tributos que incidam sobre o imóvel (obrigações *propter rem*).

Tanto assim que, no Projeto de Lei n. 6.960/2002, cujo Relator é o Deputado Ricardo Fiúza, propugna-se pela substituição da redação, retirando-se a idéia de presunção absoluta, nos seguintes termos: *Art. 1.276 (...) § 2º Presumir-se-á a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais*.

Ainda que o Projeto não se converta em lei, é possível, mediante uma filtragem constitucional, interpretar o dispositivo na forma do enunciado submetido a análise.

### **Art. 1.291**

Autora: Ana Rita Vieira Albuquerque, Defensora Pública do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** O art. 1.291 institui o princípio de direito ambiental do poluidor/pagador com relação às águas “não essenciais” que correm ao prédio inferior, e que, sem culpa, o proprietário ou possuidor do prédio superior poluir, mas não faculta a poluição das águas, quer sejam estas essenciais ou não às primeiras necessidades da vida dos proprietários, possuidores ou detentores dos imóveis inferiores.

## JUSTIFICATIVA

É indissociável a relação quantidade/qualidade da água (Lei n. 9.433/97, art. 11). O novo CC, a exemplo do que já dispunham o Código de Águas nos arts. 109 a 116 e o art. 4º, VII, da Lei n. 6.938/81, traz norma não prevista no Código de 1916, proibindo a poluição das águas indispensáveis às primeiras necessidades da vida dos possuidores dos imóveis inferiores. Contudo, o novo preceito legal apresenta-se, em princípio, sem uma integração sistemática com os demais diplomas legais que regem a matéria, especialmente com a Constituição de 1988 e a Lei n. 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos.

Por meio do artigo em tela, estabeleceu o legislador como limite quantitativo e qualitativo, para a descarga de quaisquer rejeitos, as águas indispensáveis às primeiras necessidades da vida dos possuidores dos imóveis inferiores. Quanto às demais águas eventualmente poluídas, ou seja, sem concorrência de culpa, trouxe a lume o princípio de direito ambiental denominado “poluidor/pagador”, pelo qual incumbe ao particular ou empresa poluidora o custo total da despoluição provocada. Maria Luiza Machado Granziera, de acordo com as lições de Martine Remond-Gouilloud, observa: *o princípio poluidor/pagador é, em sua origem, um princípio econômico introduzido por razões políticas. Economicamente, exprime a vontade de neutralizar os custos sociais provocados pela poluição, isto é, imputar o conjunto de despesas relativas à prevenção e à luta contra a poluição àqueles que os causaram. Politicamente, significa a vontade das autoridades estatais (...) de preservar as finanças públicas desses ônus, transferindo-os aos poluidores*<sup>1</sup>.

O artigo sob exame refere-se ao possuidor, dando ênfase, portanto, àquele que usa efetivamente o bem, explorando-o economicamente, podendo confundir-se com a pessoa do proprietário, ou com a de qualquer outro possuidor, em nome próprio ou alheio. Por outro lado, os tribunais têm entendido que a legitimidade para figurar no pólo ativo da demanda é daquele que assume a qualidade de “vizinho” prejudicado pela interferência nociva das águas particulares, seja possuidor ou detentor a qualquer título<sup>2</sup>.

Hoje, no entanto, sabemos que os recursos naturais não são inesgotáveis, e que o desenvolvimento e o progresso dependem tanto de uma indústria forte e moderna quanto da pureza da água dos rios públicos ou particulares, sendo indispensável, portanto, manter a integridade dos ecossistemas naturais. O direito ao meio ambiente sadio é direito fundamental previsto no art. 225 da Constituição da República, cabendo não só ao Estado defendê-lo, mas a cada cidadão o direito de

---

1 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. A cobrança pelo uso da água. *Revista CEJ*, Conselho da Justiça Federal, Brasília, DF, n. 12, p. 71, dez. 2000.

2 Fachin, *Código Civil*, p. 109.

exigir do Estado e de terceiros que se abstenham de agressões ao meio natural. A poluição capaz de afetar a vida dos possuidores contíguos ao imóvel poluente afeta ainda o equilíbrio ecológico de grande área, daí por que o conceito de “ambiente”, em casos tais, deverá ser chamado a servir de solução, ampliando o conteúdo das normas de direito estritamente privado.

### **Art. 1.291**

Autor: Marco Aurélio Bezerra de Melo, Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** No estágio atual de consciência jurídica, não se pode dar margem ao equivocado entendimento de que uma pessoa tem 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 a interpretação do art. 1.291 do Código Civil deve submeter-se ao disposto no art. 225 da Constituição Federal.

### 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 n. 24.643/34).

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.*

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 arts. 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 da qual seja assegurado o uso. O que causa estranheza 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), mas também conforme dispõem os arts. 33 e 54 da Lei que define crimes contra o meio ambiente (Lei n. 9.605/98). A propósito do tema, confira-se, sobremais, a redação da parte final do § 1º 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 seus olhos para a aflitiva questão do meio ambiente, a redação do artigo peca por se mostrar antagônica e retrógrada.

Com isso, não se quer dizer que a doutrina e a jurisprudência verã a norma sob esse péssimo ângulo, mas forçoso reconhecer que a redação se mostra extremamente infeliz. O interesse em um meio ambiente sadio e equilibrado é público (difuso), e não individual, de nada valendo 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.*

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, o ideal é que fosse suprimida a parte final do dispositivo. Mas, como o objetivo do trabalho é sugerir enunciados de interpretação, encaminhamos o presente estudo para análise.

### **Art. 1.293**

Autor: Ana Rita Albuquerque, Defensora Pública do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** Embora omissa acerca da possibilidade de canalização forçada de águas através de prédios alheios para fins industriais ou agrícolas, o art. 1.293 do CC/2002 não exclui a possibilidade de canalização forçada pelo vizinho, com prévia indenização aos proprietários prejudicados.

### JUSTIFICATIVA

De acordo com o dispositivo em tela, o proprietário de determinado imóvel não pode negar ao vizinho a passagem das águas a que tenha direito, *indispensáveis às primeiras necessidades da vida.*

O artigo, além da difícil redação, contraria a razão e a finalidade histórica do direito à canalização forçada, também em favor da agricultura ou da indústria, para o vizinho que dela necessite com tais objetivos. Dita finalidade, por sua importância, dada a necessidade de aproveitamento socioeconômico do bem, vem desde os romanos e nos foi transmitida por intermédio das diversas legislações, vindo a figurar no art. 567 do CC de 1916: *Art. 567. É permitido (...) canalizar em proveito agrícola ou industrial, as águas a que tenha direito (...)* e no art. 117 do Código de Águas.

Desse modo, ainda que não conste expressamente da norma, se, diante do caso concreto, for demonstrada pelo proprietário de determinado imóvel a necessidade de canalização das águas através da propriedade alheia, para fins agrícolas ou industriais, poderá o juiz considerar os interesses em jogo e dar à água a destinação mais consentânea à função social da propriedade e ao bem comum, de acordo com as prioridades estabelecidas pelas leis especiais que regem a matéria.

No entanto, nos termos do art. 20 da Lei n. 6.662/79, que trata da Política Nacional de Irrigação, alterada pela Lei n. 8.657/93, o uso das águas públicas para irrigação e atividades decorrentes, por pessoas físicas ou jurídicas, dependerá de prévia concessão ou autorização do Ministério do Interior.

O regime de outorga dos direitos de uso de recursos hídricos por parte do Poder Público deve assegurar o controle quantitativo e qualitativo da utilização da água e o direito de acesso a ela (Lei n. 9.433/97, art. 11). Os usos preponderantes da água são classificados pela Resolução Conama 20/86 em função da qualidade estabelecida, sendo certo que a prioridade é o abastecimento doméstico, dispendo o art. 1º, III, da Lei n. 9.433/97 que, *em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação dos animais.*

O setor agrícola é contemplado pela Lei n. 8.171/91, que estabelece a política agrícola, dispendo o art. 84, IV, quanto à irrigação e à drenagem: *compete ao Poder Público apoiar estudos para a execução de obras de infra-estrutura e outras relevantes ao aproveitamento das bacias hidrográficas, áreas de rios perenizados ou vales irrigáveis, com vista à melhor e mais racional utilização das águas para irrigação.* Diante da estimativa de que a produção de alimentos deverá dobrar até 2020 para satisfazer o aumento populacional, não se pode desprezar a importância da canalização da água para facilitar a exploração agrícola e industrial, principalmente através dos sistemas de irrigação, a fim de modernizar a agricultura e suprir nossas necessidades nos mercados interno e externo.

Em conclusão, o legislador do CC/2002 não pretendeu excluir, na redação do art. 1.293 do CC, a possibilidade de canalização forçada pelo vizinho em favor da agricultura ou da indústria, mediante prévia indenização aos proprietários prejudicados, observada a legislação pertinente acerca da matéria.

**Art. 1.331**

Autor: Rogério de Meneses Fialho Moreira, Juiz Federal e Professor de Direito Civil da Universidade Federal da Paraíba

**ENUNCIADO:** As vagas de garagem em condomínios edifícios somente podem ser alienadas ou alugadas a não-condôminos quando suscetíveis de utilização independente, nos termos do § 1º do art. 1.331 do Código Civil de 2002, assim entendido quando o abrigo permitir entrada e saída exclusivamente pela via pública, sem possibilidade de acesso do usuário às áreas de circulação dos condôminos.

**JUSTIFICATIVA**

Desde a segunda metade do século passado, os conjuntos de habitações verticais passaram a dominar a paisagem urbana, permitindo a racionalização do espaço e o barateamento dos custos da construção, o que tornou os prédios de apartamentos uma opção confortável e segura.

Contudo, a par das incontáveis comodidades, os problemas de relacionamento entre vizinhos tornaram-se mais difíceis de contornar, em razão da convivência mais próxima.

No Brasil, o primeiro regramento dos condomínios em edifícios surgiu com o Decreto n. 5.481, de 25 de junho de 1928 (modificado pela Lei n. 285, de 5/6/48), que vigorou até a edição da Lei n. 4.591, de 16/12/1964, a qual passou a cuidar da matéria<sup>1</sup>.

A respeito da possibilidade de alienação das vagas de garagem, aquele último diploma legal dispunha: *Art. 2º. (...) § 2º. O direito de que trata o § 1º deste artigo poderá ser transferido a outro condômino independentemente da alienação da unidade a que corresponder, vedada sua transferência a pessoas estranhas ao condomínio.*

A legislação tinha o nítido escopo de proteger a privacidade dos habitantes dos prédios, impedindo que estranhos tivessem acesso às garagens e delas pudessem se utilizar, assegurando-se a alienação das vagas apenas a outros condôminos.

---

1 A Lei n. 4591/64 versava, em sua primeira parte, sobre o condomínio em edifícios e, na segunda, sobre incorporação imobiliária. A segunda parte permanece integralmente em vigor. Quanto ao disciplinamento do condomínio, sustentam alguns que se encontra tacitamente revogada, tendo em vista que o Código Civil passou a tratar integralmente do tema.

Além do mais, o Código Civil de 1916, então em vigor, ao contrário do atual<sup>2</sup>, não contemplava o direito de superfície, razão pela qual Pontes de Miranda sustentava ser nula, por ter objeto impossível, a venda de garagem a quem não tinha apartamento no prédio, pois *não há direito à garagem intransferível a quem não tenha parte indivisa no terreno sobre o qual se construiu o edifício de apartamentos*<sup>3</sup>.

Com a edição do Código Civil de 2002, a situação modificou-se. O novo diploma passou a se ocupar, a par do condomínio geral, também dos condomínios verticais, que chamou de condomínio edifício<sup>4</sup>.

Certamente atento às necessidades atuais, quando a frota de veículos alcança números impressionantes, bem como à pressão do mercado, o legislador cuidou de ampliar a possibilidade de alienação das vagas de garagem, permitindo que, em algumas hipóteses, a alienação possa ser feita em favor de terceiros, estranhos ao condomínio.

O dispositivo do Código Civil de 2002 sob enfoque preceitua: *Art. 1.331. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos. § 1º. As partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, lojas, sobrelojas ou abrigos para veículos, com as respectivas frações ideais no solo e nas partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários.*

No que tange à locação, o Código Civil também permitiu que as vagas sejam alugadas a estranhos: *Art. 1.338. Resolvendo o condômino alugar área no abrigo para veículos, preferir-se-á, em condições iguais, qualquer dos condôminos a estranhos, e, entre todos, os possuidores.*

A aparente amplitude consentida por aqueles dispositivos de logo chamou a atenção não apenas dos juristas, mas sobretudo do meio imobiliário. No momento em que um dos grandes problemas da sociedade é justamente a segurança, a possibilidade de acesso aos prédios por estranhos passou a preocupar síndicos e administradores de imóveis.

Imagine-se a hipótese de um prédio residencial vizinho a uma movimentada clínica psiquiátrica. O diretor do estabelecimento, preocupado com a falta de

---

2 O direito de superfície está agora arrolado dentre os direitos reais (Código Civil de 2002, art. 1.225, III, e art. 1.369). Antes já estava previsto nos arts. 21 a 24 do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 10/7/2001).

3 PONTES DE MIRANDA, F. C. Tratado de Direito Predial, v. II, p. 176, *apud* POLLI, Luiz. In: A garagem no edifício de apartamentos, *Revista dos Tribunais*, n. 242, p.647, jun. de 1955.

4 Código Civil de 2002, arts. 1.331 a 1.358. O termo “edifício”, para alguns críticos, representaria neologismo impróprio, preferindo-se as expressões “condomínio especial”, ou “condomínio em edifício” (Lei n. 4.591/1964), ou, ainda, como o faz o Código Civil português, “propriedade horizontal”.

estacionamento no local, resolve adquirir um dos “boxes” de garagem do condomínio contíguo, para utilização por seus pacientes. É possível prever o desconforto das famílias que habitam o prédio com movimento na portaria e nas áreas comuns onde, em princípio, deveria reinar o sossego e a privacidade<sup>5</sup>.

Não parece que a lei tenha pretendido assegurar a livre possibilidade de alienação das vagas de garagem a terceiros, descurando-se da segurança e da privacidade dos demais condôminos.

Assim, o delineamento exato do alcance e sentido do art. 1.331 do novo Código Civil continua a desafiar os interessados no tema.

Durante a 1ª Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002, a matéria foi objeto de preocupação e debates, tendo o ilustre civilista Sílvio de Salvo Venosa apresentado proposta de alteração legislativa com a seguinte 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 à unidade residencial ou não-residencial, o art. 1.339 e seus parágrafos<sup>6</sup>.*

Ao final do conclave, restou aprovado o seguinte Enunciado, relacionado à locação de vagas de garagem: *Enunciado 91. A convenção de condomínio, ou a assembléia geral, podem vedar a locação de área de garagem ou abrigo para veículos a estranhos ao condomínio.*

Todavia, acredito que o tema ainda merece maior reflexão e aprofundamento. A proposta de alteração do texto legal requer tempo e está sujeita ao demorado processo legislativo e à vontade política do legislador.

Também o enunciado aprovado no evento anterior não esgota o assunto, especialmente quando a convenção do condomínio for omissa a respeito da possibilidade de locação a terceiros.

---

5 É certo que o condomínio poderia objetar a contrariedade à finalidade residencial do prédio mas, por outro lado, o adquirente da vaga poderia arguir que não estava alterando a finalidade de qualquer das unidades habitacionais e que a finalidade da vaga é apenas a de estacionar veículo, o que não deixa de estar sendo resguardado.

6 JORNADA DE DIREITO CIVIL. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: CJF, 2003. p. 360.

Por outro lado, ainda que esteja prevista aquela possibilidade de aluguel, ou mesmo a de venda, é necessário estabelecer alguns pressupostos para que, em face de uma interpretação mais adequada do art. 1.331 do Código Civil de 2002, sejam resguardados os interesses dos outros condôminos.

Com efeito, verificando-se com mais vagar o texto daquele artigo, percebe-se que a previsão de alienação ou imposição de gravame **livremente pelo proprietário** está vinculada a que os abrigos de veículos sejam **suscetíveis de utilização independente**.

Ora, a expressão “utilização independente” significa que o bem possa ter uso de *per se*, sem vinculação ou dependência com o bem principal.

Se, num prédio de apartamentos residenciais ou de salas comerciais, para o terceiro utilizar-se da garagem for necessário tomar elevador, subir ou descer escadarias ou acessar as áreas comuns de circulação ou os espaços de uso restrito dos condôminos, como piscina, salão de jogos, sauna, sala de ginástica etc., é evidente que o uso do abrigo para veículos não se faz de modo independente.

Sem que seja viável a utilização independente, não há falar em possibilidade de venda ou imposição de gravame sobre a vaga de garagem.

Pela própria localização do dispositivo, logo no início do Capítulo, é certo que a restrição se aplica também à locação, que é tratada a seguir, no art. 1.338, conforme já mencionado.

E não se diga que a alteração introduzida pelo novo Código Civil seja inócua. É grande o número de condomínios em que as garagens dão acesso diretamente ao logradouro público, principalmente àqueles destinados ao comércio e à prestação de serviços. Mesmo em se tratando de edifícios residenciais, são muitos os que têm aquela característica, principalmente os prédios mais populares, com “boxes” externos, havendo ainda a hipótese freqüente de o condomínio adquirir terreno próximo, fora da edificação principal, para a construção de abrigos de veículos.

Nesses casos, à luz da legislação anterior, mesmo sem qualquer fundamento razoável, ficava o condômino tolhido de alienar a sua vaga a terceiro.

Certamente foi imaginando tais situações que o legislador adotou a solução intermediária, de não vedar totalmente a venda a não-condôminos, permitindo-a quando for possível a utilização independente da garagem.

Por outro lado, ressalte-se que a regra do art. 1.331, § 1º, do Código Civil, permitindo a livre alienação, independentemente de previsão na convenção ou de autorização da assembléia geral, aplica-se apenas quando houver a indicação da fração ideal do terreno a que corresponde a vaga de garagem (não necessariamente objeto de matrícula própria no registro imobiliário), de modo a possibilitar a alienação autônoma.

Caso contrário, considera-se a garagem mero acessório, aplicando-se o disciplinamento do art. 1.339 do mesmo diploma, especialmente o seu parágrafo segundo: *Art. 1339. Os direitos de cada condômino às partes comuns são inseparáveis de sua propriedade exclusiva; são também inseparáveis das frações ideais correspondentes às unidades imobiliárias, com as suas partes acessórias. § 1º. Nos casos deste artigo é proibido alienar ou gravar os bens em separado. § 2º. É permitido ao condômino alienar parte acessória de sua unidade imobiliária a outro condômino, só podendo fazê-lo a terceiro se essa faculdade constar do ato constitutivo do condomínio, e se a ela não se opuser a respectiva assembléia geral.*

Logo, deve ser feita a seguinte distinção quanto às hipóteses de alienação do abrigo de veículos, independentemente da venda da unidade imobiliária principal: a) quando a ela tiver sido atribuída fração ideal do terreno, a alienação é livre; b) quando não houver aquela atribuição, depende de previsão no ato constitutivo do condomínio, e a ela não se pode opor a respectiva assembléia geral.

Nesse sentido também é a opinião de Jones Figueiredo e Mário Delgado: *Todavia, se à garagem não tiver sido atribuída específica fração ideal do terreno, não se poderá falar em propriedade exclusiva, não existindo, pois, o direito à livre alienação de que trata o § 1º. Nesse caso, a garagem é considerada parte acessória da unidade imobiliária e a sua alienação sujeita-se às disposições do § 2º do art. 1.339 deste Código*<sup>7</sup>.

Considero que também nessa última hipótese – quando a garagem constituir mero acessório, sem registro próprio no álbum imobiliário ou menção da fração ideal do terreno a que corresponde –, além da previsão na convenção e da ausência de oposição da assembléia, é necessário ainda que o abrigo permita a utilização independente, incidindo também a regra geral, insculpida no § 1º do art. 1.331 do Código Civil e aplicável a todo o Capítulo.

Se a possibilidade de utilização independente é marco a orientar a alienação das vagas quando constituírem bem imóvel com registro próprio, ou a individuação da fração ideal, com mais razão deve aplicar-se também aos meros acessórios.

### **Art. 1.331**

Autor: Glauco Gumerato Ramos, Advogado e Professor Universitário, São Paulo

**ENUNCIADO:** No condomínio edilício deve-se harmonizar o conceito de área **comum** (propriedade **comum**) com o de área de **uso comum** (propriedade de **uso comum**), o que legitima a eventual condômino o exercício de posse exclusiva sobre determinada área **comum** que, pelas próprias características da respectiva construção, não se

<sup>7</sup> ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado: inovações comentadas artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2005.

presta ao **uso comum**, inclusive com todos os efeitos decorrentes da posse *ad interdicta*. Ressalva-se, porém, a total inviabilidade do exercício de posse *ad usucapionem*, já que a existência do condomínio edilício impõe aos respectivos titulares uma situação condominial perpétua.

## JUSTIFICATIVA

Não há dúvida de que os conceitos e diretrizes da Lei de Condomínio em Edificações (Lei n. 4.591/64) aplicam-se, no que couber, ao regramento dado pelo CC/2002 ao condomínio edilício. Dessa forma, o conceito de **área comum** do art. 3º da Lei n. 4.591/64 ajusta-se integralmente ao conceito de **propriedade comum** do art. 1.331, *caput*, do Código Civil.

Com efeito, buscamos a distinção entre **área comum** e **área de uso comum**. A **área comum** às vezes poderá ser utilizada exclusivamente por certo condômino, o que deverá ser observado à luz das características da respectiva construção. Já a **área de uso comum** não permite a utilização exclusiva, uma vez que a respectiva área, pela sua própria disposição, poderá ser utilizada por todos os comproprietários.

Como já tivemos a oportunidade de afirmar em Parecer produzido durante a *vacatio legis* do novo Código Civil, *o art. 3º da Lei de Condomínio em Edificações diz que o conjunto de edificações constitui área comum. Logo, as vigas e pilares que rompem por dentro de cada unidade autônoma, aparentes ou não, constituem condomínio de todos, sendo insuscetível de divisão, ou de alienação destacada da respectiva unidade (Lei n. 4.591/64), o que significa dizer que nenhum proprietário poderá, v.g., derrubar o pilar aparente existente em sua unidade autônoma. Porém, não obstante tratar-se de área comum, ao dito pilar só mesmo poderá ter acesso o respectivo titular da unidade autônoma, nele, inclusive, podendo pendurar quadros, realizar algum acabamento interno, pintar da cor desejada e tudo mais o que for compatível com a posse exclusiva a que tem direito em virtude do pilar – apesar de ser “área comum” – não se prestar ao “uso comum” dos demais comproprietários<sup>1</sup>.*

Daí a importância de se harmonizar o conceito de **área comum** com o de **área de uso comum**, já que nem sempre a **área comum** será de **uso comum**, fato que acarretará a possibilidade do exercício de posse exclusiva por determinado condômino, que terá, inclusive, posse *ad interdicta*.

---

1 RAMOS, Glauco Gumerato. Condomínio em Edificações – vaga de garagem registrada autonomamente – área comum contígua e somente atingível pela garagem pertencente a determinado condômino; Parecer civil, *Revista dos Tribunais* n. 803/87, p. 91, set. 2002.

**Arts. 1.331 a 1.358**

Autor: Cláudio Luiz dos Santos, Analista Judiciário/2ª Vara Federal em João Pessoa

**ENUNCIADO:** Até que advenha, ou não, norma dispendo sobre revogação expressa, consideram-se revogados tacitamente os arts. 1º a 27 da Lei n. 4.591, de 16/12/1964, em face do previsto nos arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil de 10/1/2002.

**JUSTIFICATIVA**

Os arts. 1º a 27 da Lei n. 4.591, de 16/12/1964, regulam o condomínio em edificações de um ou mais pavimentos, construídas sob a forma de unidades isoladas entre si e destinadas a fins residenciais e não-residenciais. Já os arts. 28 a 70, da mesma Lei, tratam das incorporações imobiliárias.

Os arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil de 10/1/2002 dão nova disciplina às relações condominiais edilícias, até então reguladas nos arts. 1º a 27 da Lei n. 4.591, de 1964. Com isso, incidiria a regra de direito intertemporal prevista no § 1º do art. 3º do Decreto-Lei n. 4.657, de 4/9/1942 – Lei de Introdução ao Código Civil, estabelecendo que *a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.*

A revogação tácita dos arts. 1º a 27 da Lei n. 4.591/64 é reconhecida por Sílvio de Salvo Venosa, quando afirma que *A Lei n. 4.519/64 tratou na verdade de duas matérias diversas, que obrigatoriamente não necessitariam estar no mesmo diploma. A primeira parte é dedicada ao condomínio especial; a segunda diz respeito à figura do incorporador, ao respectivo contrato de incorporação e aos direitos e deveres das partes nessa avença, quais sejam, o incorporador e os adquirentes dos imóveis em construção. Como se percebe, o estudo do contrato de incorporação pertence ao campo dos contratos em espécie, ao direito obrigacional, embora com importantes reflexos no direito real estabelecido pelo condomínio especial em edifícios. O atual Código Civil passa a disciplinar integralmente o condomínio edilício, revogando, em princípio, essa matéria na Lei n. 4.591/64, mas mantém em vigência a parte relativa às incorporações<sup>1</sup>. Da mesma forma, Mário Luiz Delgado sustenta a revogação tácita: Assim, estarão revogadas, total ou parcialmente, todas as leis anteriores, mesmo aquelas de natureza especial, que disponham sobre matérias reguladas inteiramente pelo Código Civil ou que sejam com ele incompatíveis. Foram tacitamente revogados, por exemplo: o Decreto n. 3.708, de 1919, por força do disposto nos arts. 1.052 a 1.087*

---

1 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos civis: direitos reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 5. p. 317.

do nCC; a Lei n. 4.591, de 16/12/1964, arts. 1º a 27, por força do disposto nos arts. 1.331 a 1.358; a Lei n. 6.015, de 31/12/1973 (Lei dos Registros Públicos), arts. 71 a 75, por força dos arts. 1.515 a 1.516; a Lei n. 6.515, de 26/12/1977 (Lei do Divórcio), arts. 1º a 33, 43, 44, 46, por força dos arts. 1.571 a 1.590; a Lei n. 8.069, de 13/7/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), arts. 39 a 52, por força dos arts. 1.618 a 1.629; a Lei n. 8.560, de 29/12/1992 (Lei da Investigação da Paternidade), por força do art. 1.609; a Lei n. 8.971, de 29/12/1994 (Lei que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão), art. 1º, por força dos arts. 1.694 a 1.710 do nCC; a Lei n. 9.278, de 10/5/1996 (Lei que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal), arts. 1º a 7º, caput, e art. 8º.

Em sentido contrário, Carlos Roberto Gonçalves considera que os arts. 1º a 27 da Lei n. 4.591/64 continuam em vigor, os quais devem ser aplicados supletivamente aos arts. 1.331 a 1.358 do novo Código Civil: *O novo Código Civil, apesar de expressa remissão à lei especial, que continua em vigor, contém dispositivos regrando os direitos e deveres dos condôminos, bem como a competência das assembléias e dos síndicos. Nesses assuntos, a referida Lei n. 4.591, de 1964, aplica-se apenas subsidiariamente*<sup>3</sup>.

No entanto, corroborando a tese da revogação tácita – e em cumprimento ao que dispõe o art. 9º da LC n. 95, de 26/2/1998, determinando que a cláusula de revogação deverá indicar, expressamente, a norma legal revogada –, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 6.960/2002, de autoria do Deputado Federal Ricardo Fiúza, propondo, entre outras providências, nova redação ao art. 2.045 do novo Código Civil – que revoga expressamente apenas o Código Civil de 1916 e a Primeira Parte do Código Comercial de 1850 –, para nele incluir a revogação expressa dos arts. 1º a 27 da Lei n. 4.591/64, assim como de outros dispositivos legais. O Deputado Federal Vicente Arruda, Relator do referido Projeto na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara Federal, votou favoravelmente à mudança, estando atualmente em tramitação perante a Comissão de Defesa do Consumidor daquela Casa.

### **Art. 1.334**

Autor: Melhim Namem Chalhub, Advogado, Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** O quórum para alteração do regimento interno do condomínio edilício pode ser livremente fixado na convenção. O regimento deve ser formulado como anexo da convenção, visando facilitar e racionalizar suas eventuais alterações.

---

2 DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de Direito Intertemporal no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 165.

3 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3. p. 140.

## JUSTIFICATIVA

A Convenção de Condomínio *deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, 2/3 das frações ideais (...)* (art. 1.333), e, entre outras matérias, **determinará** o regimento interno, ficando claro, portanto, que o regimento também deve ser subscrito por pelo menos 2/3 de titulares das frações ideais.

Na seção intitulada “Da administração do condomínio”, o art. 1.351 dispunha que mudanças na convenção e no regimento dependeriam de 2/3 dos votos dos condôminos, mas esse dispositivo foi alterado pela Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004, que, embora mantendo a exigência do quórum de 2/3 para modificação da convenção, suprimiu a exigência desse quórum para alterações do regimento.

O quórum de 2/3 é razoável para aprovação e alterações da convenção, mas inaplicável para alteração do regimento, e por isso a nova redação do art. 1.351 permite a flexibilização do quórum para modificação do regimento. De fato, convenção e regimento têm estrutura e função distintas, e por isso mesmo reclamam tratamento diferenciado, compatível com sua natureza. A convenção dispõe sobre as restrições ao exercício da propriedade condominial, o orçamento, as sanções e outros aspectos que constituem os fundamentos dessa propriedade especial; já o regimento, ato hierarquicamente inferior à convenção, cuida de aspectos meramente rotineiros da vida condominial, como, por exemplo, horários de abertura e fechamento da portaria, de utilização das áreas de lazer e outros aspectos que reclamam alterações mais freqüentes do que a convenção.

Caio Mário da Silva Pereira assinala que a convenção é ato *institucional*, enquanto o regimento é *meramente administrativo* e, por isso, *este deve ser mais flexível, mais suscetível de alterações*<sup>1</sup>.

Dada essa diferenciação e gradação hierárquica, a doutrina sempre recomendou a formalização da convenção e do regimento em instrumentos separados<sup>2</sup>. Considerando, entretanto, segundo o Código Civil, que o regimento será **determinado** pela convenção, e tendo em vista que o quórum para alterações é diferenciado (2/3 para a convenção e livre para o regimento), recomenda-se que o regimento seja elaborado em forma de um anexo à convenção, de modo a identificar com clareza o grupo de disposições que compõe cada um desses atos, circunstância que facilitará e racionalizará as alterações e, sobretudo, evitará controvérsias quanto ao quórum.

**Art. 1.337**

Autor: Marco Aurélio Bezerra de Melo, Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

---

1 PEREIRA, Caio Mário de Silva. *Condomínio e incorporações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. p 140.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 6.

**ENUNCIADO:** Ao condômino anti-social a que se refere o art. 1.337, parágrafo único, do Código Civil, pode ser aplicada a pena, observado o devido processo legal, de interdição judicial temporária ou definitiva da unidade autônoma, se assim for decidido em assembléia ulterior àquela que aplicou a sanção pecuniária de pagamento do décuplo da cota condominial.

### JUSTIFICATIVA

O Código Civil não fez previsão expressa da referida interdição temporária ou definitiva do condômino anti-social, conforme é admitido no Direito Civil espanhol (art. 19 da Lei n. 49/60), alemão (§§ 31 a 58 da Lei Federal de 15 de março de 1951, que dispõe sobre condomínio em edifícios), suíço (arts. 649-b e 649-c), dentre outros ordenamentos jurídicos, como o italiano e o francês, estes últimos em respeito ao que estiver previsto na convenção de condomínio.

Entretanto, parece-nos que a parte final do parágrafo único do artigo em destaque deveria ter previsto a possibilidade de a assembléia ministrar um remédio ainda mais amargo com o objetivo de punir o condômino recalcitrante em sua insuportabilidade, garantindo-se assim a paz aos outros condôminos. Decerto que se algum condômino cria, como diz a lei, incompatibilidade de convivência, pode não ser por meio de sanções pecuniárias que se resgatará a paz para os outros condôminos.

Dessa forma, afirma-se razoável que, observadas as garantias constitucionais do condômino anti-social, a assembléia possa, com o quórum qualificado de três quartos dos condôminos (art. 1.337, *caput*), determinar a interdição temporária do uso da unidade autônoma ou até mesmo a privação definitiva da coisa por parte do condômino ou do possuidor.

Registre-se o fato de que a propriedade deve cumprir função social e não pode configurar abuso de direito (arts. 5º, XXIII, da CR, e 1.228, §§ 1º e 2º, do CC).

Forçoso reconhecer que seria melhor a previsão expressa, pois estamos diante de restrição de direitos. Contudo, julgamos que a proposta sugerida, diante de impasses insolúveis e esgotadas todas as tentativas, é a única forma apta a solucionar o problema criado pelo condômino anti-social, lembrando que, em última análise, quem examinará o pedido do condomínio será o Poder Judiciário, que saberá, diante do caso concreto, dar ao caso a mais justa solução.

#### **Art. 1.351**

Autor: Melhim Namem Chalhub, Advogado, Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** Podem ser objeto de direitos reais de gozo ou de garantia, autonomamente, o solo e a propriedade fiduciária, não se lhes aplicando a regra do art. 1.474, limitado o prazo desses direitos à duração do direito de superfície.

## JUSTIFICATIVA

A concessão do direito de superfície importa em bifurcação do domínio, separando a propriedade do solo e a propriedade da construção ou plantação. Por esse modo, cria-se um direito real autônomo, em coisa alheia, suspendendo ou interrompendo o princípio da acessão<sup>1</sup>.

O desdobramento dos direitos reais decorrente dessa concessão pode dar à propriedade utilização mais ampla e racional, como importante alternativa para a execução de políticas de ocupação do solo, do subsolo e do espaço aéreo, em articulação com outros mecanismos jurídico-administrativos.

A caracterização da coisa superficiária como direito autônomo, excepcionando o princípio da acessão, possibilita a alienação da coisa superficiária separadamente do solo, bem como a constituição de garantias reais destacadamente, sobre o solo ou sobre a construção, viabilizando operações de crédito para as mais diversas atividades industriais e comerciais ou para a implantação de programas habitacionais.

O Código Civil, contudo, omitiu-se a esse respeito, gerando dúvidas e incertezas, sobretudo em face do art. 1.474, pelo qual *a hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções no imóvel*.

No caso do direito de superfície, entretanto, é necessário deixar esclarecida a faculdade de constituição de direitos reais de garantia separadamente, dada a autonomia dos direitos de propriedade sobre o solo e a construção, para que a propriedade superficiária cumpra plenamente sua função econômica e social.

Propõe-se que o prazo dos direitos de gozo ou de garantia fique limitado ao prazo da concessão do direito de superfície, em atenção à regra que disciplina semelhante situação na propriedade resolúvel (art. 1.359) e às normas do Direito comparado<sup>2</sup>.

---

1 ASCENÇÃO, José de Oliveira, diz que o direito de superfície representa *a outra face da acessão* (*Direito civil: direitos reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 528).

2 No Direito português, *a extinção do direito de superfície pelo decurso de prazo fixado importa a extinção dos direitos reais de gozo ou de garantia constituídos pelo superficiário* (Código Civil, art. 1.539).

### **Art. 1.357**

Autor: Guilherme Magalhães Martins, Promotor de Justiça do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** O art. 1.357, § 2º, do Código Civil não pode ser interpretado literalmente, mas sistematicamente em relação ao *caput*, motivo pelo qual a expressão “proporcionalmente ao valor das suas unidades imobiliárias” deve ser entendida como “proporcionalmente à fração ideal de cada condômino.”

### JUSTIFICATIVA

O dispositivo se insere na causa extintiva do condomínio edifício decorrente de sinistro que destrua a edificação de forma total ou considerável, compreendida ainda a ameaça de ruína, com a posterior convocação de assembléia para deliberar sobre o interesse em reconstruir o edifício ou vender o terreno e os materiais.

Deliberada a venda, na hipótese do § 2º em apreço, o valor apurado será repartido entre os condôminos, na proporção de suas frações ideais.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira<sup>1</sup>, a referência ao valor das unidades imobiliárias é fator gerador de incerteza e litígio, porque, se o prédio está destruído ou sob ameaça de ruína, o único valor estável é a fração ideal, pois tudo o que resta do bem, sobretudo na hipótese de destruição, é a área comum do solo, além dos materiais. Adotá-la para decidir sobre a venda, conforme o *caput*, e rejeitá-la para a repartição do preço é utilizar dois pesos e duas medidas.

O fator decisivo para a impropriedade da referência ao valor das unidades imobiliárias, portanto, é a indubitável desvalorização ou mesmo a inexistência destas ao tempo da venda, que pressupõe uma anterior destruição ou ao menos ameaça de ruína, sendo mais técnico atrelar a repartição do preço ao valor das frações ideais.

### **Art. 1.361**

Autor: Marco Aurélio Bezerra de Melo, Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** Na constituição da propriedade fiduciária (art. 1.361, § 1º, CC) que tenha por objeto veículo automotor, é indispensável o registro do contrato no cartório de títulos e documentos, sem prejuízo da necessária anotação na repartição competente para o licenciamento.

---

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4. p.202.

## JUSTIFICATIVA

A redação do dispositivo dá margem a dúvidas no tocante à necessidade ou não de se registrar a alienação fiduciária em garantia de automóvel no Registro de Cartório de Títulos e Documentos, tendo em vista a utilização da conjunção disjuntiva “ou” quando deveria ser “e”, conforme se demonstrará a seguir.

À primeira vista, poder-se-ia pensar que, na hipótese de a propriedade fiduciária ter por objeto automóvel, a nova lei teria dispensado o registro do contrato no Cartório de Títulos e Documentos, uma vez que o § 1º parece exigir apenas o registro na repartição competente para o licenciamento e, após, a anotação do gravame no certificado de registro e licenciamento do veículo. Todavia, dentre as inúmeras atribuições dos órgãos executivos de trânsito (Detran), não se encontra a delegação do Estado para a constituição de garantia real, conforme se pode constatar da simples leitura do art. 22 do Código de Trânsito Brasileiro.

O melhor entendimento da norma passa pelo reconhecimento de que o objetivo do legislador foi apenas dar maior publicidade ao gravame real, tendo em vista sua repercussão em relação a eventuais terceiros adquirentes. Destarte, parece-nos que continua em pleno vigor a lei especial de registros públicos (Lei n. 6.015/73) que, em seu art. 129, § 5º, dispõe de forma enfática: *estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros: (...) 5º) os contratos de compra e venda em prestações, com reserva de domínio ou não, qualquer que seja a forma de que se revistam, os de alienação ou de promessas de venda referentes a bens móveis e os de alienação fiduciária.* A teor do disposto em lei especial, que, por sua natureza, não é revogada pela regra geral do Código Civil, o duplo registro é a única possibilidade de estabelecer a seqüela inerente aos direitos reais de garantia em favor do credor fiduciário.

Cumpre esclarecer que o registro e o licenciamento de veículos são tratados nos arts. 120 a 135 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97).

O registro do contrato no cartório de títulos e documentos é essencial para a constituição eficaz do indigitado direito real de garantia, e a anotação no Detran visa dar maior publicidade ao gravame real. Decerto que os objetivos não se confundem.

No tocante à necessidade de registro no órgão executivo de trânsito do estado, o verbete n. 92 da Jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça estabelece: *A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária em garantia não anotada no Certificado de Registro de veículo automotor.* A referida Súmula apenas faz referência à eficácia *erga omnes*, e não à constituição do gravame em si, que somente pode ser feita por agente delegatário de serviço público (art. 236 da CF/88 e Lei n. 8.935/94).

Releve-se, apenas para demonstrar o equívoco, que, no novo direito real de garantia, denominado “penhor de veículos”, o legislador deixa bem clara a necessidade

de se proceder ao registro do contrato no Cartório de Títulos e Documentos, assim como a anotação no certificado de propriedade do veículo (art. 1.462).

#### **Art. 1.361**

Autor: Eduardo Kraemer, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** O registro da propriedade fiduciária mobiliária é necessário apenas para produzir efeitos contra terceiros; entre as partes, é suficiente o contrato escrito.

#### JUSTIFICATIVA

Coloca-se a questão nos seguintes termos: o registro é requisito de formação da propriedade fiduciária mobiliária, ou apenas requisito necessário para ensejar a produção de eficácia contra terceiros? O registro não pode ser exigido como requisito essencial à formação da propriedade fiduciária mobiliária, pois, entre as partes, a propriedade deve ser considerada válida. O registro só é necessário para produção de eficácia contra terceiros, jamais como elemento de formação da propriedade em si. Revela-se, assim, que o dispositivo do Código Civil deve ser interpretado de forma ampliada. O registro será exigido somente nas hipóteses de conflito com terceiros. Entre as partes contratantes é suficiente o contrato escrito.

#### **Art. 1.369**

Autor: Renato Luís Benucci, Juiz Federal da 5ª Vara de Campinas

**ENUNCIADO:** O direito de superfície admite a superfície por cisão, em razão da vigência do princípio da tipicidade elástica nos direitos reais.

#### JUSTIFICATIVA

O novo Código Civil dispôs sobre o direito de superfície de modo exaustivo, não havendo cogitar da ultratividade do Estatuto da Cidade nas disposições incompatíveis com o novo Código Civil (como a instituição por tempo indeterminado do direito de superfície, previsto no Estatuto da Cidade, e que estaria expressamente derogado).

Não obstante, pode-se utilizar o Estatuto da Cidade como diploma subsidiário. Nesse aspecto, é possível imaginar a instituição do direito de superfície

por cisão, hipótese prevista no referido Estatuto, sobre a qual o novo Código Civil silencia.

Ademais, o princípio da tipicidade elástica, tão bem defendido por Gustavo Tepedino, permite – desde que o espírito do instituto seja preservado – a adequação dos direitos reais a novas situações não expressamente previstas em lei, como a instituição do direito de superfície por cisão, e não apenas para construção ou plantação no terreno.

Esse mesmo raciocínio permite a hipoteca do direito de superfície, apesar do silêncio do novo Código Civil.

### **Art. 1.379, parágrafo único**

Autor: Eduardo Kraemer, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** O prazo máximo para o usucapião extraordinário de servidões deve ser de 15 anos, para adequação ao sistema geral de usucapião previsto no Código Civil.

### JUSTIFICATIVA

É surpreendente o art. 1.379, parágrafo único, do Código Civil, pois, ao estabelecer o prazo de 20 anos para a consumação da usucapião extraordinária, não apresenta qualquer logicidade com o restante das usucapiões previstas no Código Civil, especialmente aquela do art. 1.238, *caput*. A aquisição da propriedade exige apenas 15 anos, não sendo razoável que a aquisição de um direito de menor amplitude tenha de aguardar 20 anos. A proposta busca um tratamento simétrico para questões semelhantes. É razoável que o dispositivo seja interpretado sistematicamente, objetivando que a aquisição da propriedade e das servidões tenha prazo idêntico – 15 anos.

### **Art. 1.379, parágrafo único**

Autores: Gustavo Tepedino, Professor Titular de Direito Civil da UERJ, e Daniela Trejos Vargas, Professora de Direito Civil da PUC/Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** O prazo para usucapião extraordinário de uma servidão aparente, previsto no parágrafo único do art. 1.379 do Código Civil/2002, deve ser de 15 anos, conforme o disposto no art. 1.238 do mesmo Código.

## JUSTIFICATIVA

Enquanto os prazos do art. 1.238 são de 10 e 15 anos, para usucapião ordinário e extraordinário, respectivamente, o art. 1.379 – em clara discrepância com a redução dos prazos para usucapião – segue exigindo o decurso de 20 anos. Não há razão plausível para que o prazo para usucapião de um direito real limitado, como é a servidão, seja superior ao prazo para usucapião do direito real pleno, a propriedade.

O prazo para usucapião extraordinário de servidões não-tituladas deve ser o do art. 1.238, ou seja, 15 anos, e não 20, como acabou constando no parágrafo único do art. 1.379.

**Art. 1.410**

Autores: Gustavo Tepedino, Professor Titular de Direito Civil da UERJ, e Daniela Trejos Vargas, Professora de Direito Civil da PUC/Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** Na hipótese do art. 1.410, VIII, o nu-proprietário não precisa aguardar a prescrição do direito do usufrutuário para pleitear sua extinção por não-uso. Não se aplica, nesse caso, o prazo prescricional geral do art. 205 por não se tratar de extinção decorrente da prescrição do direito real, mas sim do não-atendimento à função social da propriedade, caracterizado pelo não-uso ou não-fruição da propriedade pelo usufrutuário.

## JUSTIFICATIVA

O CC/1916 referia-se expressamente à modalidade de extinção do usufruto pela prescrição (art. 739, VI). O legislador do atual Código, no artigo análogo sobre extinção do usufruto, deixou de mencionar a hipótese de prescrição, substituindo-a pela hipótese de *não-uso ou não-fruição da coisa em que o usufruto recai* (art. 1410, VIII).

O CC de 2002 não exige prazo para pleitear a extinção do usufruto pelo não-uso. Alguns comentários de doutrina sobre o novo Código sustentam que se deve aplicar o prazo prescricional geral do art. 205 na ausência de prazo específico, ou seja, 10 anos. Haveria aqui uma aparente lógica, já que é esse o prazo para a extinção das servidões (art. 1.389, III).

Essa interpretação, ao mesmo tempo que ignora o fato de o legislador atual ter substituído, de forma deliberada, a menção à prescrição pelo critério do não-uso ou não-fruição, admite a utilização por analogia de uma norma de servidão para suprir uma aparente lacuna com respeito ao usufruto. É importante lembrar que a função social do imóvel serviente não é afetada em razão do não-exercício da servidão pelo

proprietário do prédio dominante, visto que o proprietário do prédio serviente continua com plenas faculdades de uso e fruição. Já no caso do usufruto, as faculdades de uso e fruição são exercidas apenas pelo usufrutuário. Dessa forma, o não-uso ou não-fruição por parte do usufrutuário, seja pessoalmente ou por intermédio de terceiros (cessão), resultará no não-atendimento à função social dessa propriedade gravada com usufruto.

Em vista da exigência de que a propriedade cumpra sua função social (arts. 5º, XXIII, da Constituição e 1.228 do CC/2002, entre outros), não seria razoável condicionar a extinção do usufruto por não-uso ao descumprimento da função social da propriedade por dez anos ininterruptos, para somente então facultar ao nu-proprietário o direito de pleitear o cancelamento do usufruto. É importante seja facultado o cancelamento do usufruto por não-atendimento à sua função social assim que o não-uso e a não-fruição sejam constatados. O enunciado se justifica para evitar a interpretação do inc. VIII do art. 1.410 como hipótese de prescrição, tal qual era no Código de 1916. O enunciado deve esclarecer que nesse caso não se aplica o prazo prescricional geral do art. 205, pois não se trata de hipótese de prescrição extintiva/*usucapio libertatis*, e sim de não-atendimento à função social do usufruto.

#### **Art. 1.417**

Autor: Marcelo Roberto Ferro, Advogado e Professor da PUC/Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** O promitente comprador, titular de direito real (art. 1.417), tem a faculdade de reivindicar de terceiro o imóvel prometido a venda.

#### JUSTIFICATIVA

A evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial relativa ao compromisso de compra e venda justifica o entendimento de que, ao compromissário comprador, titular de direito real, deve ser reconhecido o poder de reivindicar de terceiro o imóvel prometido a venda.

Se é verdade que o poder de reivindicar é inerente àquele que tem o domínio, não é menos verdade que o compromissário comprador, titular de direito real de aquisição, que já pagou a integralidade do preço, mas ainda não tem a posse do bem, possui interesse mais do que legítimo em buscar esse bem no patrimônio de quem quer que ele se encontre: se no patrimônio do compromissário vendedor, não há problema, pois usará da ação de imissão de posse; se, todavia, no patrimônio de terceiro, dependerá da ação reivindicatória (ou possessória) a ser proposta pelo seu contratante, que conserva o domínio do bem.

Sob a ótica do compromissário vendedor, que já recebeu a totalidade do preço, ele não tem, em princípio, o menor interesse em promover, em seu nome e às suas expensas, ação reivindicatória contra o terceiro que, injustamente, encontra-se na posse do bem prometido a venda. Como bem ensina José Osório de Azevedo Jr., *depois de receber o preço, o promitente vendedor desliga-se do negócio, pois já transmitiu ao compromissário todo o conteúdo do direito de propriedade. Restou apenas a obrigação de cumprir o rito de assinar uma escritura, que, muitas vezes, é sonogada para evitar despesas supervenientes (alvarás, impostos, etc.) e outras vezes para simplesmente criar condições propícias ao desfazimento do negócio já cumprido por uma das partes e inteiramente consolidado no tempo*<sup>1</sup>. É ainda o mesmo autor que afirma: *Considerando o patrimônio como o complexo de relações jurídicas, com expressão econômica, de uma pessoa, temos que o direito de propriedade que restou ao promitente vendedor após o pagamento do preço se aniquilou ao ponto de se converter em mera obrigação de assinar uma escritura; esta obrigação integra, por certo, o complexo de relações jurídicas do promitente vendedor mas, por não ter expressão econômica, não integra o patrimônio*<sup>2</sup>.

Não é razoável essa desproteção do promitente comprador sem posse, titular de direito real, sobretudo quando se tem em mente que o princípio da função social da propriedade diz respeito à utilização dos bens, e não à sua mera titularidade jurídica. O fato é que o compromissário comprador, mesmo desprovido de direito real, tem amplos direitos contra seu contratante, podendo requerer imissão na posse e adjudicação compulsória (Súmula 239, STJ, e Enunciado n. 95, da I Jornada de Direito Civil). Por isso, é injustificável que, sendo titular de direito real, tenha, perante terceiros, uma situação inferior, que o impede de buscar o bem das mãos de quem injustamente o possua, ou detenha.

No STJ há precedente relevante sobre o tema, consubstanciado no Recurso Especial n. 55.941/DF, assim ementado: *Recurso especial. Ação reivindicatória. Promessa de compra e venda registrada. 1. A promessa de compra e venda irrevogável e irrevogável transfere ao promitente comprador os direitos inerentes ao exercício do domínio e confere-lhe o direito de buscar o bem que se encontra injustamente em poder de terceiro. Serve, por isso, como título para embasar ação reivindicatória. 2. Recurso especial conhecido e provido*<sup>3</sup>.

---

1 AZEVEDO JR., José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 78.

2 Idem, p. 61.

3 STJ, 3ª Turma, REsp n. 55.941-4/DF, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. em 17/2/1998.

**Art. 1.485**

Autores: Gustavo Tepedino, Professor Titular de Direito Civil da UERJ, e Gisela Sampaio da Cruz, Doutoranda em Direito Civil na UERJ

**ENUNCIADO:** Mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, o contrato de hipoteca poderá ser prorrogado sucessivas vezes até perfazer 30 anos, caso em que não perderá o credor sua ordem de preferência. Para que o credor mantenha sua precedência, conservando sua colocação anterior para além dos 30 anos, é preciso que, antes do decurso desse prazo, as partes reconstituam a antiga hipoteca “com novo título e novo registro”. Com essa reconstituição, a hipoteca subsiste com a colocação anterior, isto é, será mantida a precedência que, até então, competia ao credor.

## JUSTIFICATIVA

No art. 1.485, o legislador praticamente repetiu a redação do art. 817 do CC de 1916, substituindo, porém, a expressão “nova inscrição” por “novo título e novo registro”.

De acordo com a redação do art. 1.485, por meio de simples averbação – isto é, sem necessidade de nova inscrição –, requerida por ambas as partes, a hipoteca poderá ser prorrogada, até perfazer trinta anos, da data do contrato. Prorrogações sucessivas são permitidas até juntas perfazerem o prazo de trinta anos. Para tanto, note-se que o CC exige o acordo entre as partes.

O prazo de vigência do contrato de hipoteca é, portanto, limitado, não podendo ultrapassar trinta anos, contados da data da celebração do contrato hipotecário (e não do contrato principal ou da inscrição da hipoteca). Significa dizer que, se as partes convencionarem prazo maior, nem por isso a hipoteca é nula, mas, completados trinta anos do contrato, passa a dívida a ficar sem garantia. Ainda que a dívida principal se prolongue em razão da suspensão ou interrupção da prescrição, *a hipoteca não subsistirá nem mais um dia*<sup>1</sup>. Ao fim desse período, é necessário que as partes procedam a novo registro como condição de subsistência do contrato de hipoteca.

Com efeito, decorrido o prazo de trinta anos do contrato, só poderá subsistir a hipoteca se reconstituída por novo título e novo registro, caso em que lhe será mantida a precedência. Ou seja: se as partes resolverem prorrogar a hipoteca até que se completem 30 anos, basta a simples averbação; porém,

---

1 SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das coisas*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. 10. p. 366.

depois desse prazo, se decidirem manter a garantia, é necessário novo título e novo registro da hipoteca.

Na última hipótese, discutia a doutrina, à luz do art. 817 do Código Civil de 1916, se a expressão “nova inscrição” implicava nova hipoteca, sem a conservação da colocação anterior. A má redação do referido artigo ensejou grande controvérsia doutrinária.

De um lado, na opinião de Clovis Bevilacqua, *manter a precedência é conservar a colocação anterior; se se tratasse de nova hipoteca, sem ligação com a precedente, era inútil o disposto no final do artigo, que foi acréscimo nele intencionalmente posto, precisamente para mostrar que, embora houvesse necessidade de novo título e de nova inscrição, a hipoteca mantinha o posto, que lhe cabia diante das outras*<sup>2</sup>. No mesmo sentido era o entendimento de Tito Fulgêncio<sup>3</sup>, Caio Mário da Silva Pereira<sup>4</sup> e San Tiago Dantas<sup>5</sup>.

Contrariamente, Azevedo Marques entendia que a palavra “precedência” foi mal empregada no texto e deve significar colocação, assim como a palavra “manter” está em lugar de ter. *Um novo título e uma nova inscrição não podem manter o velho título e a antiga inscrição, em relação a terceiros; mesmo porque pelo nosso processo de registros, uma nova inscrição não fica ligada à anterior, nem pode receber o mesmo número. Não há, enfim, continuação jurídica da hipoteca anterior*<sup>6</sup>. Assim também se posicionaram: Affonso Fraga<sup>7</sup>, J. M. de Carvalho Santos<sup>8</sup>, Pontes de Miranda<sup>9</sup> e Orlando Gomes<sup>10</sup>.

De acordo com Tupinambá Miguel Castro do Nascimento<sup>11</sup>, o art. 238 da Lei de Registros Públicos teria resolvido a controvérsia, ao determinar que *o registro da hipoteca convencional valerá pelo prazo de trinta anos, findo o qual só será mantido o número anterior se reconstituída por novo título e novo registro*. Isso porque o mencionado artigo alude à manutenção do número anterior, e é o número de ordem que determina a prioridade e esta a preferência entre as hipotecas. Segundo esse autor, para

---

2 BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. ed. histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1973. v. 2. p. 1281.

3 FULGÊNCIO Tito. *Direito real de hipoteca*. São Paulo: Saraiva, 1928. p. 163.

4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.246-247.

5 SANTIAGO DANTAS. *Programa de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1984. v. 3. p. 447.

6 MARQUES, Azevedo. *A Hipoteca*. São Paulo: Monteiro Lobato, 1925. p. 110.

7 FRAGA, Affonso. *Direitos reais de garantia: penhor, antichrese e hypotheca*. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 825-831.

8 SANTOS, *op. cit.*, p. 368.

9 PONTES DE, MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi. v. 20. p. 308.

10 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 385.

11 NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Hipoteca*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996. p. 113.

que a hipoteca conserve a colocação anterior, é preciso, no entanto, que sua reconstrução seja tempestiva, isto é, dentro do prazo peremptório estabelecido na lei.

Ao comentar a Lei de Registros Públicos, assim também se posiciona Miguel Maria de Serpa Lopes: *A segunda parte do art. 817 refere-se à prorrogação posterior ao prazo de 30 anos, a contar da data do contrato. Esta segunda parte do art. 817 tem despertado vivas controvérsias em vista da menção que ali se faz: “e, neste caso, lhe será mantida a precedência, que então lhe competir”. Com apoio em Filadelfo Azevedo, entende Lisipo Garcia, e a meu ver com muita segurança, que a renovação para gozar a preferência tem de ser feita antes de expirado o prazo de 30 anos*<sup>12</sup>.

Silvio Rodrigues, por sua vez, ao examinar a controvérsia sob a égide do Código Civil de 2002, afirma que, *alcançado este termo (prazo peremptório de 30 anos), mister se faz reconstituir o negócio por novo título e novo registro. Mas aí é nova hipoteca que nasce, e não mais a antiga*<sup>13</sup>. Já Marco Aurélio Bezerra de Melo, ao contrário, acredita que, *uma vez registrado o novo contrato na forma retromencionada, será assegurado ao credor a prioridade no recebimento do crédito que já ostentava antes do registro*<sup>14</sup>.

Como se vê, andou mal o legislador ao repetir a redação do art. 817 do Código Civil de 1916. O sentido do verbo “manter” é incompatível com o tempo em que está conjugado o verbo “competir”. O legislador ou deveria ter utilizado a redação do art. 238 da Lei de Registros Públicos, que é muito mais clara; ou, se quisesse seguir a corrente capitaneada por Azevedo Marques, ter dito “mantida a precedência, que então lhe competia”, com o verbo no passado. A nosso ver, a primeira opção seria a melhor escolha.

Portanto, o art. 1.485 do Código Civil de 2002 deve ser interpretado tal como o era o art. 238 da Lei de Registros Públicos. Assim, para que o credor mantenha sua precedência, conservando sua colocação anterior para além dos 30 anos, é preciso que, antes do decurso desse prazo, as partes reconstituam a antiga hipoteca “com novo título e novo registro”. Nessa hipótese, mesmo com um novo registro, a hipoteca subsistirá com a colocação anterior, isto é, será mantida a precedência que até então competia ao credor.

---

12 SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos*. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. v. 2. p.377.

13 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 404.

14 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 5. p. 369.

## 5.5 Direito de Família e Sucessões

---

**Art. 1.535**

Autor: Guilherme Magalhães Martins, Promotor de Justiça do Rio de Janeiro e Professor da Universidade Cândido Mendes

**ENUNCIADO:** Os contraentes que estiverem em localidades distintas poderão endereçar suas declarações por meio eletrônico, assegurado mediante processo de certificação disponibilizado por entidade integrante do ICP-Brasil. Em tais situações – presente cada qual dos nubentes diante do oficial de registro da respectiva circunscrição, e um deles perante a autoridade celebrante e as testemunhas –, o presidente do ato, após o recebimento da declaração de ambos no sentido de que pretendem se casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento. O ato será presidido pela autoridade em cuja circunscrição tramitou o processo de habilitação de casamento, perante a qual deverá estar necessariamente um dos nubentes, juntamente com as testemunhas.

**JUSTIFICATIVA**

O documento eletrônico, em face do Direito positivo nacional, já encontra plena equiparação ao escrito tradicional, seja este público ou privado (art. 10, caput e § 1º, da Medida Provisória n. 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, e art. 225 do Código Civil, o qual se refere especificamente à finalidade probatória), devendo o processo de habilitação de casamento adaptar-se à nova realidade tecnológica.

Se o art. 1.542 do Código Civil vigente, albergando norma vetusta e pouco utilizada, presente no Direito positivo nacional desde a codificação de 1916 (art. 201), contempla o casamento por procuração, inovando apenas ao exigir a forma pública no caso de os cônjuges se encontrarem em localidades distintas, não há nenhum obstáculo, em tal hipótese, ao casamento por meio eletrônico.

Essa forma de celebração não frustra o requisito da presença dos nubentes (art. 1.535, Código Civil), ora substituída pela idéia de “presença virtual simultânea”. O enunciado ora proposto não exige, para sua plena operatividade, sequer uma reforma legislativa, visto ser perfeitamente compatível com as disposições legais em vigor, desde que cada qual dos nubentes se faça acompanhar do oficial de registro da circunscrição onde se encontre, ambos conectados por meio eletrônico a computadores e assim endereçando suas declarações, que deverão ser asseguradas por certificado emitido mediante processo de certificação disponibilizado pelo ICP-Brasil, o que garante maior segurança e confiabilidade ao ato.

O procedimento de habilitação se dará da forma tradicional. Para a celebração do ato, um dos nubentes deverá se encontrar perante a autoridade

celebrante da circunscrição onde se processou a habilitação, a qual, após recebidas ambas as declarações no sentido de que os postulantes pretendem casar-se por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento<sup>1</sup>.

Uma reforma legislativa certamente se fará necessária no futuro, de modo a regular o processamento eletrônico de toda a habilitação, assim como o dos feitos judiciais em geral, porém, como visto, a realização do casamento por via eletrônica é perfeitamente compatível com a solenidade própria de tal ato, podendo desde já ser implementada e fomentada nos cartórios de registro civil de todo o país.

### **Art. 1.566**

Autor: Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, Procurador Regional da República, Especialista em Direito Civil pela Universidade de Direito, Economia e Ciências Sociais de Paris – Paris II; Professor da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** O dever de mútua assistência engloba tanto a assistência material quanto a moral.

### JUSTIFICATIVA

Em consonância com a unanimidade da doutrina e da jurisprudência, o dever de assistência ostenta dupla face: assistência material e assistência moral. A primeira impõe ao cônjuge o dever de proporcionar ao consorte os meios materiais de subsistência, confundindo-se com a noção de alimentos civis (alimentação, vestuário, moradia, remédios etc.), a exemplo do que a doutrina francesa denomina “dever de socorro”. A assistência moral, por sua vez, impõe o dever de amparo espiritual, companheirismo, amizade, consolo nos momentos difíceis da existência (desemprego, doença etc.). Neste passo, é pertinente lembrar que, durante os trabalhos de elaboração do Código de Napoleão, Pothier sugeriu fosse incluído entre os deveres de ambos os cônjuges o de amar o seu consorte, o que foi rejeitado pela Comissão. Não podendo a lei exigir o amor, pode exigir a assistência moral, de tal modo que o total “descaso” de um cônjuge pelo outro configure violação grave dos deveres do casamento, num sistema em que a culpa é considerada causa para a separação judicial ou o divórcio.

---

1 *O envio de uma mensagem eletrônica ocorre quando esta entra em um sistema de informação alheio ao controle do remetente ou da pessoa que a envia em seu nome.* Art. 22 do Projeto de Lei n. 4.906-A/2001 e art. 15 da Lei modelo da Uncitral acerca do comércio eletrônico.

Assim, a sugestão é no sentido de que haja explicitação textual da dupla face do dever de mútua assistência, acrescentando-se ao inc. III do art. 1.556: (...), **material e moral.**

**Arts. 1.571, 1.572, 1.574, 1.575, 1.576, 1.577, 1.578 e 1.580**

Autor: Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, Procurador Regional da República, Especialista em Direito Civil pela Universidade de Direito, Economia e Ciências Sociais de Paris – Paris II; Professor da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** O instituto da separação judicial deve ser eliminado do Código Civil.

### JUSTIFICATIVA

A Lei n. 6.515/77 sofreu nítida influência da reforma do divórcio levada a cabo na França, com a *Loi du 11 juillet 1975*, donde foram extraídos os conceitos, *ipsis litteris*, de “conduta desonrosa”, “violação grave dos deveres do casamento”, “insuportabilidade da vida em comum”, “cláusula de extrema dureza” etc. É curioso notar que, embora na França a possibilidade jurídica de divorciar tivesse nascido com o Código de Napoleão – ou seja, no início do séc. XIX –, até 1975 o divórcio apenas podia ser decretado em razão da culpa de um ou de ambos os cônjuges, ao passo que o Código Bevilacqua já permitia, desde o início do séc. XX, o desquite amigável.

A Lei do Divórcio optou por não fazer tábula rasa do instituto do desquite – que se encontrava plenamente aceito no meio social, na doutrina e na jurisprudência –, mantendo-o, como preliminar do divórcio, sob o apelido de “separação judicial”. Criou-se, assim, o “divórcio à brasileira”, ou seja, divórcio por conversão de prévia separação judicial como regra, permitindo-se o chamado “divórcio direto”, apenas em situações especiais.

Tal duplicidade de institutos tem merecido acerbadas críticas desde a gênese da Lei do Divórcio. Logo, é incompreensível que o novo Código Civil não acabe, de uma vez por todas, com a ação de separação judicial, para que impere, isoladamente, como em qualquer sistema jurídico divorcista, a ação de divórcio pura e simples.

Todos os efeitos decorrentes da ação de separação judicial contemplados no novo Código (cessação da sociedade conjugal, cessação do dever de fidelidade, de coabitação e do regime de bens etc.) podem e devem ser consequência da própria ação de divórcio, não havendo qualquer razão, de ordem prática ou teórica, para a manutenção da duplicidade de institutos, que acarreta ônus materiais tanto ao Poder

Judiciário (aumento do número de processos) quanto às partes (custas judiciais e honorários).

O mesmo não se diga quanto à ação cautelar de separação de corpos, informada por princípios próprios e visando atender a finalidade diversa, cuja manutenção é de grande utilidade.

Talvez o único agravamento de caráter prático que possa causar a supressão da separação judicial venha a ser a necessidade de novo casamento, na hipótese de reconciliação posterior ao divórcio, em vez do restabelecimento da sociedade conjugal por mero ato judicial, conforme previsto no art. 1.577. Entretanto, tal facilitação não justifica a adoção de um complexo sistema dúplice de cessação da sociedade conjugal.

Alterações textuais que se fazem necessárias, caso aceita a proposição  
(as modificações estão negritadas, e as supressões, entre colchetes)

*Art. 1.562. Antes de mover a ação de nulidade de casamento, a de anulação, [a de separação judicial] a de divórcio [direto] ou a de dissolução de união estável, poderá requerer a parte, comprovando sua necessidade, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade.*

## Capítulo X

[Da Dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal]

### **Do Divórcio**

*Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:*

*[III – pela separação judicial;]*

*III – pelo divórcio;*

*(...).*

*§2º Dissolvido o casamento pelo divórcio [direto ou por conversão], o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo [,no segundo caso,] dispondo em contrário a sentença de [separação judicial] **divórcio**.*

Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de [separação judicial] **divórcio**, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

§1º [A separação judicial] **O divórcio** pode também ser pedid[a]o se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de 1 (um) ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

§2º O cônjuge pode ainda pedir [a separação judicial] **o divórcio** 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 2 (dois) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

§3º No caso do §2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido [a separação judicial] **o divórcio**, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime de bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

Art. 1.574. Dar-se-á [a separação judicial] **o divórcio** por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de 1(um) ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar [a separação] **o divórcio** se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

Art. 1.575. A sentença de [separação judicial] **divórcio** importa a separação de corpos e a partilha de bens.

Art. 1.576. [A separação judicial] **O divórcio** põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.

[Art. 1577. Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.

Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens].

*Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de [separação judicial] **divórcio** (...).*

*§ 1º O cônjuge inocente na ação de [separação judicial] **divórcio** poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.*

*1.580. [Decorrido 1(um) ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.*

*§ 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.*

*[§ 2º] O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.*

*Art. 1.583. No caso de [dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual] **divórcio por mútuo consentimento**, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.*

*Art. 1.584. Decretado [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 para exercê-la.*

*Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
(...);*

*II – nascidos nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, [separação judicial,] **divórcio**, nulidade e anulação do casamento;*

*(...).*

*Art. 1.622. (...).*

*Parágrafo único. Os divorciados [e os judicialmente separados] poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.*

*Art. 1.632. [A separação judicial,] O divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.*

*Art. 1.683. Na dissolução do regime de bens [por separação judicial ou] por divórcio, verificar-se-á o montante dos aqüestos à data em que cessou a convivência.*

*Art. 1.702. [Na separação judicial litigiosa] **No divórcio litigioso**, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1694.*

*Art. 1.703. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges [separados judicialmente] **divorciados** contribuirão na proporção de seus recursos.*

*Art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, não separado [judicialmente ou] de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito.*

### **Arts. 1.572, 1.573 e 1.578**

Autor: Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, Procurador Regional da República, Especialista em Direito Civil pela Universidade de Direito, Economia e Ciências Sociais de Paris – Paris II; Professor da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** A culpa deve ser eliminada como causa da separação judicial e/ou do divórcio.

### JUSTIFICATIVA

Cada vez mais o Direito comparado (Inglaterra, Alemanha etc.) tem rechaçado a possibilidade de exame, pelo Poder Judiciário, das causas culposas de falência do casamento. Já em 1975, a reforma do divórcio na França amenizou a disciplina napoleônica, introduzindo, paralelamente ao divórcio culposo (*faute*), as chamadas “causas objetivas de divórcio”, alcunhadas pela doutrina gaulesa de “divórcio-falência”, “divórcio-remédio” e “divórcio-constatação”, conseqüente do simples decurso do tempo de separação de fato, a indicar, inapelavelmente, a impossibilidade de manutenção do vínculo conjugal. Assim também o fez a lei brasileira, seja por meio dos §§ 1º e 2º do art. 5º (ruptura da vida em comum e doença mental grave), seja mediante o divórcio direto.

Seria, pois, aconselhável que o novo Código Civil desse um salto qualitativo em direção à modernidade, com a adoção exclusiva de causas objetivas de separação judicial e de divórcio, evitando com isso a discussão traumática – principalmente para os filhos – das causas culposas, as quais, no mais das vezes, decorrem de culpa recíproca.

Os diversos efeitos provenientes da existência ou não de culpa por parte de um ou ambos os cônjuges podem ser regulados sem que tal desgaste se faça necessário. No que respeita à guarda dos filhos, a matéria já se encontra superada pelo art. 1.584, que a concede ao mais apto para tanto, sempre no interesse do menor. Quanto ao uso do nome, aplica-se o disposto no art. 1.571, § 2º, e, com relação aos alimentos eventualmente devidos ao cônjuge dito inocente, a matéria deveria ser abordada sob o prisma da necessidade, independentemente da análise da existência de culpa ou não pelo fracasso do casamento, em vez de se tornar forma de punição ao culpado.

Mesmo que se admita, para argumentar, a necessidade e/ou conveniência da preservação da análise da culpa para efeitos da decretação da separação judicial ou do divórcio, é inconcebível que o novo Código Civil tenha regredido a momento anterior à Lei do Divórcio, quando esta, em boa hora, já havia eliminado as “causas peremptórias de desquite litigioso” (adultério, sevícias, tentativa de morte, abandono do lar e injúria grave), previstas no antigo art. 317. Melhor é deixar à prudente análise do juiz as causas “abertas” de violação grave dos deveres do casamento, diante da riqueza multifária da realidade, em vez de elencar, ainda que exemplificativamente, causas pontuais, como as do art. 1.573.

Cumprе salientar que a análise da culpa é pertinente em se tratando de anulação de casamento, devendo, pois, permanecer íntegro o comando do art. 1.564, que impõe ao cônjuge culpado a perda de todas as vantagens devidas ao cônjuge inocente e a obrigação de cumprir as promessas que lhe fez no contrato antenupcial. Justifica-se o tratamento diferenciado, pois, ao contrário do que ocorre com a separação judicial e o divórcio, a anulação, nesse caso, decorre de má-fé genética ao ato de casar, mediante a ocultação dolosa ao consorte da causa de invalidade.

Por derradeiro, a eliminação da culpa como causa de separação judicial e divórcio em princípio tornaria dispensável a explicitação legal dos deveres de ambos os cônjuges em decorrência do matrimônio (fidelidade recíproca, coabitação, mútua assistência e sustento dos filhos), já que a causa de extinção do vínculo derivar-se-ia exclusivamente da ruptura da vida em comum, conseqüência posterior da violação de tais deveres conjugais. Entretanto, nada impede que tal elenco permaneça como indicativo programático aos cônjuges, podendo, inclusive, servir eventualmente de elemento auxiliar para a avaliação do conceito de impossibilidade de reconstituição da vida em comum,

previsto no art. 1.572, § 1º. Pelas mesmas razões, é viável a manutenção do elenco dos deveres a serem respeitados na união estável (art. 1.724).

### **Art. 1.573, parágrafo único**

Autor: Luiz Felipe Brasil Santos, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** Formulado o pedido de separação judicial com fundamento na culpa (art. 1.572 e/ou art. 1.573 e incisos), e não restando ela inequivocamente comprovada, o juiz poderá decretar a separação do casal diante da constatação da insubsistência da comunhão plena de vida (art. 1.511) – que caracteriza a hipótese de *outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum* – sem atribuir culpa a nenhum dos cônjuges.

### JUSTIFICATIVA

Dispõe o art. 1.511 do Código Civil: *o casamento estabelece a comunhão plena de vida entre os cônjuges*. Ora, na maior parte das vezes a ruptura dessa comunhão no plano espiritual, pela insubsistência do afeto que gerou a união, é a verdadeira causa do rompimento. Nessas condições, a discussão acerca da culpa unilateral representa uma visão maniqueísta, irreal, das complexas relações humanas – sobretudo a matrimonial –, em que raramente há inocentes e culpados. Por outro lado, não demonstrada de forma cabal a culpa alegada como fundamento, não é razoável seja o pedido separatório julgado improcedente, mantendo-se no papel uma relação faticamente esfacelada. Por isso é que o legislador, na sábia dicção do parágrafo único do art. 1.573 do Código Civil, ensejou que a separação possa vir a ser decretada diante da constatação de *outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum*, regra de grande abertura, que permite decretar a separação sem que necessariamente venha a ser atribuída a culpa a qualquer dos cônjuges.

Esse entendimento, por sinal, já foi perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, em feitos da relatoria dos eminentes Ministros Ruy Rosado de Aguiar (REsp n. 467.184-SP) e Sálvio de Figueiredo Teixeira (REsp n. 433.206-DF).

### **Art. 1.575**

Autor: Luiz Felipe Brasil Santos, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** Não é obrigatória a partilha de bens na separação judicial.

#### JUSTIFICATIVA

O art. 1.581 do Código Civil, ampliando o enunciado sumular 197 do STJ, dispensa a realização da partilha de bens em qualquer modalidade de divórcio, na medida em que não faz referência a nenhuma delas. Logo, não há sentido em se exigir a partilha na separação, que, em relação ao divórcio, tem notoriamente efeitos bem mais limitados. Diante dessa constatação, de meridiana lógica, conclui-se que o art. 1.575 não contém regra impositiva de partilha, senão que meramente faculta seja efetivada ao ensejo da separação.

#### **Art. 1.593**

Autor: Luiz Felipe Brasil Santos, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

#### JUSTIFICATIVA

Vem obtendo crescente reconhecimento doutrinário e jurisprudencial a noção de que o vínculo de filiação, muito mais do que decorrência de um dado biológico, resulta de um dado sociológico “construído”, plasmado na “posse do estado de filho”. Disso é evidência a igualdade plena dos filhos adotivos e a paternidade presumida (de modo absoluto, por sinal) dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga consentida (art. 1.597, V, CC).

A doutrina nacional especializada (escudada pela jurisprudência de ponta) tem frisado a valoração do afeto na família como valor juridicamente apreciável, o qual, aliado aos dados objetivos que constituem a posse do estado de filho, serve para estabelecer a filiação independentemente da relação biológica, ou até mesmo em oposição a ela.

Nesse contexto, a expressão “outra origem”, além de abranger a adoção e a inseminação artificial heteróloga consentida, alcança também a posse do estado de filho.

**Art. 1.597, III e IV**

Autores: Gustavo Tepedino e Heloisa Helena Barboza, Professores Titulares de Direito Civil da UERJ

**ENUNCIADO:** Tendo em vista que o art. 1.597, incs. III e IV, não estipulou prazo para a possível gestação da mulher após a morte do marido, e os graves problemas de ordem prática daí decorrentes, razoável a aplicação do prazo prescricional geral para a eventual petição de herança, a ser suspenso na forma da lei, até que venha a ser editada legislação específica sobre o assunto.

## JUSTIFICATIVA

O art. 1.597, incs. III e IV, do Código Civil contempla a denominada “inseminação artificial *post mortem*” e a possibilidade de utilização, a qualquer tempo – portanto, também após a morte do cônjuge –, dos embriões do casal que se encontrarem crioconservados. Não houve, contudo, estabelecimento de prazo para a possível gestação e o nascimento do filho assim gerado. Essa ausência de limitação temporal cria problemas de ordem prática no aspecto sucessório, especialmente no que respeita ao inventário de partilha dos bens do marido. Considerando que o vínculo de filiação assegurado pela presunção de paternidade gera efeitos extrapatrimoniais e patrimoniais, parece razoável manter-se o antigo entendimento do STF, seguido pelo STJ, mesmo após 1988, que diferencia tais efeitos nos casos de investigação (*post mortem*) da paternidade, cumulado com a petição de herança. De acordo com esse entendimento, os efeitos extrapatrimoniais atinentes ao estado de filiação são imprescritíveis; não assim a petição de herança, nitidamente de natureza patrimonial, que estará sujeita ao prazo prescricional geral de 10 anos, a ser interrompido após o nascimento com vida do filho, por força do disposto no art. 198, I, do CC, tudo conforme vem decidindo o STJ.

**Art. 1.597, III, IV e V**

Autora: Jussara Maria Leal de Meirelles, Professora Titular de Direito Civil da PUC/Paraná

**ENUNCIADO:** As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”, constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1.597, devem ser compreendidas somente no limite estreito dos seus próprios significados, a saber: “fecundação artificial” e “concepção artificial” abrangendo tanto as técnicas de inseminação artificial como as que envolvem “fertilização *in vitro*”, e

“inseminação artificial” somente significando as diversas técnicas de reprodução assistida nas quais se faça somente o uso de sêmen.

#### JUSTIFICATIVA

O uso aparentemente indiscriminado dessas expressões pelo legislador pode dar a errônea impressão de tratar-se de sinonímia, o que não corresponde à realidade técnica. De igual modo, afirmar que as mencionadas expressões devem ser interpretadas como “técnicas de reprodução assistida”, conforme estabelece o Enunciado n. 105 do CJF, pode deixar dúvidas quanto ao seu real alcance. Assim, da leitura dos incisos III, IV e V, há de se extrair, a partir do significado próprio das expressões usadas pelo legislador, que a diferenciação foi proposital, de maneira a estabelecer presunção de filiação em hipótese de técnica de fertilização *in vitro* (vulgarmente denominada “bebê de proveta”) somente se esta for homóloga (com material fecundante próprio do casal); a presunção de filiação para os casos de uso de material fecundante oriundo de doador anônimo (heteróloga) somente será reconhecida pelo legislador civil na hipótese de inseminação artificial, não abrangendo o uso de óvulos doados nem a gestação de substituição.

#### **Art. 1.597, V**

Autora: Jussara Maria Leal de Meirelles, Professora Titular de Direito Civil da PUC/Paraná

**ENUNCIADO:** A hipótese trazida pelo dispositivo é de presunção legal, e não de reconhecimento espontâneo da paternidade, de modo que a desconstituição do estado de filiação gerado a partir da declaração de vontade a que alude o inciso V somente pode ser obtida mediante ação anulatória ou declaratória de nulidade do ato e, evidentemente, com fundamento nas causas que ensejam sua anulabilidade ou nulidade.

#### JUSTIFICATIVA

Ao dispor sobre a presunção de concepção, na constância do casamento, dos filhos havidos mediante inseminação artificial heteróloga, desde que anteriormente autorizada pelo marido, o legislador dá amparo a mais uma hipótese de esvaziamento do conteúdo biológico da paternidade, valorizando a paternidade socioafetiva, avançando, portanto, nesse aspecto.

Permite, porém, no art. 1.601 do mesmo diploma, que o marido conteste a paternidade, sendo tal ação imprescritível, o que pode conduzir à interpretação de que, após haver consentido na prática da inseminação artificial com sêmen de terceiro, o marido possa se arrepender e afastar a presunção legal de paternidade, contestando-a. Ainda há de se considerar que, uma vez desconstituída a paternidade do marido, restará o filho sem pai, em razão do sigilo que se guarda quanto ao doador, o que afrontaria o direito à filiação paterna, colidindo com o princípio constitucional da isonomia entre os filhos.

Por isso, à autorização do marido não se deve conferir força de reconhecimento espontâneo do vínculo de filiação, pois ela se aplica às hipóteses de filiação havida fora do casamento; na procriação heteróloga, a paternidade não se assenta numa realidade biológica, daí afirmar-se que se configura situação similar à adoção, que é irrevogável. Assim, a desconstituição da paternidade, na hipótese trazida pelo inciso V do art. 1.597, somente poderá ser obtida com fundamento em causas de nulidade ou de anulabilidade do ato que a ensejou.

### **Art. 1.601**

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

**ENUNCIADO:** Não se aplica o art. 1.601 quando estiver configurada a posse do estado de filho.

### JUSTIFICATIVA

O art. 1.601 faz da paternidade uma relação sujeita a instabilidades gravemente prejudiciais às pessoas e ao Estado. Se, como hoje entende a melhor doutrina, a essência da paternidade<sup>1</sup> não está na derivação genética, senão no amor e

---

1 Sobre o caráter cultural da paternidade, ver VILLELA, João Baptista. A new approach to legitimacy in the area of children's rights. In: BATES, Frank (Ed.). *The child and the Law*. Dobbs Ferry: Oceana Publ., 1976. p. 489. \_\_\_\_\_ . Liberdade e família. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, *passim*, esp. p. 22: *Enfim, não tem a paternidade, em essência, conteúdo biológico*; \_\_\_\_\_. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 85: *Não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do pai, senão o amor, o desvelo e o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança. Permita-me repetir aqui o que tenho dito tantas vezes: A verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen*; \_\_\_\_\_. Repensando o Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o Direito de Família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 26: *Assinalo como ilusória e perversa a euforia que tomou conta de uma parte da doutrina e dos tribunais brasileiros com respeito ao progresso da biologia genética e sua aplicação para determinar a paternidade. Falo — sabem*

no serviço dedicados ao que se tem por filho, é mediante a posse do respectivo estado que ela se revela. Ademais, na absoluta ilimitação e imperatividade de seus termos, o artigo põe nas mãos do marido um odioso instrumento de pressão e opressão contra sua mulher, cuja honra e intimidade passam a estar sob permanente risco de exposição pública. Esse poder que se confere ao marido sequer teria como ser devolvido à mulher pelo que, resultam gravemente desequilibradas contra ela as relações interconjugais.

### **Art. 1.601**

Autor: Francisco José Cahali, Professor e Advogado

**ENUNCIADO:** Não cabe a ação negatória de paternidade prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, consentida pelo marido, nos termos do art. 1.597, V, do mesmo Código.

### JUSTIFICATIVA

Ao se considerar que na procriação assistida heteróloga há consentimento do marido no projeto de filiação, aqui considerada presumida, a filiação será intencional, diversa da ascendência biológica e independentemente do surgimento da relação socioafetiva ou da posse do estado de filho.

Assim, a ação negatória mostra-se incompatível com essa origem de filiação, pois representaria, por exemplo, a retratação unilateral da paternidade.

### **Art. 1.621, § 2º**

Autor: Luiz Felipe Brasil Santos, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** Revogado o consentimento dos pais para a adoção, o feito não será extinto, devendo converter-se na forma litigiosa.

---

*todos — do DNA. (...) O desprezo da misteriosa e complexa realidade antropológica do homem, assim como produziu o teratológico jusnaturalismo de base racionalista, ameaça substituir ao sentido cultural e axiológico da relação entre pais e filhos uma tecnicista paternidade biogenética; \_\_\_\_\_.* O modelo constitucional da filiação: verdade e supertições. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 132, jul./set. 1999: *Se o fundamento capital da paternidade é de natureza afetiva e não biológica, torna-se imperioso abrir maior espaço, entre nós, à posse do estado de filho, cujo papel no Direito de Família não pode ficar limitado ao âmbito da prova, senão que deve alcançar a própria constituição do status familiae.* Especificamente quanto ao art. 1.601 do novo Código Civil, cf. VILLELA, João Baptista. Art. 1.601. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis – Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 71-88.

## JUSTIFICATIVA

Constitui inovação do Código Civil (não prevista na Lei n. 8.069/90) a possibilidade de os pais ou responsáveis revogarem o consentimento para a adoção *até a publicação da sentença constitutiva*. (...) Essa regra, no entanto, deve ser interpretada em conformidade com o princípio constitucional maior da proteção integral e da preservação do soberano interesse da criança e do adolescente.

Ocorre que, durante o processo de adoção, já se encontrando a criança, muitas vezes, em estágio de convivência com os adotantes, o retorno à família de origem poderá representar inominável violação dos interesses do adotado. Ademais, por trás da revogação de última hora do consentimento antes outorgado, poderão estar escondidos escusos interesses financeiros dos genitores ou responsáveis.

Dessa forma, retirado o consentimento, o processo de adoção não deverá ser extinto, mas sim convertido na forma litigiosa de destituição do poder familiar, prosseguindo conforme disposto no art. 155 e seguintes da Lei n. 8.069/90.

**Art. 1.629**

Autor: Maurício Andrade de Salles Brasil, Juiz do Tribunal de Justiça da Bahia

**Proposta:** Acrescentar parágrafo único ao art. 1.629, na forma seguinte:

**Art. 1.629. (...).**

**Parágrafo único. O processo judicial de adoção não se iniciará sem que esteja instruído com o laudo de habilitação expedido pela comissão estadual judiciária de adoção.**

## JUSTIFICATIVA

A redação atual do art. 1.629 (*A adoção por estrangeiro obedecerá aos casos e condições que forem estabelecidos em lei*) é lacunosa porque deixa aberta a interpretação do art. 52 do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente). Este, por sua vez, cuida do tema como uma faculdade do magistrado, ao mencionar de forma imprecisa: *A adoção internacional **poderá** ser condicionada a estudo prévio e análise de uma comissão estadual judiciária de adoção (...)*, quando o verbo adequado é **deverá**, pois, dessa forma, ajusta-se o texto legal ao princípio do melhor interesse da criança e ao espírito do novo Direito de Família, que levam os operadores do Direito a recorrerem aos laudos emitidos pelas equipes interdisciplinares das Cejas não como

mera faculdade, mas principalmente como um direito da criança e/ou do adolescente em situação de ser adotado.

### **Art. 1.639**

Autores: Luiz Edson Fachin, Professor da UFPR, e Rosana Fachin, Juíza do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná

**ENUNCIADO:** A alteração do regime de bens prevista no § 2º. do art. 1.639 do novo Código Civil, em vigor desde 11 de janeiro de 2003, também é permitida relativamente aos casamentos realizados antes de sua vigência.

### JUSTIFICATIVA

Situado no âmbito do direito patrimonial, o regime de bens entre os cônjuges, consoante prevê o § 1º do art. 1.639 do Código Civil/2002, começa a vigorar desde a data do casamento. Por conseguinte, a escolha de um dado regime de bens se situa no campo da eficácia das relações familiares matrimonializadas.

Somente as condições de validade dos negócios e demais atos jurídicos constituídos antes da entrada em vigor do novo Código obedecem ao disposto nas leis anteriores, conforme expressamente determina a regra de direito intertemporal do *caput* do art. 2.035 do CCB. É aplicação do princípio que resguarda o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (nos termos da segunda parte do art. 6º. da Lei de Introdução ao Código Civil).

Não obstante, segundo o mesmo preceito (*caput* do art. 2.035), os efeitos produzidos após a vigência do novo Código Civil subordinam-se às normas deste. É o que se passa com o regime matrimonial de bens. O teor do art. 2.039 do novo Código Civil deve ser interpretado como comando dirigido às condições de validade e não de eficácia, não impedindo, assim, a alteração do regime de bens.

Desse modo, ao casamento realizado antes da vigência do novel Código Civil, cuja relação matrimonial permanece em curso sob a vigência da nova lei, também se aplicam as regras novas. Pelo princípio da aplicação imediata e geral da nova lei, esculpido na primeira parte do art. 6º. da Lei de Introdução ao Código Civil, é possível alterar o regime matrimonial de bens de casamentos celebrados antes de 11 de janeiro de 2003, sob os pressupostos e requisitos aplicáveis aos demais casamentos.

### **Art. 1.639, § 2º**

Autora: Érica Verícia de Oliveira Canuto, Promotora de Justiça e Professora

**ENUNCIADO:** Não cabe imprimir efeito retroativo à decisão de alteração do regime de bens, mesmo com validade somente entre os cônjuges. Porém, se estes assim acordarem, o ato é válido, mas ultrapassa os efeitos da sentença de alteração do regime de bens, devendo ser entendido como ato de disposição e liberalidade, incidindo, inclusive, o imposto de transmissão *inter vivos*, por equivaler à doação. Tal não se dá no caso de mudança para o regime da comunhão universal de bens, já que a disposição do patrimônio é da natureza daquele regime, não havendo falar em efeito retroativo ou doação.

### JUSTIFICATIVA

A sentença que defere a alteração do regime patrimonial de bens é de natureza constitutiva e, como tal, tem efeito *ex nunc*, não cabendo às partes, ou mesmo ao juiz, determinar efeito *ex tunc*, se assim não previu a lei. Todos os atos que dependem de sentença de natureza constitutiva têm efeito *ex nunc*. Caso tenham efeito *ex tunc*, a lei assim o declara, como exceção, o que não é a hipótese da alteração do regime de bens. Mas se as partes, no acordo de alteração do regime, houverem por bem imprimir efeito retroativo em relação a um ou a todos os bens, o ato é válido, mas porta as características e conseqüências acima mencionadas.

#### Art. 1.639, § 2º

Autora: Érica Verícia de Oliveira Canuto, Promotora de Justiça e Professora

**ENUNCIADO:** A motivação do pedido de alteração do regime de bens não necessita conter declaração de **justa causa**, mas somente refletir a vontade dos cônjuges.

### JUSTIFICATIVA

A motivação é de conteúdo subjetivo. Significa declaração de motivo e não, necessariamente, indicação de causa cuja justiça deva ser avaliada pelo juiz. Se o pedido é conjunto, refletindo a vontade dos nubentes, não há como, por qualquer outro fundamento, o juiz indeferir a pretensão. Basta a declaração de que é o melhor para o casal, ou que reflete a vontade dos cônjuges, ressaltando-se, em qualquer hipótese, os direitos de terceiros. Os requisitos da motivação e da comprovação dos motivos alegados não passam pelo filtro da constitucionalidade, já que, sem qualquer conseqüência jurídica relevante, exigem exposição da intimidade e da vida privada das pessoas, e as razões para alterar ou não o regime de bens dizem respeito somente ao

casal. A ressalva de direitos de terceiros não deve ser utilizada para impedir a alteração do regime de bens pretendida, porquanto é a lei que garante tais direitos.

Assim, o prejudicado pode demandar a anulação do ato jurídico, desde que comprove simulação, dolo, fraude, coação, erro. Não cabe, sequer, a perquirição de inexistência de dívida, uma vez que não há impedimento para a alteração do regime de bens de devedor. Há, sim, a exigência de ampla publicidade do ato, para que os interessados dele tomem conhecimento e façam valer seus direitos, se for o caso. Registre-se que a anulação do ato jurídico limita-se àquilo que efetivamente prejudicou o terceiro, não tendo o poder de anular a alteração do regime.

### **Art. 1.639, § 2º**

Autora: Érica Verícia de Oliveira Canuto, Promotora de Justiça e Professora

**ENUNCIADO:** O terceiro prejudicado poderá demandar anulação de ato jurídico, provando simulação ou fraude, mas a decisão não terá o condão de anular a alteração do regime perfectibilizada, alcançando apenas os limites dos prejuízos efetivamente demonstrados.

### JUSTIFICATIVA

Os motivos para alterar ou não o regime de bens interessam somente aos cônjuges que, como se sabe, devem resguardar direitos de terceiros. A ressalva de tais direitos não deve ser utilizada para impedir a alteração pretendida, já que é a lei quem os garante, podendo o prejudicado demandar a anulação do ato jurídico, desde que comprove simulação ou fraude. Não cabe, sequer, a perquirição de inexistência de dívida, uma vez que não existe impedimento para alteração de regime de bens de devedor. Deve, sim, haver ampla publicidade, para que os interessados possam tomar conhecimento do ato e fazer valer seus direitos, se for o caso. Registre-se que a anulação do ato jurídico cinge-se àquilo que efetivamente prejudicou o terceiro, ou seja, vai até os limites do prejuízo comprovado, não tendo o condão de anular a alteração do regime, que é decisão que interessa somente aos integrantes daquela relação jurídica.

### **Art. 1.639, § 2º**

Autor: Francisco José Cahali, Professor e Advogado

**ENUNCIADO:** A mutabilidade do regime de bens pode ser exercida também pelos cônjuges cujo matrimônio ocorreu na vigência da legislação anterior.

## JUSTIFICATIVA

A dúvida sobre a “retroatividade” desse benefício às pessoas casadas pela lei anterior, em razão da previsão contida no art. 2.039 do Código Civil, já suscitou na doutrina e na jurisprudência calorosos debates<sup>1</sup>.

A orientação hoje predominante, na doutrina e na jurisprudência, permite a mudança do regime de bens às pessoas já casadas quando da entrada em vigor do novo Código, e assim já nos manifestamos nos trabalhos referidos, com farta fundamentação.

Daí a necessidade, a nosso ver, de um enunciado a respeito, objetivando superar, definitivamente, as divergências existentes, nocivas ao jurisdicionado.

### **Arts. 1.639, § 2º, e 2.039**

Autor: Mário Luiz Delgado Régis, Analista Judiciário da Seção Judiciária da Paraíba, à disposição da Câmara dos Deputados como Assessor Parlamentar

**ENUNCIADO:** O § 2º do art. 1.639 permite a mudança do regime de bens, inclusive para os casamentos celebrados em data anterior à vigência do novo Código Civil.

## JUSTIFICATIVA

O § 2.º do art. 1.639 do Código atual afastou o princípio da imutabilidade ou da irrevogabilidade do regime de bens consagrado no Código Civil de 1916, embora construção jurisprudencial anterior já admitisse viável a mudança de regime, mediante previsão em pacto antenupcial e moldada a determinadas circunstâncias, como o advento de prole. Divergem os doutrinadores, no entanto, sobre a possibilidade de mudança de regime de bens para os casamentos celebrados anteriormente ao novo Código Civil.

A base da controvérsia reside no art. 2.039, ao determinar: *O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido.*

Diz esse artigo, em outras palavras, que qualquer alteração nas disposições e regras específicas relativas a cada um dos quatro regimes de bens disciplinados pelo

---

1 A respeito, nossa atualização ao Volume 6 – Direito de Família, do *Curso de Direito Civil* do Prof. Silvio Rodrigues, atualmente em sua 28ª edição – 2004, e, ainda, artigo publicado na Revista do Advogado n. 76, Ano XXIV, da AASP, e nos Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, Ed. Del Rey, 2004. Na jurisprudência, colacionamos posições em ambos os sentidos, em nosso *Família e sucessões no Código Civil de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coletânea Orientações Pioneiras, v.1).

Código Civil (arts. 1.658/1.688) só tem valia para os casamentos celebrados após a vigência do novo Código.

Assim, bens que não se comunicavam antes e que pelo CC/2002 passaram a se comunicar, continuarão incomunicáveis nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior e vice-versa. No regime da comunhão parcial de bens, por exemplo, o CC/1916 incluía na comunhão *os frutos civis do trabalho de cada cônjuge* (art. 271, VI). O CC/2002, a seu turno, exclui da comunhão os *proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge* (art. 1.659, VI). Entretanto, apenas aqueles casados sob tal regime após 11/1/2003 se beneficiarão da nova regra. Para quem se casou antes, os frutos civis do trabalho continuam a entrar na comunhão.

A grande controvérsia em torno do presente dispositivo refere-se à aplicabilidade ou não da regra que permite a mudança do regime de bens durante o casamento (art. 1.639, § 2º). Ela valeria para quem se casou antes de 11/1/2003 ou apenas para quem contraiu matrimônio após a entrada em vigor do novo Código? A mesma dúvida existe no tocante à outorga para prestação de aval, antes dispensada e agora exigida (art. 1647, III), ou ainda à alienação de imóveis, anteriormente imposta inclusive no regime da separação absoluta e agora dispensada (art. 1.647, I). Tais regras só valem após 11/01/2003 ou se aplicam igualmente aos casamentos anteriores?

Na redação original do Anteprojeto, mantida pela Câmara dos Deputados na primeira fase de tramitação, não havia espaço para dúvida, estabelecendo o dispositivo que os regimes de bens anteriores seriam mantidos, mas se regeriam, desde logo, pelas disposições do novo Código<sup>1</sup>.

A controvérsia surge a partir de alteração procedida no Senado Federal, do que resultou a redação atual desse art. 2.039. A justificativa da emenda senatorial refere-se, apenas, à existência de contradição na redação primitiva, que subordinaria os regimes de bens, simultaneamente, às regras do novo e do velho Código.

Não se sabe se foi realmente intenção do legislador proibir, por exemplo, a aplicação do art. 1.639, § 2º, aos casamentos celebrados antes da entrada em vigor da Lei n. 10.406/2002. A solução será dada, necessariamente, pela jurisprudência.

Por ora, manifestamos entendimento no sentido de que as disposições gerais sobre regimes de bens previstas nos arts. 1.639 a 1.657 são aplicáveis a todos os casos, inclusive aos casamentos celebrados anteriormente a 11 de janeiro de 2003. Entre outras razões, porque o art. 2.039 parece referir-se a regras específicas de cada regime, e não às disposições gerais comuns a todos eles. As normas constantes dos arts. 1.639 a 1.657 são distintas e independentes daquelas que compõem os regimes

---

1 Anteprojeto de Código Civil de 1973: Art. 2.235. *O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916 é o por este estabelecido, mas se rege pelas disposições do presente Código.*

de bens propriamente ditos; integram o chamado “regime matrimonial primário” e prescrevem os princípios aplicáveis à sociedade conjugal, do ponto de vista dos seus interesses patrimoniais. Disciplinam, no âmbito da sociedade conjugal, a propriedade, a administração, o gozo e a disponibilidade dos bens, assim como as obrigações que os cônjuges podem ou não assumir, qualquer que seja o regime de bens.

O Professor Zeno Veloso, ainda à luz do CC/1916, registrava com maestria, citando José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz: *decorre do casamento um conjunto de normas que disciplinam imperativamente a organização e o funcionamento econômico de vida do lar, e que se aplica de uma maneira idêntica a todos os casais, qualquer que seja o regime matrimonial a que estejam submetidos, de que são exemplos os arts. 233, 234, 240, 242, 244, 245, 246, 247, 248, 251 e 254 do Código Civil. Essas normas gerais e inderrogáveis formam o que se denomina nas doutrinas francesa e belga de “regime matrimonial primário”, “estatuto imperativo de base”, “regime primário imperativo” ou “estatutos patrimoniais de base”, formando um corpo de regras distintas, e, em princípio, independentes das normas que constituem os regimes matrimoniais propriamente ditos, ou regimes matrimoniais secundários, o que não exclui determinadas influências recíprocas, sendo muito tênues e imprecisas as fronteiras entre o chamado “regime primário” e o regime de bens, propriamente dito. Realmente, por sua natureza, conteúdo, objetivos, o casamento desencadeia muitos efeitos econômicos, independentemente do regime de bens, como, por exemplo, a necessidade de contribuírem os cônjuges para o sustento do lar, para as despesas comuns, para atender os encargos da família, inclusive manutenção da casa, compra das coisas necessárias à economia doméstica, para o sustento, guarda e educação dos filhos<sup>2</sup>.*

Daí entendermos que a norma transitória do art. 2.039 não poderia estar-se referindo senão aos arts. 262 a 314 do CC/1916 (CC/2002, 1.658 a 1.688), excluindo do seu campo de incidência as chamadas “disposições gerais” (CC/1916, arts. 256 a 261, e CC/2002, arts. 1.639 a 1.657), de onde se extrai serem tais regras aplicáveis inclusive aos casamentos celebrados antes de 11/01/2003<sup>3</sup>.

Não se deve olvidar que essa alteração jamais será feita unilateralmente, exigindo, além de justificada motivação, o consenso entre os cônjuges e a submissão à

---

2 VELOSO, Zeno; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 81.

3 Desse entendimento não discrepa a doutrina portuguesa, como bem assentou o mestre Oliveira Ascensão: *Se a nova lei altera o estatuto dos cônjuges e, por exemplo, cria uma nova causa de separação, ou atribui a administração dos bens a ambos os cônjuges simultaneamente, a lei nova aplica-se mesmo aos casamentos já celebrados à data da sua entrada em vigor. E isto, ou porque se trate de efeitos ainda em aberto, nos termos que referimos para a lei brasileira, ou porque a lei regula o conteúdo da situação jurídica casamento, abstraindo do fato que lhe deu origem, nos termos da lei portuguesa.* (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 2 ed. Ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 610)

verificação judicial, esta sempre atenta aos interesses de terceiros. Se admitíssemos como vedada a possibilidade de mudança de regime para os casados antes de 11/1/2003, estaríamos, apenas, retirando operabilidade do preceito, uma vez que seus fins poderiam ser alcançados por via transversa, como na hipótese de o casal simular um divórcio para, depois, voltar a casar-se, desta feita adotando outro regime de bens.

Registre-se, finalmente, que o casamento, por sua natureza contratual, deve satisfazer, sempre, e não somente ao tempo de sua celebração, os interesses dos contraentes e cônjuges. Essa satisfatividade, de caráter permanente, aperfeiçoa-se quando se torna possível a mudança do regime de bens, o que não ocorreria se o permissivo legal de mutabilidade apenas contemplasse os casamentos realizados na vigência do novo Código.

### **Art. 1.641**

Autor: Francisco José Cahali, Professor e Advogado

**ENUNCIADO:** A Súmula 377 do STF não tem mais aplicação a partir da vigência do novo Código Civil. **Ou:** No regime de separação (obrigatória ou convencional) não se comunicam os aqüestos, independentemente da forma de sua aquisição, deixando de ter aplicação a Súmula 377 do STF.

### JUSTIFICATIVA

A questão da comunhão de aqüestos no regime da separação legal ou obrigatória gerou muita controvérsia no passado, quanto à sua pertinência e extensão.

Mas a base do enunciado sumular estava no art. 259 do Código Civil de 1916. Deixando o novo Código de reproduzir a regra contida no mencionado artigo, e inexistindo dispositivo sequer similar àquele, temos por certa a inaplicabilidade, com a nova legislação, da referida Súmula 377.

Os fundamentos de tal conclusão encontram-se adequadamente desenvolvidos no *Volume 6 – Direito de Família*, do *Curso de Direito Civil* do Prof. Silvio Rodrigues, atualmente em sua 28ª edição – 2004, e em trabalho específico sobre o assunto, publicado na *Revista do Advogado* n. 76, Ano XXIV, da AASP.

### **Art. 1.641, II**

Autor: Luis Paulo Cotrim Guimarães, Desembargador Federal, Tribunal Regional Federal/3ª Região.

**ENUNCIADO:** A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica ao casamento de pessoa maior de sessenta anos, realizado por conversão de união estável que se tenha iniciado após o advento da Lei n. 9.278/96.

## JUSTIFICATIVA

O mencionado inciso II do art. 1.641, cuja prescrição constou da redação original do projeto do Código, tendo sido posteriormente mantida, foi justificado pelo Sen. Josaphat Marinho como uma forma de “prudência legislativa” em favor das pessoas e de suas respectivas famílias, levando em consideração, particularmente, a idade dos nubentes no momento da celebração do casamento.

Entretanto, não se justifica a imposição do regime da separação obrigatória na circunstância legal ora tratada, ou seja, quando o nubente, maior de sessenta anos, pretender efetivar a conversão da união estável em matrimônio.

A facilitação dessa conversão em casamento é matéria constitucional, assim tratada no art. 226, § 3º, da Carta Política, não podendo a lei ordinária, destarte, impor aos nubentes uma circunstância mais desfavorável e prejudicial em relação àquela que vivenciaram, como é o caso da imposição do regime da separação de bens.

Efetivamente, com o advento da Lei n. 9.278/96, passou nosso sistema jurídico a contemplar as regras do regime da comunhão parcial de bens nas uniões estáveis, o que é facilmente dedutível pela redação do art. 5º, ao tratar do condomínio formado em função de bens – móveis e imóveis – adquiridos na constância da mencionada união.

Desta feita, caso os nubentes pretendam a conversão da união estável em casamento, cuja convivência tenha sido pautada por um condomínio patrimonial de natureza legal, não poderiam, neste momento, sofrer a imposição de um regime diverso do anteriormente vivenciado, sob flagrante situação de lesividade.

Assim, somente por meio da concordância expressa de ambos os nubentes seria possível a adoção do regime da separação de bens, e, mesmo assim, após a certificação, pelo magistrado, de que estariam ressaltados os direitos de terceiros.

Portanto, a situação normal seria o prosseguimento das relações patrimoniais antes firmadas, circunstância essa de interesse de toda a sociedade.

Na existência de contrato escrito, estipulando regime patrimonial diverso do previsto em lei, serão observadas, na conversão em casamento, as mesmas regras antes firmadas consensualmente.

### **Art. 1.641, III**

Autor: Luiz Felipe Brasil Santos, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** É inconstitucional o inciso II do art. 1.641 do Código Civil de 2002.

#### JUSTIFICATIVA

A obrigatoriedade do regime da separação de bens para as pessoas que celebrarem matrimônio a partir de determinada faixa etária (seja ela qual for) atenta contra o princípio maior da dignidade da pessoa humana, fundamento da República. Nos dias que correm não mais se justifica essa odiosa regra restritiva, fruto de um superado Código marcadamente patrimonialista, como o de 1916, e incompatível com o espírito da legislação codificada hoje vigente, que sobreleva a dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, havendo incapacidade do idoso para casar, a situação resolve-se pela interdição. Porém, sendo plenamente capaz, deve sê-lo para a prática de todos os atos da vida civil, inclusive para suportar as conseqüências patrimoniais do casamento, nenhuma razão existindo para essa *capitis diminutio*, resultante de uma inconsistente presunção de incapacidade, que, para esses efeitos, torna-se até absoluta.

### **Arts. 1.641 e 1.639**

Autora: Nilza Maria Costa dos Reis, Juíza Federal da Seção Judiciária da Bahia

**Enunciado:** A obrigatoriedade da separação de bens nas hipóteses previstas no art. 1.641 do Código Civil não impede o acolhimento de pretensão direcionada à alteração do regime, desde que formulada nos termos do § 2º do art. 1.639 do mesmo diploma legal.

#### JUSTIFICATIVA

O novo Código Civil delineia o regime da separação voluntária de bens, estabelecendo que ele pode ser absoluto ou aliado à participação final nos aqüestos, não deixando espaço, assim, para a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento (art. 259 do Código Civil de 1916), que terminou sendo estendida à separação obrigatória, por força da Súmula 377 do STF. A doutrina tem

questionado acerca da continuidade ou não da aplicação da orientação nela consubstanciada às pessoas que contraem matrimônio, nas hipóteses referidas no art. 1.641 do novo Código Civil.

O STF assentou a comunicabilidade dos aqüestos na separação obrigatória de bens muito antes do advento do atual Código Civil, quando a preocupação com a garantia do patrimônio superava aquela destinada à pessoa do seu próprio titular, diversamente do que ocorre hoje. Os intérpretes do novo diploma hão de ter em mente que a realidade e os objetivos do casamento exigem dos cônjuges, mantidas as suas individualidades, que caminhem em uma mesma direção, justificando o esforço comum em prol da família. Esse esforço, aliás, também respaldou inúmeras decisões direcionadas ao reconhecimento do concubinato (puro ou impuro).

Ora, se era assim na vigência do Código Civil de 1916, não se mostra razoável o retorno a um passado já superado, impossibilitando qualquer outra alternativa às pessoas, que não a adoção do regime da separação obrigatória de bens, como parece resultar, à primeira vista, do exame das normas contidas no novo Código Civil, até porque esse entendimento frustraria a *comunhão plena de vida*, mencionada no art. 1.511.

A inexistência de qualquer outra alternativa a essas pessoas implica intolerável retrocesso, fato que conclama os estudiosos da matéria a reflexões capazes de fazer surgir solução mais justa para os que não têm outra escolha, senão o casamento sob o regime da separação obrigatória.

Não comungamos com a tese perfilhada pelos doutrinadores que qualificam a separação obrigatória de bens como uma pena, sustentando que, como tal, deve prevalecer enquanto durar o casamento, porquanto a situação das pessoas referidas no art. 1.641 do novo Código Civil não pode ser exaurida, de modo solitário, na sua simples previsão. As circunstâncias qualificam o caso concreto e devem ser consideradas. Citamos exemplo: aquele que ainda não atingiu a idade núbil e casa com suprimento judicial (inc. III) pode alcançar a fase de total discernimento e passar à plenitude de sua capacidade civil. Superada a situação inicial, será justo vedar-lhe o exercício da faculdade inculpada no § 2º do art. 1.639 do novo Código Civil? A vedação assegura, de forma indubiosa, a sadia qualidade da vida em comum que mantém com o seu cônjuge? Cremos que as respostas às indagações devem ser negativas, sob pena de consagrar-se a iniquidade, desviando-se o Direito de seu verdadeiro fim: a garantia da paz social, impossível de ser atingida à margem da felicidade pessoal. Daí defendermos a possibilidade jurídica da alteração judicial e motivada do regime de bens, mesmo quando a hipótese versa sobre separação obrigatória.

### **Art. 1.647**

Autor: Francisco José Cahali, Professor e Advogado

**ENUNCIADO:** A dispensa da autorização conjugal para os atos previstos no art. 1.647 ocorre em qualquer dos regimes de separação (obrigatória ou convencional).

#### JUSTIFICATIVA

O art. 1.647 do Código Civil refere-se à dispensa da **vênia conjugal** no regime da separação absoluta. Porém temos a previsão em nosso Direito para regimes de independência patrimonial na separação obrigatória (art. 1.641, também designado “separação legal”) e na separação convencional (arts. 1.697 e ss.).

Dessa forma, como ambos os modelos representam separação absoluta em seu conteúdo, a dispensa da outorga conjugal deve ocorrer em qualquer desses dois casos de separação de bens.

Aliás, assim já nos manifestamos no *Volume 6 – Direito de Família*, do *Curso de Direito Civil* do Prof. Silvio Rodrigues, atualmente em sua 28ª edição – 2004.

### **Art. 1.647, II**

Autor: Márcio Souza Guimarães, Promotor de Justiça e Professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV)

**ENUNCIADO:** Aos cônjuges que tenham se casado antes do advento do Código Civil de 2002 não se aplica a exigibilidade da outorga conjugal, disposta no inciso III do art. 1.647, nos termos do art. 2.039.

#### JUSTIFICATIVA

As instituições de crédito estão exigindo a outorga conjugal para a concessão de aval, independentemente do tempo de matrimônio. Na hipótese, parece extremamente oportuna a incidência do art. 2.039 do Código de 2002, sendo resguardada aos que já eram casados antes do Código de 2002 a submissão ao sistema anterior. Nesse diapasão, se eram casados sob regime de bens que não impunha a outorga do cônjuge para prestação de aval, não se pode exigir agora, com o argumento do novo regime jurídico. Certamente, na vigência do novo Código Civil, muitos adotarão o regime da separação absoluta de bens, principalmente aqueles que compõem sociedades que necessitam de crédito diário, pois é cediço ser praxe do

mercado a realização de tais empréstimos mediante a emissão de títulos de crédito pela sociedade, constando como avalistas os próprios sócios.

### **Arts. 1.694, 1.702 e 1.704**

Autor: Luis Alberto d'Azevedo Aurvalle, Procurador Regional da República e Especialista em Direito Civil pela Universidade de Direito, Economia e Ciências Sociais de Paris – Paris II; Professor da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** A culpa não deve ser considerada quando da fixação dos alimentos na separação judicial e no divórcio.

### JUSTIFICATIVA

Decorrente lógica da eliminação da análise da culpa como causa do divórcio (segundo enunciado) vem a ser a sua supressão também na fixação de alimentos devidos pelos divorciandos entre si. Com isso, a matéria alimentar refluiria ao seu leito natural, dos alimentos legítimos, devidos em razão da solidariedade inerente ao vínculo do parentesco, presumida de forma absoluta pela lei, conforme, aliás, sinalizado pelo art. 1.694 do novo Código, ao dar tratamento uniforme aos alimentos devidos, seja em razão do parentesco, seja em razão do casamento ou da união estável. Aqui também os alimentos poderiam ser eventualmente prestados ao separando ou divorciando, em razão, não do parentesco, que inexistente entre cônjuges, mas da solidariedade natural que emana do casamento, ainda que posteriormente malogrado. Por óbvio – e em boa hora – restaria sem sentido a fixação de alimentos visando à **manutenção do status quo** do cônjuge **inocente** como forma de punição do culpado. Assim como os alimentos legítimos, os decorrentes da separação judicial ou do divórcio visariam apenas à sobrevivência do ex-consorte necessitado, pagos, por prazo determinado ou não, **pietatis causa**, em valor evidentemente módico, que não sirva de estímulo à ociosidade. Seu balizamento seria exclusivamente a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante, sem qualquer indagação sobre a causa do divórcio, e o arbitramento somente seria possível por ocasião da sentença de separação judicial ou de divórcio, a qual, silenciando sobre eles, implicaria renúncia a eventual pleito posterior.

Evidentemente, os alimentos devidos pelos separandos ou divorciandos aos filhos menores já não guardam qualquer relação com a causa do divórcio.

Alterações textuais que se fazem necessárias, caso aceita a proposição  
(as supressões estão entre colchetes)

*Art. 1.694. (...).*

*§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência [quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia].*

*Art. 1.702. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges [inocente e] desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694.*

*Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, [será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial].*

*[Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos] e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurar-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.*

#### **Art. 1.698**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** A regra do art. 1.698 do novo Código Civil, na sua parte final, autoriza que, em caráter excepcional e por motivo de urgência, seja deduzida pretensão alimentar contra apenas um (ou alguns) dos co-obrigados, que poder(á/ão) chamar os demais ao processo ou exercer o direito de regresso posteriormente.

#### JUSTIFICATIVA

A proposta refere-se ao terceiro preceito contido no art. 1.698, ou seja, à possibilidade de a pessoa acionada pelo credor proceder ao **chamamento** das demais obrigadas para integrarem a lide processual, conforme previsto na parte final do dispositivo. Tal ponto já mereceu severas críticas da doutrina<sup>1</sup>, sob o argumento de que

---

1 CAHALI, Youssef Said. *Alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 166-168.

o legislador civil teria incursionado pelo Direito Processual Civil, prevendo hipótese de intervenção de terceiro na relação processual instaurada, além de haver agido contrariamente ao espírito contemporâneo da busca de soluções rápidas às lides, notadamente diante do caráter alimentar da pretensão deduzida em juízo<sup>2</sup>. Inicialmente, é preciso ponderar que, em havendo pluralidade de obrigados, cumpre ao próprio credor de alimentos promover a ação de alimentos, com a inclusão de todos os responsáveis no pólo passivo, se assim o desejar, em nítida hipótese de litisconsórcio passivo facultativo. Caso resolva promover a ação apenas contra um co-obrigado ou alguns (e não todos), o alimentário assume os riscos inerentes às providências que vem adotando porquanto não terá como obter a satisfação de todas as necessidades.

Com base na legislação comparada, José Lamartine de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz<sup>3</sup> defenderam a possibilidade de o credor, por urgente necessidade ou em circunstâncias excepcionais (como no caso de viagem para o exterior, ou desaparecimento de um dos obrigados), promover ação apenas contra o co-devedor que é obrigado a prestar os alimentos para satisfação de todas as suas necessidades, inclusive por força de decisão liminar ou medida cautelar. Nessa hipótese, o único demandado poderia reclamar o reembolso dos valores pagos a título de alimentos por direito de regresso, inclusive sob o fundamento da gestão de negócios. Tal solução havia sido apontada por Clovis Bevilacqua, ao observar que, na redação original do Projeto do Código Civil de 1916, havia previsão expressa a respeito da possibilidade de, em casos de urgência, o juiz impor a obrigação alimentar a apenas um dos co-obrigados que, por sua vez, teria direito de regresso contra os demais pelas quotas proporcionais às possibilidades econômicas, mas não houve aprovação de tal proposta<sup>4</sup>.

A despeito da falta de clareza da parte final do art. 1.698 do novo Código Civil, deve-se considerar que o caráter não-solidário, conjunto e divisível da obrigação alimentar não foi alterado, levando em conta a própria harmonização das regras devidamente interpretadas. Assim, a única hipótese em que se vislumbra a possibilidade de aplicação da parte final do dispositivo consiste na excepcionalidade da situação de urgência, devidamente justificada pelo próprio credor de alimentos que promove ação contra apenas um dos co-obrigados o qual, assim, poderá chamar ao processo os demais, desde que não acarrete qualquer prejuízo ao credor de alimentos no que tange à percepção daqueles indispensáveis para suprir suas necessidades. Desse modo, somente em caráter excepcional ou por motivo de urgência será possível deduzir pretensão contra apenas um (ou alguns) dos co-obrigados, facultando-lhe(s)

---

2 CAHALI, Francisco José. *Dos alimentos*, p. 198.

3 OLIVEIRA, José Lamartine C.; MUNIZ, Francisco José Ferreira, p. 61.

4 BEVILACQUA, p. 390.

invocar o disposto na parte final do dispositivo para chamar os demais, ou optar por exercer o direito de regresso em momento posterior ao encerramento da lide processual relativa à ação de alimentos.

### **Art. 1.698**

Autor: Gustavo César de Souza Mourão, Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor de Direito Comercial

**ENUNCIADO:** No caso da obrigação avoenga, com caráter sucessivo e complementar, de prestar alimentos aos netos, é obrigatório o chamamento ao processo de todos os avós (maternos e paternos) para que integrem o pólo passivo da demanda, por se tratar a espécie de litisconsórcio necessário.

### JUSTIFICATIVA

O dever de alimentar os filhos, precipuamente, incumbe aos pais. Não sendo prestados os alimentos, ou se o forem de modo insuficiente, pode surgir para os avós uma obrigação sucessiva e complementar.

Sob a ótica de quem recebe os alimentos, pouco importa quem os presta, sendo a ele benéfico que esteja no pólo passivo o maior número possível de réus, o que garante maior provisionamento para o recebimento dos alimentos.

A necessidade de reconhecer que a forma verbal “poderão”, no final do art. 1.698, não significa uma “faculdade”, mas traduz-se, necessariamente, em norma cogente, é devida ao fato de que a mãe, representando ou assistindo filho menor, jamais declinaria da ação contra seus pais (avós maternos) em prejuízo do próprio filho.

A obrigação dos avós de prestar alimentos aos netos deve ser diluída entre todos eles (maternos e paternos), na proporção de seus recursos sendo, portanto, divisível.

Ao que tudo indica, esse parece ser o entendimento de Washington de Barros Monteiro, Carvalho Santos e Pontes de Miranda, ainda sob a égide do antigo Código: *Outro aspecto interessante da obrigação alimentar: na hipótese de coexistirem vários parentes do mesmo grau, obrigados à prestação, não existe solidariedade. Exemplificativamente: um indivíduo de idade avançada, pai de vários filhos, carece de alimentos. Não se tratando de obrigação solidária, em que qualquer dos co-devedores responde pela dívida toda (Cód. Civil, art. 904), cumpre-lhe chamar a juízo, simultaneamente, num só feito, todos os filhos. Não lhe é lícito dirigir a ação contra um deles somente, ainda que o mais abastado. Na sentença o juiz rateará entre os*

*litisconsortes a soma arbitrada, de acordo com as possibilidades econômicas de cada um. Se um deles se achar incapacitado financeiramente, será por certo exonerado do encargo. Anote-se ainda que divisível é a obrigação. Em tais condições, numa ação de alimentos, não pode o réu defender-se com a alegação de que existem outras pessoas igualmente obrigadas e aptas a fornecê-los<sup>1</sup>.*

*Por isso que os ascendentes de um mesmo grau são obrigados em conjunto, a ação de alimentos deve ser exercida contra todos, e a quota alimentar é fixada de acordo com os recursos dos alimentantes e as necessidades do alimentário. Assim, intentada a ação, o ascendente (avô, bisavô etc.; avó, bisavó etc.) pode opor que não foram chamados a prestar alimentos os outros ascendentes do mesmo grau<sup>2</sup>.*

*Em melhor expressão: em primeiro lugar são obrigados os pais, depois os avós, depois os bisavós, e, assim, os trisavós, etc. E em existindo um ascendente de grau mais próximo, os de grau mais remoto ficam excluídos e liberados daquela obrigação. (...) Exemplificando: na falta de pais, ou se êstes estão impossibilitados de cumprir essa obrigação, pode o filho, sem recursos para a sua subsistência, pedir alimentos aos avós, nas mesmas condições em que pediria aos pais, a dizer: sem distinção de sexo e de regime de bens, na proporção dos seus capitais e na medida das necessidades do alimentário. O que se faz necessário esclarecer é que se há avós paternos e maternos, são todos chamados, simultaneamente, a cumprir a obrigação, nas devidas proporções. Os ascendentes do mesmo grau são, sem dúvida, obrigados em conjunto, como se diz no Código Civil alemão, art. 1.066. Dessa verdade resulta que a ação de alimentos deve ser exercida contra todos e a cota alimentar será fixada de acordo com os recursos dos alimentantes e necessidade do alimetário<sup>3</sup>.*

### **Art. 1.700**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** O art. 1.700 do novo Código Civil permite a revisão do *quantum* da prestação alimentar para fins de redução ou exoneração dos alimentos quando da transmissão da obrigação alimentar, caso o credor de alimentos receba, por testamento

---

1 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 298.

2 PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. 9. p. 278.

3 SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v. 6. p. 171.

ou *ex vi legis*, algum benefício sucessório na condição de herdeiro (legítimo ou testamentário) ou legatário.

### JUSTIFICATIVA

A grande novidade contida no art. 1.700 do novo Código Civil é a regra da transmissibilidade da obrigação alimentar em todos os casos, não mais restringindo-se aos alimentos fixados em decorrência da dissolução da sociedade conjugal, como dispunha o art. 23 da Lei n. 6.515/77. Desse modo, a obrigação alimentar do parente-devedor também é transmissível a seus herdeiros.

Além do alargamento do campo de aplicação da regra da transmissibilidade da obrigação alimentar, o art. 1.700 apresenta outra novidade, ao menos sob o prisma formal. Assim, ao remeter a transmissão da obrigação de prestar alimentos ao art. 1.694, o art. 1.700 permite sejam revistos os alimentos, notadamente no que toca ao binômio necessidade/possibilidade, já que o credor de alimentos pode ser também um sucessor do falecido e, desse modo, receber bens do acervo hereditário que lhe permitam obter rendimentos que atendam às suas necessidades, inclusive com observância da sua condição social. Portanto, a remissão ao art. 1.694 deve ser interpretada no sentido da viabilidade de rever o *quantum* da prestação alimentar para fins de redução ou exoneração dos alimentos, caso o credor de alimentos receba, por testamento ou *ex vi legis*, algum benefício sucessório na condição de herdeiro (legítimo ou testamentário) ou legatário. Na eventualidade de um dos cinco irmãos do falecido receber alimentos em vida prestados por este e, devido ao falecimento do devedor de alimentos, beneficiar-se com parte da herança (na falta das três primeiras classes da ordem de vocação hereditária, e de exclusão da herança legítima por testamento), será possível, em tese, a redução (ou até a exoneração) dos alimentos diante dos valores obtidos a partir das rendas produzidas pelos bens herdados, por exemplo.

#### **Art. 1.707**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** O art. 1.707 do novo Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da união estável. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsistir vínculo de Direito de Família, como no exemplo da separação judicial.

## JUSTIFICATIVA

O novo Código Civil, no art. 1.707, pretendeu uniformizar o tratamento legal a respeito da irrenunciabilidade dos alimentos, deixando de considerar toda a evolução da doutrina e a jurisprudência mais recente sobre o tema, envolvendo alimentos entre pessoas que foram vinculadas pelo casamento ou pelo companheirismo. Sem dúvida alguma, a regra do art. 1.707 representa um retrocesso no campo do direito a alimentos decorrentes do casamento e do companheirismo, mas deverá sofrer o devido temperamento da doutrina e da jurisprudência.

Quando do divórcio, nas hipóteses de divórcio-conversão, sem que tenha ocorrido acordo ou imposição judicial de alimentos na separação judicial, ainda que não haja cláusula de renúncia no divórcio consensual, inexistirá direito a alimentos – a teor do próprio art. 1.704. Assim, não há qualquer impedimento a que se admita a validade da cláusula de renúncia. A uniformização do tratamento acerca da irrenunciabilidade do direito a alimentos somente pode ser considerada no período anterior ao vínculo do Direito de Família, porquanto, se houver ruptura, por força do divórcio, já não será possível a reconstituição do vínculo matrimonial para fins de prestação alimentar. Como no companheirismo a relação jurídica deixa de existir com a separação dos companheiros, será possível a renúncia do direito a alimentos diante da ausência de vínculo de Direito de Família no período posterior à separação do casal.

### **Art. 1.708**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** Para fins de aplicação da regra contida no art. 1.708 do novo Código Civil, impende considerar a hipótese de extinção da obrigação alimentar quando houver dever de assistência material prestado pelo novo cônjuge ou companheiro do até então credor de alimentos (diante dos deveres pessoais decorrentes do casamento e do companheirismo), havendo presunção absoluta (sem que se admita prova em contrário) de efetiva assistência material. Na hipótese de concubinato, haverá necessidade de demonstração da assistência material prestada pelo concubino a quem o credor de alimentos se uniu. E, finalmente, a respeito do procedimento indigno como causa de perda dos alimentos, será indispensável que seja adotado raciocínio integrado com as causas de exclusão de herdeiro ou legatário por força de indignidade (art. 1.814), não havendo enquadrar possível comportamento sexual libertino como suficiente para extinguir os alimentos.

## JUSTIFICATIVA

A extinção da obrigação alimentar por alguma das hipóteses consideradas no art. 1.708, tal como aquela prevista no revogado art. 29 da Lei n. 6.515/77, diversamente dos casos de exoneração, não permite a restauração do direito a alimentos, ainda que a causa da extinção venha a desaparecer. Assim, cuidando-se de hipótese de extinção da obrigação alimentar do ex-cônjuge por força do novo casamento do credor de alimentos, o caso é de impossibilidade de retorno à titularidade do direito a alimentos relativamente ao ex-cônjuge.

A doutrina e a jurisprudência, à luz do sistema jurídico anterior ao advento do novo Código Civil, consideravam que não apenas os casos de novo casamento do ex-cônjuge credor, mas também os casos de união estável, concubinato e conduta irregular da ex-esposa autorizavam a extinção da obrigação alimentar. Em termos sintéticos, a orientação que passou a predominar considerava que, se a ex-esposa havia passado a ter comportamento mais libertino, sob a ótica sexual, teria de se automanter ou ser mantida pelo eventual companheiro (ou concubino), e não mais pelo ex-marido. Constata-se, portanto, que o atual Código, no art. 1.708, *caput*, encampou a hipótese anteriormente tratada no art. 29 da Lei n. 6.515/77 (casamento do credor) e as duas outras que foram consideradas na construção pretoriana e doutrinária sobre o tema (companheirismo e concubinato do credor), bem como inseriu no parágrafo único do mesmo dispositivo a hipótese do procedimento indigno do credor de alimentos relativamente ao devedor. Diante do disposto no art. 1º da Lei n. 8.971/94, alguns doutrinadores vinham se posicionando no sentido da aplicação do mesmo preceito relativo à perda dos alimentos decorrentes de casamento às situações que envolvem alimentos em razão do companheirismo: *trata-se de regra similar àquela prevista no art. 29 da Lei n. 6.515/77*.

É oportuna a crítica de Francisco José Cahali ao novo regime instaurado em relação aos alimentos decorrentes do casamento: se, no que se refere aos fatos anteriores à dissolução da sociedade conjugal, houve mitigação da rigidez quanto à culpa do credor de alimentos (já que pode haver alimentos prestados ao culpado nas condições previstas no art. 1.704, parágrafo único, do novo Código Civil), no que tange à manutenção (ou não) dos alimentos no período pós-dissolução da sociedade conjugal que vinham sendo prestados, o tratamento é significativamente mais rigoroso do que no sistema da Lei n. 6.515/77. Há, sem dúvida, uma incoerência no sistema adotado, a ser devidamente sanada pelo intérprete e aplicador da norma, sob pena de flagrantes injustiças. Deve-se considerar a hipótese de extinção da obrigação alimentar quando houver dever de assistência material prestado pelo novo cônjuge ou companheiro do até então credor de alimentos (diante dos deveres pessoais provenientes do casamento e do companheirismo), havendo presunção absoluta (sem que se admita prova em contrário)

de efetiva assistência material. Na hipótese de concubinato, haverá necessidade de demonstração da assistência material prestada pelo concubino a quem o credor de alimentos se uniu. E, finalmente, a respeito do procedimento indigno como causa de perda dos alimentos, será indispensável a adoção de raciocínio integrado com as causas de exclusão de herdeiro ou legatário por força de indignidade (art. 1.814, novo Código Civil), não havendo enquadrar possível comportamento sexual libertino como suficiente para extinguir os alimentos.

### **Art. 1.708, parágrafo único**

Autor: Luiz Felipe Brasil Santos, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

**ENUNCIADO:** Na interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito a alimentos, aplica-se, por analogia, as hipóteses dos incs. I e II do art. 1.814 do Código Civil.

### JUSTIFICATIVA

Inovação do atual diploma civil, a regra do parágrafo único do art. 1.708 deve receber interpretação restritiva. Primeiro porque, em sendo norma limitativa de direito, não pode ser passível de hermenêutica ampliativa, como é cediço. Segundo, porque, se assim não for, o devedor dos alimentos buscará exercer permanente fiscalização sobre o comportamento de seu ex-cônjuge, procurando caracterizar, a cada atitude deste, uma forma de comportamento indigno, de modo a liberar-se da obrigação alimentar.

Ademais, o conceito de **indignidade** já está consagrado em nosso ordenamento jurídico (art. 1.814 c/c 1.815), não havendo necessidade de ampliá-lo a outras hipóteses aleatórias.

### **Art. 1.711**

Autora: Flávia Pereira Hill, Advogada

**ENUNCIADO:** O limite do valor do bem de família estabelecido no art. 1711, correspondente a 1/3 do patrimônio líquido do beneficiário, aplica-se ao regime legal do bem de família, previsto na Lei n. 8.009/90.

## JUSTIFICATIVA

O Código Civil em vigor, em seus arts. 1.711 a 1.722, regula o regime **convencional** do bem de família, por meio do qual o particular elege e institui, por vontade própria, mediante registro público, imóvel residencial como bem de família, que ficará a salvo de suas dívidas futuras, excepcionadas as hipóteses expressamente previstas em lei.

O art. 1.711 do Código em vigor inovou em nosso ordenamento jurídico, ao prever limite máximo para o bem de família convencional no patamar de 1/3 sobre o patrimônio líquido do instituidor, beneficiário do regime<sup>1</sup>.

Com efeito, no ordenamento jurídico pátrio, coexistem dois regimes relativos ao bem de família, a saber: (i) bem de família convencional, acima exposto, regulado **precipualemente** pelo Código Civil; e (ii) bem de família **legal**, regulado **precipualemente** pela Lei n. 8.009/90, segundo o qual o imóvel em que reside a família fica resguardado de dívidas **por força de lei** (*ex lege*) e, portanto, independentemente da manifestação de vontade dos beneficiários.

Embora a origem da proteção do bem de família seja diversa em cada qual dos regimes – ato de vontade do beneficiário, no regime convencional, e disposição de lei, no regime legal –, forçoso convir que se trata de **um único instituto jurídico**, norteado pelas mesmas premissas<sup>2</sup>. Deveras, visa o legislador, de um lado, proteger a instituição familiar, garantindo o direito à moradia, constitucionalmente previsto (art. 5º, CF/1988), e, em última análise, o mínimo existencial, indispensável à defesa da dignidade da pessoa humana<sup>3</sup>. De outra parte, em ambos os regimes, preocupa-se o legislador em evitar abuso de direito por parte do beneficiário, consistente na proteção de imóvel suntuoso ou de valor elevado, o que decerto frustraria a satisfação de

---

1 Nesse sentido leciona Arnaldo Marmitt: *Como o Código Civil é silente quanto ao valor do bem de família, também neste assunto há divergência. Uns entendem que o valor deva ser médio, de moradia modesta, não podendo equivaler ao de u'a mansão. Outros, ao contrário, sustentam que o valor é ilimitado, podendo o instituidor até destinar um palácio, desde que obedecidas as formalidades pertinentes, que promova grande publicidade, e que o ato não prejudique direitos de terceiros.* (In: *Bem de família legal e convencional*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 131).

2 Segundo o mesmo entendimento, esclarece Arnaldo Marmitt: *Equivocado é, por certo, pensar que o novo diploma legal tenha a força de extinguir o bem de família de instituição voluntária, ou que esta perdeu sua ratio essendi. Continuam existindo em nosso sistema jurídico ambas as legislações. Lado a lado subsistem o bem de família legal e o bem de família convencional. Fundamentalmente os dois têm objeto e objetivo idênticos.* (*Op. cit.*, p. 31)

3 O citado jurista Arnaldo Marmitt comunga o entendimento ora esposado, *verbis*: *O que efetivamente importa é a idéia central e básica, evidenciada pela própria natureza do instituto: a proteção da família, o ente mais importante do Estado, com acentuação do valor moradia familiar. (...) Ao imunizar determinados bens da penhora, quer o legislador integrá-los no conceito de dignidade familiar, preservando a família, que tem em conta de bem jurídico superior.* (*Op. cit.*, p. 19)

legítimos créditos em face do proprietário do imóvel, prejudicando terceiros de boa-fé<sup>4</sup>. Tais premissas caracterizam a essência do instituto, razão pela qual é permitido concluir pela existência de um sistema jurídico harmônico do bem de família, abarcando o Subtítulo IV do Código Civil de 2002 e a Lei n. 8.009/90<sup>5</sup>.

Diante disso, a aplicação do limite de 1/3 do patrimônio líquido para a proteção do bem de família legal vem harmonizar o sistema, mantendo sua coerência e compatibilizando os preceitos da Lei n. 8.009/90 com o novo Código Civil.

### Art. 1.725

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** A expressão “no que couber”, contida no art. 1.725 do Código Civil, concretiza a idéia de que a esfera de disponibilidade dos companheiros, no campo do regime de bens, envolve apenas os bens adquiridos a título oneroso durante a união estável.

### JUSTIFICATIVA

É vital observar que o regime legal no companheirismo, de acordo com o sistema jurídico introduzido pelo Código Civil em vigor, não se encaixa em qualquer daqueles relacionados ao casamento<sup>1</sup>. Confirma-se o que já havia sido analisado sob a égide da Lei n. 9.278/96, no sentido de que tal regime se revela melhor do que o

---

4 O mencionado civilista assim se posiciona nesse particular: *Nada justifica seja ela distorcida e deturpada. Tem aplicação restrita, pena de se adular seu espírito, de se livrar o devedor de qualquer execução, de se implantar a insegurança nas relações jurídicas e de se destruir todo o direito obrigacional. Não deve e não pode o referido diploma servir de instrumento para acobertar injustiças, favorecer maus pagadores e prejudicar credores que na atual sistemática já arrostam enormes dificuldades até receberem seus créditos, enfrentando uma verdadeira via crucis, com dissabores, decepções, despesas, perda de tempo etc. A honestidade precisa ser enaltecida, e a Justiça não poderá jamais compactuar com privilégios descabíveis, devendo corresponder aos litigantes honestos que batem às suas portas, confiantes de que seus direitos sejam restabelecidos. Por isto a interpretação não pode transbordar dos limites visados pelo legislador.* (Op. cit., p. 20)

5 Abalizada doutrina já comungava tal entendimento, na vigência do Código Civil de 1916: *O bem de família por instituição voluntária, regrada nos arts. 70 a 73 do Código Civil de 1916, a impenhorabilidade processual dos bens relacionados nos arts. 649 e 650 do Código de Processo Civil e a cláusula de inalienabilidade inserta em doações e testamentos, prevista nos arts. 1.676 e 1.677 do estatuto material, convivem pacificamente com a impenhorabilidade implantada pela Lei n. 8.009/90.* (MARMITT, Arnaldo, op. cit., p. 31.)

1 Rodrigo da Cunha Pereira considera que, com o novo Código, *ficaram igualizadas, sem nenhuma distinção, as regras patrimoniais da união estável e as do casamento.* Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 273.

regime da separação obrigatória do Código Civil de 1916, em consonância com a orientação jurisprudencial expressa no Enunciado 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras: há a presunção de comunhão em partes idênticas nas aquisições de bens, de forma onerosa, durante o convívio dos companheiros, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 1.660, inc. I, do novo Código Civil. Entretanto, não há como equiparar o regime legal de bens previsto no art. 1.725 do atual Código ao regime da comunhão parcial<sup>2</sup>. Os bens constantes do art. 1.659 do Código Civil de 2002 não se comunicam no regime legal de bens do companheirismo, como também não entram na comunhão os bens previstos nos incs. II, IV e V do art. 1.660. Desse modo, além dos bens adquiridos anteriormente ao companheirismo, e daqueles adquiridos a título gratuito durante a união, entre outros, previstos no art. 1.659, também não se comunicam os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior<sup>3</sup>, as benfeitorias em bens particulares de cada companheiro e os frutos dos bens particulares de cada companheiro percebidos na constância do companheirismo ou pendentes no momento da dissolução da união. Em síntese: o regime legal de bens do art. 1.725 do novo Código Civil é o regime de comunhão de aqüestos, não se podendo cogitar de nenhuma inclusão outra, a não ser dos bens adquiridos a título oneroso durante a constância do companheirismo, sob pena de violação dos princípios constitucionais e legais aplicáveis à espécie. Tais conclusões decorrem, inclusive, da própria razão da expressão “no que couber”, constante do art. 1.725 do texto codificado, a exemplo do que se verifica em outros dispositivos, como o art. 52, que determina a aplicação das normas acerca dos direitos da personalidade, “no que couber”, às pessoas jurídicas. Há, pois, relevância normativa na expressão entre vírgulas constante do dispositivo legal.

Nos termos do art. 1.725 do Código, há presunção absoluta de comunhão de aqüestos na constância do companheirismo, sendo irrelevante a demonstração da contribuição e do esforço comum para tanto. Reafirma-se, pois, que também a atividade doméstica não-remunerada é considerada relevante e equiparada ao trabalho e à atividade profissional do parceiro, em estrita submissão aos princípios de igualdade material, solidariedade e pluralismo. Mesmo no que tange aos outros regimes que não o legal do art. 1.725, cumpre esclarecer que a esfera de disponibilidade dos companheiros, relativamente ao regime de bens, envolve apenas os bens adquiridos a título oneroso durante a união companheiril. Devem ser considerados excluídos, assim, do pacto de convivência, os bens adquiridos anteriormente, independentemente do

---

2 No sentido do texto é a orientação doutrinária de Álvaro Villaça Azevedo, mesmo que na fundamentação o autor continue sustentando a existência de condomínio entre os companheiros, o que, com a devida vênia, é equivocado (AZEVEDO, Álvaro Villaça; AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.) *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19. p. 271).

3 Em sentido contrário: RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6. p. 282.

título de aquisição, bem como os adquiridos durante a convivência a título gratuito ou por fato eventual. O regime de bens no companheirismo vincula-se indissolavelmente à circunstância da convivência do casal sob o prisma econômico, vale dizer, diante da existência de cooperação e contribuição no período de efetiva convivência dos companheiros. Daí a impossibilidade de estabelecer qualquer regra contrária à incomunicabilidade dos bens anteriores e dos bens adquiridos a outro título que não a título oneroso durante a união.

Conforme já salientado, a matéria somente pode ser enfocada sob a ótica constitucional. Do contrário, não haverá observância do sistema jurídico nacional a respeito da temática, com infringência a vários princípios e regras constantes da Constituição Federal de 1988. Na união fundada no companheirismo, revela-se impossível cogitar de qualquer dos regimes comunitários – mesmo o da comunhão parcial nunca existirá na sua plenitude quanto aos companheiros, como já foi analisado na evolução legislativa –, razão pela qual o princípio da liberdade do pacto (de convivência), em matéria de união extramatrimonial, sofre bastante restrição quanto aos bens que podem ter regras de comunicabilidade estabelecidas em decorrência da autonomia da vontade.

### **Art. 1.773**

Autor: João Baptista Villela, Professor Titular na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

**ENUNCIADO:** A sentença que declara a interdição, sujeita ou não a recurso, só produzirá efeitos *erga omnes* se inscrita no registro civil, ressalvada ao interessado, na ausência de registro, a prova de conhecimento por parte do terceiro.

### JUSTIFICATIVA

O art. 1.773 do novo Código Civil, repetindo, no particular, o art. 452 do velho Código, faz a sentença declaratória de interdição eficaz, desde logo, ainda que sujeita a recurso. Convém lembrar, entretanto, que sua eficácia *erga omnes* depende de prévia inscrição no registro público<sup>1</sup>, anteriormente ao trânsito em julgado. O Código Civil não o diz expressamente, tampouco a Lei dos Registros Públicos, mas assim há de se concluir, já que a finalidade da inscrição é assegurar o acesso à informação, e ninguém tem o dever de estar informado, se ao ato não foi dada publicidade regular. De resto, antes de efetuado o registro, nem sequer poderá

---

1 Código Civil, art. 9º, III; Lei n. 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos), arts. 29, V, 92 e 93.

o curador assinar o termo de investidura (Lei n. 6.015/73, art. 93, parágrafo único). Todavia, cabe observar que, ainda faltando o registro, a incapacidade poderá ser oposta a quem sabia de sua existência, invertido o ônus da prova, nos termos da chamada “*negative Publizität*”, expediente técnico disponível no Direito alemão e perfeitamente aplicável ao Direito brasileiro<sup>2</sup>. A *negative Publizität* parte da presunção de conhecimento oriunda do registro para chegar à presunção de desconhecimento pela sua falta. A presunção de desconhecimento, contudo, cede ante a prova do efetivo conhecimento, malgrado a falta de registro. Antes do trânsito em julgado, o registro será provisório. Tal seja o resultado final, far-se-á ou a averbação da definitividade ou o cancelamento do registro.

### **Art. 1.773**

Autor: Benedito Gonçalves, Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

**ENUNCIADO:** A sentença que declara a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso.

### JUSTIFICATIVA

Independentemente da natureza jurídica da sentença de interdição, o texto legal leva a crer que, com ela, surge para o interditado, portador de uma deficiência mental, por exemplo, o direito à percepção de um salário mínimo, conforme disposto no art. 203, V, da Constituição Federal.

### **Art. 1.773**

Autor: Sergio Feltrin, Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

**ENUNCIADO:** A sentença que declara a interdição de deficiente mental (CC, art. 1.773), acompanhada das provas pertinentes, assegura ao interdito que não puder, por si ou sua família, prover sua manutenção, o direito ao recebimento do benefício mensal de que trata o art. 203, inc. V, da CF.

---

2 Para uma curta notícia sobre a *negative Publizität*, consultar-se-á com proveito MESSERSCHMIDT, Burkhard. *Deutsche Rechtspraxis: Hand und Schulungsbuch*. München: Beck, 1991. S. 400-401.

## JUSTIFICATIVA

Base legal: CC, arts. 1772, 1773 e 1767, I; LICC, art. 5º; CF, art. 203; Lei n. 8.742/93 e Dec. 1.744/95.

A assistência social ao necessitado, prevista no art. 203, V, CF, vem recebendo tratamento burocratizado, que pode, em algumas situações, inviabilizar, pela demora, a efetiva vontade do legislador. Observe-se que a assistência social, em inúmeros casos, é fonte exclusiva de subsistência, a par da inegável repercussão no âmbito da distribuição de renda em face das notórias desigualdades sociais.

**Art. 1.786**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** O Código Civil valoriza a sucessão legítima – em comparação com a sucessão testamentária –, em sintonia com a Constituição Federal de 1988 (arts. 226, *caput*, e 5º, inc. XXIII).

## JUSTIFICATIVA

A proposta se baseia na comparação entre o art. 1.786 do novo Código Civil e o art. 1.573 do Código Civil de 1916. Percebe-se que houve inversão da ordem, passando a sucessão legítima a figurar antes da sucessão testamentária, com a intenção clara de conferir maior importância à sucessão decorrente de lei, ou seja, à sucessão legítima. Tal não significa o desaparecimento da autonomia privada do âmbito do Direito das Sucessões, considerando inclusive a manutenção de regramento ainda bastante detalhado dos institutos, instrumentos e normas jurídicas da sucessão testamentária. Houve, no entanto, modificação a respeito do conteúdo de tal autonomia privada, especialmente em razão da funcionalização social do testamento, em perfeita sintonia com as transformações jurídicas operadas nos segmentos da propriedade e da família.

O intuito do novo Código é prestigiar a família do autor da sucessão, cumprindo estritamente o disposto no art. 226, *caput*, da Constituição Federal, no sentido de o Estado tutelar especialmente as famílias constitucionais, aquelas relacionadas à conjugalidade (em virtude de casamento e de companheirismo) e à monoparentalidade. Busca-se, simultaneamente, implementar certos princípios da ordem econômica voltados à tutela e à promoção da pessoa humana inserida na sociedade, na perspectiva do desenvolvimento nacional com a realização da justiça

social. Desse modo, o princípio da autonomia da vontade do testador sofre maiores restrições comparativamente ao sistema existente no período de vigência do Código Civil de 1916, a exemplo do aumento, pela nova lei, do rol dos herdeiros necessários, disciplinando a destinação de todos os bens do falecido<sup>1</sup>.

Nesse sentido, a alteração da ordem legal das duas espécies de sucessão – deixando de figurar em primeiro lugar a sucessão decorrente de disposição de última vontade, para passar a ser mencionada primeiramente a sucessão decorrente de lei – é significativa quanto à maior proteção do Código Civil de 2002 à sucessão legítima. O novo sistema jurídico introduzido pelo Código Civil em relação ao Direito das Sucessões se revela mais voltado à priorização dos interesses social e familiar, rebaixando a importância da autonomia da vontade para alterar os efeitos da sucessão *ex lege* ou *ab intestato*. Toda a justificação apresentada para a sucessão *ab intestato* tradicionalmente fundou-se numa **vontade presumida do falecido** que, se tivesse tido oportunidade, teria manifestado sua vontade no sentido de prestigiar os relacionamentos de afeto e carinho que manteve em vida e, por isso, teria indicado para suceder as pessoas previstas em lei. Se tal justificação se mostrava adequada e razoável em outros tempos, época de exacerbação do individualismo e do quase-absolutismo da autonomia da vontade, logicamente não se mostra atualmente coerente com os valores e princípios que norteiam o ordenamento jurídico contemporâneo, especialmente à luz da Constituição Federal de 1988. Todo o tratamento jurídico relativo à sucessão legítima e à sucessão testamentária deve ser repensado em termos de Direito de Família e direitos reais, no sentido de considerar que a propriedade e a família têm reconhecidamente (inclusive por força de normas constitucionais) função social de altíssima relevância. Com base nos valores atuais voltados ao solidarismo, ao humanismo, à cidadania, à repersonalização, à dignidade da pessoa humana, à efetividade dos direitos humanos nas relações intersubjetivas, entre outros, não se pode mais reconhecer ao testador poderes arbitrários, quase-absolutos, de regulamentar como melhor lhe convier sua sucessão, apenas e tão-somente para atender a interesses egoísticos seus. Assim, a justificação acerca da vontade presumida do autor da sucessão na sucessão *ab intestato* deve ser reconhecida como ultrapassada e, assim, equivocada no sistema jurídico contemporâneo.

O novo perfil da sucessão testamentária, devidamente constitucionalizada, deve abranger especialmente valores existenciais, como na designação testamentária de filho eventual de pessoa existente à época da morte do testador, na esfera da expressa declaração de justa causa para instituir cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre bens integrantes da herança e na redução das liberalidades inoficiosas. Cuida-se, exatamente, de funcionalizar as

---

1 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: sucessões*. p. 28-29.

situações jurídicas patrimoniais em favor das situações jurídicas existenciais, reconhecendo o primado da pessoa humana na dimensão do **ser** sobre todos os outros valores do ordenamento jurídico.

### **Art. 1.790, I**

Autor: Francisco José Cahali, Professor e Advogado

**ENUNCIADO:** Aplica-se o inciso I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com netos ou outros descendentes comuns, quando convocados por direito próprio, e não apenas na concorrência com filhos comuns.

#### JUSTIFICATIVA

Pela análise sistemática do Código, tendo em vista todo o histórico e fundamentos do Direito das Sucessões, considera-se ter havido um equívoco do legislador ao indicar no referido inciso I apenas filhos e não descendentes comuns<sup>1</sup>.

### **Art. 1.790, *caput***

Autor: Francisco José Cahali, Professor e Advogado

**ENUNCIADO:** Entende-se por bens adquiridos onerosamente na vigência da união o patrimônio acrescido onerosamente durante a convivência, excluídos aqueles adquiridos em sub-rogação aos bens anteriores, ou de origem gratuita, mesmo que onerosa a substituição.

#### JUSTIFICATIVA

A redação do *caput* do art. 1.790 pode levar o intérprete a considerar que o patrimônio objeto de herança em favor do sobrevivente seja aquele cuja aquisição é onerosa. Porém, se o falecido promoveu a sub-rogação de bens particulares, esse patrimônio não deve integrar a herança da qual participa o sobrevivente, embora o título aquisitivo seja oneroso. Assim, deve-se levar em conta, para efeito de integrar a

---

1 Confira-se a respeito, com mais detida análise, CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda. *Curso avançado de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

respectiva herança do sobrevivente, apenas o patrimônio acrescido onerosamente durante a convivência<sup>1</sup>.

### **Art. 1.798**

Autor: Renato Luís Benucci, Juiz Federal da Seção Judiciária de São Paulo

**ENUNCIADO:** A legitimação para a sucessão, prevista no art. 1.798 do Código Civil, estende-se também aos filhos ainda não concebidos quando da morte do autor da herança em caso de inseminação artificial homóloga, devendo a hipótese ser tratada como prole eventual de terceiro.

### JUSTIFICATIVA

De acordo com o art. 1.597, III, do novo Código Civil, *presumem-se na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.*

Ora, uma interpretação sistemática do novo Código Civil indica que, se os filhos havidos por inseminação artificial homóloga devem ser considerados na constância do casamento, mesmo que falecido o marido doador do sêmen, deveriam, em princípio, ter resguardados seus direitos sucessórios.

O problema é que não se pode admitir uma sucessão eternamente provisória, a aguardar eventual herdeiro a ser concebido por inseminação intra-uterina da viúva, com o sêmen congelado do marido pré-morto.

A solução está na utilização da analogia, aplicando-se à hipótese o art. 1.799, I c/c art. 1.800, § 4º, ambos do novo Código Civil, admitindo-se, assim, a inclusão na sucessão testamentária do filho concebido por inseminação artificial homóloga, após falecido o marido, nos mesmos moldes que a prole eventual de terceiro, ou seja, por um prazo definido de dois anos entre a abertura da sucessão e a concepção. Caso a concepção ocorra após esses dois anos, o filho havido por inseminação artificial homóloga não participará da sucessão do pai.

### **Art. 1.798**

Autor: Mário Luiz Delgado Régis, Analista Judiciário da Seção Judiciária da Paraíba, à disposição da Câmara dos Deputados como Assessor Parlamentar

---

1 Para maior aprofundamento, ver nota acima.

**ENUNCIADO:** O art. 1.798 exclui, dentre os legitimados a suceder, tanto o embrião congelado *in vitro* como os filhos havidos por inseminação artificial ocorrida após a abertura da sucessão. Inexistência de violação ao princípio constitucional de igualdade dos filhos, ante a diversidade de situações.

## JUSTIFICATIVA

O art. 1.597 do Código Civil de 2002 criou novas presunções legais de paternidade (incs. III, IV e V). A primeira delas decorre da fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, por meio da utilização do sêmen deste, como sucede com freqüência, mediante o congelamento do sêmen para fecundação futura. A segunda, quando se tratar de embriões excedentários que, a qualquer tempo, poderão ser implantados e gerados pela mãe biológica, detentora, segundo a lei, da disponibilidade sobre eles. A terceira presunção tem lugar diante dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, isto é, a realizada com sêmen de terceiro (ou doador), mediante prévia autorização do marido.

Instalam-se controvérsias na doutrina diante das novas formas de paternidade jurídica criadas pelo Código Civil. Uma das mais acirradas diz respeito aos direitos sucessórios do filho havido de inseminação artificial homóloga ou heteróloga, feita após a morte do pai, bem como à natureza jurídica do embrião congelado *in vitro*, para fins de legitimação sucessória. Em outras palavras, o filho gerado após a morte do pai, mediante técnica de reprodução assistida (RA), teria algum direito sucessório no tocante à herança do pai pré-morto? As partilhas já realizadas, contemplando apenas os herdeiros pré-existentes, deveriam ser refeitas, de modo a contemplar esse filho posterior? Negar direito sucessório ao embrião *in vitro* implantado no ventre materno após a morte do pai e autor da herança violaria o princípio constitucional da igualdade dos filhos?

Para responder a essas questões, o ponto de partida de nossa investigação é a regra posta no art. 1.798 do Código Civil vigente, *verbis*: *Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.*

O legislador estabeleceu, assim, que só teriam legitimação para suceder as pessoas nascidas ou **já concebidas** no momento da abertura da sucessão. *O herdeiro, até por imperativo lógico, precisa existir quando morre o hereditando, tem de sobreviver ao falecido. Trata-se de princípio adotado na generalidade das legislações (cf. Código Civil francês, art. 906; Código Civil italiano, art. 462, al. 1; Código Civil português, art. 2.033.1)<sup>1</sup>.*

---

1 VELOSO, Zeno; FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1.661.

Qual seria, então, a solução hermenêutica apta a compatibilizar a regra da legitimação sucessória com as relações de filiação decorrentes dos diversos processos de reprodução assistida, sobretudo em se tratando de inseminação ou transferência de embriões *post mortem*?

Pela leitura fria dos textos legais, poderíamos principiar diferenciando as hipóteses em que a fertilização se deu quando já estava morto o doador do material fecundante, daquelas em que a fertilização se deu anteriormente, *in vitro*, e a implantação do embrião foi feita somente após a morte do pai. Na primeira hipótese, a solução lógica seria a de que o filho havido não teria direito sucessório algum, porquanto ainda não **concebido** à época da abertura da sucessão. Na segunda hipótese, considerando-se que a **concepção** já se teria verificado, mesmo fora do útero, ao filho assim havido deveriam ser assegurados todos os direitos sucessórios em igualdade de condições com os demais filhos. Ainda se poderia sustentar que, também na primeira hipótese, o filho teria direito à herança, em face do estado de filiação reconhecido pelo Código Civil (art. 1.597) e do imperativo de igualdade posto no art. 227, § 6º, da Carta Magna.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *é vital o reconhecimento de que os filhos havidos por procriação assistida heteróloga terão os mesmos direitos de qualquer outro filho, inclusive sucessórios, de acordo com a melhor interpretação do art. 41, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente, nessa parte. Desse modo, qualquer lei que venha a ser editada e que pretenda estabelecer a inexistência de direito sucessório em favor do filho havido por técnica de reprodução assistida heteróloga deverá ser declarada inconstitucional por clara afronta ao disposto no art. 227, § 6º, da Constituição de 1988*<sup>2</sup>. Ressalta, no entanto, que *não se concebe a possibilidade jurídica da prática relacionada ao emprego de material fecundante congelado do ex-marido (ou do ex-companheiro) após a ocorrência da morte daquele que deixou seu sêmen congelado, diante da evidente desigualdade que seria provocada relativamente à criança, diante da inexistência de direitos sucessórios (...) e que apenas na eventualidade do marido ter assumindo o risco de tal prática, ao manifestar o consentimento a que sua esposa pudesse ser inseminada com seu sêmen, poderá ser estabelecida a paternidade post mortem com base na verdade biológica, mas sem qualquer efeito patrimonial relativamente ao espólio ou aos herdeiros do de cujus*<sup>3</sup>.

---

2 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 936.

3 *Idem*, p. 937-938. Para o mesmo autor, *diante do dano patrimonial que a criança terá por ser excluída da sucessão hereditária de seu pai, pode-se considerar a viabilidade do filho ter direito à reparação do dano sofrido, sob a forma de lucros cessantes, diante da prática espúria realizada por sua mãe, em contrariedade ao ordenamento jurídico em vigor. Assim, com base na responsabilidade civil subjetiva da mulher que resolveu*

De fato, qualquer solução que viesse assegurar direito sucessório a filho oriundo de inseminação artificial (ou transferência de embriões) *post mortem* esbarraria em questões de ordem prática, como nas hipóteses em que o nascimento se der após o encerramento do inventário, podendo ocorrer até vários anos depois. Imagine-se a conturbação proveniente de situações verdadeiramente deletérias, em que um filho do *de cuius* viesse a nascer anos após a realização da partilha, tendo como único fator de limitação o prazo prescricional da ação de petição de herança. E se os bens partilhados já houvessem sido gastos, sobretudo quando os herdeiros agiram de boa-fé? E será que os herdeiros existentes ao tempo da abertura da sucessão não teriam direito adquirido àqueles bens que herdaram quando inexistia esse “filho temporão”?<sup>4</sup>. O próprio Código Civil ressalva a situação do herdeiro aparente (art. 1.828).

Entendemos não ser função do juiz problematizar a aplicação da norma jurídica, quando do próprio sistema é possível extrair a solução que assegure o primado da Justiça pelo caminho menos tortuoso na acomodação dos interesses eventualmente em conflito. No caso, a solução que propugnamos parte do pressuposto de que o embrião só pode ser tratado como vida humana, a merecer a adequada proteção do Estado, depois de fixado no útero materno. Antes disso, temos apenas uma célula fora do corpo da mulher, que jamais pode ser equiparada ao *conceptus* referido no Código Civil. Com muito mais razão em se tratando de material fecundante mantido em congelamento.

O art. 1.798 só pode ser interpretado em consonância com o art. 2º e, ao se referir às pessoas *já concebidas*, está fazendo alusão ao nascituro, como ressalva o Prof. Eduardo de Oliveira Leite: *A nova disposição não abre espaço a qualquer dúvida: os nascituros e os nascidos no momento da abertura da sucessão podem ser chamados a ambas as espécies de sucessão (...)*<sup>5</sup>.

No mesmo sentido a doutrina de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, para quem, na condição de pessoas concebidas, estão apenas duas classes médico-legais: o feto e o feto nascente<sup>6</sup>.

---

*conceber e fazer nascer a criança que não terá qualquer direito sucessório em virtude da morte anterior de seu pai – diante da verdade biológica –, será perfeitamente viável ao filho exigir a reparação do dano patrimonial que, normalmente, consistirá na parte que ele teria direito na herança deixada pelo falecido pai e que foi distribuída entre os herdeiros. (Idem, p. 938)*

4 Ressalta Paul Roubier que é a partir da abertura da *sucessão que se produit la dévolution du patrimoine. La doctrine courante admet qu'il y a, à partir de ce moment, un 'droit acquis' pour l'héritier (...)*. (ROUBIER, Paul. *Les conflits des lois dans le temps: théorie dite de la non-rétroactivité des lois*. Paris: Sirey, 1933. t. 2. p. 388)

5 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 21. p. 99.

6 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20. p. 87.

Ora, nascituro é aquele que está por nascer, *sua existência é intra-uterina (pars viscerum matris), no ventre materno (no uterus), adstrita a esta contingência até que dele separe*<sup>7</sup>.

O conceito de nascituro não pode ser estendido ao embrião *in vitro*, conforme se depreende das abalizadas lições de Silmara J. A. Chinelato e Almeida: (...) *na fecundação in vitro, não se poderá falar em nascituro enquanto o ovo (óvulo fertilizado in vitro) não tiver sido implantado na futura mãe, impondo-se, pois, o conceito de nascituro sempre e apenas quando haja gravidez, seja ela resultado de fecundação in anima nobile (obtida naturalmente ou por inseminação artificial), seja de fecundação in vitro. Pela mesma razão não se poderá reputar nascituro o embrião congelado, com finalidade de implantação futura no útero materno, conforme técnicas de reprodução assistida*<sup>8</sup>.

Em suma, o art. 1.798 refere-se ao nascituro, e embrião *in vitro* nascituro não é. Sendo assim, os filhos havidos por quaisquer das técnicas de reprodução assistida, desde que a implantação do embrião no ventre materno ou a fecundação do óvulo tenha se dado após a morte do autor da herança, não obstante o estado de filiação legalmente assegurado (art. 1.597), direito sucessório algum terão. Nesse sentido é também a opinião de Guilherme Calmon Nogueira da Gama: *Nos casos de reprodução assistida post mortem, pressupondo a utilização de material genético deixado pelo marido (ou companheiro) falecido, deve-se considerar o estabelecimento da paternidade com atribuição do nome de família à criança, mas sem qualquer efeito patrimonial relativamente ao espólio ou aos herdeiros do de cujus*<sup>9</sup>.

E nem se alegue que, nessa hipótese, estaria violado o princípio da igualdade entre os filhos, de que trata o § 7º do art. 227 da Constituição Federal, regra esta, por sua vez, emanada do princípio maior da isonomia, petrificado no *caput* do art. 5º.

O princípio da isonomia, diz Celso Antônio Bandeira de Melo, *preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Onde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais*<sup>10</sup>. Em raciocínio inverso, sempre que existirem fatores de desigualdade, pode a lei dispor de modo diferente.

---

7 MAIA, Paulo Carneiro. Nascituro. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 54. p. 38-52.

8 ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 11.

9 GAMA, *op. cit.*, p. 1.015.

10 BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 35. No mesmo sentido o magistério clássico de Paulino Jacques: *Todas as pessoas das mesmas condições que se encontrarem em idênticas circunstâncias, hão de ser tratadas igualmente, isto é, terão os mesmos direitos civis e políticos, poderão invocar os mesmos preceitos legais e comparecerão diante dos mesmos juízos, pois, se assim não acontecer, lhes assistirá ação para compelirem o Estado, ou quem quer que lhes haja negado tratamento igual, a*

Entre as conclusões a que chegou em sua obra “Da igualdade perante a lei: fundamento, conceito e conteúdo”, ressalta Paulino Jacques (...) f) que a **igualdade jurídica não é outra coisa que a igualdade relativa, com o seu pressuposto lógico da igualdade de situação**; g) que a igualdade de situação supõe a **igualdade de condições e circunstâncias**; h) que todas as pessoas que se encontram nas mesmas condições e debaixo de idênticas circunstâncias são tratadas igualmente pela lei; i) que, ao contrário, todas as pessoas que não se encontram nas mesmas condições e debaixo de idênticas circunstâncias, são tratadas **desigualmente** pela lei<sup>11</sup>. (Grifos nossos)

Celso Antônio nos mostra com extraordinária clareza os requisitos para que se façam determinadas diferenciações sem quebra do princípio isonômico: (...) o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrîmen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira tina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles<sup>12</sup>.

No caso, assegurar direito sucessório apenas aos filhos **existentes** na data da abertura da sucessão não viola o princípio da isonomia, dada a absoluta disparidade de situações.

Registre-se que o critério de *discrîmen* aqui não tem qualquer relação com fatores ignominiosos há muito banidos do nosso ordenamento jurídico (filhos ilegítimos, naturais, adulterinos, incestuosos etc.), nem se restringe ao fator tempo, mas refere-se à própria existência ou não de um ser legitimado a suceder (nascituro). Nessa linha de pensamento, transcreva-se, mais uma vez, os escólios do mestre Celso Antônio: Os que já existem recebem um dado tratamento, os que não existem e virão a existir receberão outro tratamento. É à diferença entre existir e não existir (ter ocorrido ou não ter ocorrido) que o direito empresta força de fator distintivo entre as situações para lhes

---

reconhecer o seu direito de igualdade. (JACQUES, Paulino. *Da igualdade perante a lei: fundamento, conceito e conteúdo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 226).

11 JACQUES, *op. cit.*, p. 234.

12 BANDEIRA DE MELO, *op. cit.*, p. 21-22.

*atribuir disciplinas diversas. E, mesmo nesta hipótese, não é ilimitada a possibilidade de discriminar. Assim, os fatos já existentes foram e continuam sendo, todos eles tratados do mesmo modo, salvo se, por outro fator logicamente correlacionado com alguma distinção estabelecida, venham a ser desequiparados*<sup>13</sup>.

Tal fator de desigualação guarda total consonância com o tratamento jurídico diversificado, ou seja, quem já era nascituro na data da morte do autor da herança legitima-se a suceder por força do disposto no art. 1.798. Quem, naquela data, não ostentava a natureza de **ser nascente**, estado médico-legal que só adquiriu posteriormente, não. E essa correlação lógica entre fator de discrimen e tratamento desigual não se choca com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional, dentre eles o respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, os quais, por outro lado, correriam sério risco se viéssemos a admitir que o filho nascido anos após o encerramento do inventário do pai fosse titular de direito sucessório quanto aos bens há muito partilhados.

Saliente-se, à guisa de conclusão, que o mero estado de filho, a ser reconhecido em qualquer situação, não implica o direito absoluto e inafastável à sucessão do pai. Fosse assim, não poderia o filho ser excluído da sucessão ou deserdado, nas situações em que a lei prevê.

Enfim, não haverá alteração dessa conclusão na hipótese de a procriação ter sido promovida por pessoas solteiras (com ou sem união estável). O casamento apenas estabelece a presunção da filiação a favor do filho. Inexistindo a presunção legal, caber-lhe-á valer-se dos meios próprios para provar o estado de filho. Entretanto, para a questão sucessória interessa saber, tão-somente, se esse filho estava concebido à época da abertura da sucessão do pai.

Hipótese aparentemente mais complexa, mas da qual se extrairá a mesma conclusão, ocorre quando a mãe vem a falecer, havendo deixado óvulos ou embriões para implantação em outra mulher (barriga de aluguel). No tocante à sucessão da mãe, só estarão legitimados a suceder os filhos nascidos ou concebidos na data do evento morte. Ora, se os óvulos ou embriões só seriam implantados posteriormente, não se poderia falar, no nosso entender, em nascituro, afastando-se, assim, na hipótese, qualquer direito sucessório.

### **Art. 1.798**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

---

13 Idem, p. 31-32.

**ENUNCIADO:** A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões já formados e àqueles a se formar, devendo abranger, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer, cuja pretensão inerente à petição de herança será deduzida no prazo prescricional de dez anos, a contar do falecimento do autor da sucessão.

## JUSTIFICATIVA

Diante das novas técnicas de reprodução medicamente assistida, especialmente com a possibilidade de congelamento de embriões na perspectiva da futura transferência para o corpo de uma mulher, bem como no caso da criopreservação de sêmen ou de óvulo para futura utilização, deve ser equacionada a questão acerca da possibilidade da vocação dos embriões congelados – e daqueles resultantes da utilização do material fecundante congelado – na sucessão *mortis causa*, diante da redação do art. 1.798 do novo Código Civil. Não se pode olvidar, a esse respeito, que o projeto do novo Código Civil teve sua redação iniciada no fim da década de sessenta, época em que ainda eram incipientes as notícias a respeito das técnicas de fertilização *in vitro* com posterior congelamento de embriões – especialmente os embriões excedentários.

O legislador, ao formular a regra contida no art. 1.798 do texto codificado atual, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana e, desse modo, adotou o parâmetro do revogado art. 1.718 do Código de 1916, ao se referir apenas às pessoas já concebidas. Deve-se distinguir embrião de nascituro, porquanto este já vem se desenvolvendo durante a gravidez, sendo necessária somente a espera do nascimento para verificar se houve (ou não) a aquisição da herança ou do legado. No que tange ao embrião ainda não implantado no corpo humano, ausente a gravidez, a questão se coloca em outro contexto. Deve-se ponderar, de acordo com o novo Código Civil, que o embrião não-implantado não pode ser considerado no bojo do art. 1.798, porquanto no sistema jurídico brasileiro é vedada a possibilidade da reprodução assistida *post mortem*, diante dos princípios da dignidade da (futura) pessoa humana, da igualdade dos filhos em direitos e deveres e, principalmente, do melhor interesse da criança (arts. 226, § 7º, e 227, *caput* e § 5º, ambos da Constituição Federal)<sup>1</sup>.

---

1 Em outro trabalho, cujo tema central era a filiação resultante da reprodução assistida heteróloga, no que concerne aos aspectos e efeitos civis, a conclusão referida no texto foi alcançada com a apresentação de interpretação razoável (e em conformidade com a Constituição Federal de 1988) do art. 1.597 do novo Código Civil. Assim, *no estágio atual do Direito brasileiro, não há como se admitir a legitimidade do acesso da viúva ou da ex-companheira (por morte do ex-companheiro) à técnica de reprodução assistida homóloga post mortem, diante do princípio da igualdade de direitos entre os filhos*. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 1000).

O tema relacionado à capacidade para suceder e à reprodução assistida *post mortem* é dos mais polêmicos e, indubitavelmente, o novo Código Civil não oferece solução transparente, a despeito da gravidade da questão. A doutrina contemporânea, especialmente à luz do Código Civil em vigor, apresenta posturas diversas sobre o assunto. Francisco José Cahali<sup>2</sup> observa que, no sistema jurídico anterior ao novo Código, era inadmissível a constituição de vínculo de parentesco entre a criança gerada e o falecido (cujo material genético fora utilizado), sob o fundamento de que a morte extinguiu a personalidade. Contudo, diante da regra do art. 1.597 do Código Civil atual, o autor concluiu, a contragosto, que o filho do falecido, fruto de técnica de reprodução assistida *post mortem*, terá direito à sucessão como qualquer outro filho, havendo sério problema a ser resolvido na hipótese de nascimento da criança depois de já encerrados o inventário e a partilha (ou a adjudicação) dos bens do autor da sucessão. Débora Gozzo<sup>3</sup>, por sua vez, propõe o emprego da analogia para solucionar a questão, no sentido de considerar possível reconhecer o direito sucessório à criança resultante de técnica de reprodução assistida *post mortem*, da mesma maneira que se admite a nomeação de filho eventual de pessoa certa e determinada como possível herdeiro testamentário ou legatário, sugerindo o ajuizamento da ação de petição de herança para tanto. Eduardo de Oliveira Leite<sup>4</sup>, a seu turno, distingue duas situações: a) a do embrião concebido *in vitro*, com sua implantação posterior ao falecimento do pai e b) a do embrião formado a partir do sêmen preservado (atualmente, pode-se acrescentar o óvulo congelado) depois do falecimento daquele que forneceu o material fecundante. Para o autor, a primeira hipótese autoriza o direito à sucessão hereditária, pois já houve concepção, ao passo que, na segunda, não, pois não havia concepção no momento da abertura da sucessão.

Existem, pois, variados posicionamentos a respeito do tema, e não há problema antecedente ao próprio Direito das Sucessões, a saber, a admissibilidade jurídica das técnicas de reprodução assistida *post mortem* no Direito brasileiro. Com fulcro nos valores e princípios constitucionais especialmente relacionados à dignidade da pessoa humana e à efetivação dos direitos humanos e fundamentais também no âmbito das relações privadas, é inegável a vedação do emprego de qualquer das técnicas de reprodução assistida no período pós-falecimento daquele que anteriormente forneceu seu material fecundante e consentiu que o embrião formado ou seu material fosse utilizado para reprodução. A violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da futura criança, além da própria circunstância

---

2 CAHALI, Francisco José. *Dos alimentos*. p. 132.

3 GOZZO, Débora, p. 42.

4 LEITE, Eduardo de Oliveira, p. 109-110.

de ocorrer afronta ao princípio da igualdade material entre os filhos sob o prisma (principalmente) das situações jurídicas existenciais, não autoriza a admissibilidade do recurso a tais técnicas científicas. Assim, a questão se coloca no campo da inadmissibilidade, pelo ordenamento jurídico brasileiro, das técnicas de reprodução assistida *post mortem*. Daí não ser possível sequer a cogitação da capacidade sucessória condicional (ou especial) do embrião congelado ou do futuro embrião (caso fosse utilizado o material fecundante deixado pelo autor da sucessão) por problema de inconstitucionalidade.

No entanto, em sendo reconhecida a admissibilidade jurídica do recurso às técnicas de reprodução assistida *post mortem* (e, assim, sua constitucionalidade), a melhor solução é considerar que o art. 1.798 do novo Código Civil disse menos do que queria, devendo o intérprete proceder ao trabalho de estender o preceito aos casos de embriões já formados e àqueles a se formar (abrangendo, assim, as duas hipóteses indicadas). O problema que surge caso a criança venha a nascer após o término do inventário e da partilha pode ser tranqüilamente solucionado de acordo com o próprio sistema jurídico atual em matéria de herdeiros legítimos preteridos – por exemplo, na hipótese de filho extramatrimonial não reconhecido pelo falecido. Deve-se admitir a petição de herança, deduzida a pretensão dentro do prazo prescricional de dez anos, a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando-se, desse modo, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião ou do material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses dos demais herdeiros. Portanto, haverá mais uma hipótese de cabimento de petição de herança, ou seja, a que envolve o emprego de técnica de reprodução assistida *post mortem*.

A capacidade sucessória passiva em geral aproxima-se bastante da noção de capacidade de direito (ou de gozo), diferentemente da capacidade testamentária ativa que, como visto, tem maior proximidade com a capacidade de fato. Não há correspondência absoluta, conforme já foi considerado, e a própria inclusão do nascituro no rol dos que têm capacidade para suceder confirma a não-coincidência entre capacidade de direito e capacidade para suceder.

### **Art. 1.799, I**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** O art. 1.799, I, do Código Civil não permite ao testador indicar futuros ou atuais embriões, formados a partir do seu material fecundante, como possíveis herdeiros testamentários ou legatários.

## JUSTIFICATIVA

Outro tema de relevo a respeito da designação testamentária de filhos eventuais de pessoa indicada e existente à época da abertura da sucessão diz respeito à necessidade de haver indicação de mais de uma pessoa existente para permitir a validade e a eficácia da disposição testamentária. Como leciona Giselda Hironaka<sup>1</sup>, não há nenhum óbice a que o testador aponte os filhos de apenas uma pessoa identificada e existente à época da abertura da sucessão, notadamente diante do próprio reconhecimento constitucional das famílias monoparentais no art. 226, § 4º, da Constituição Federal. Não será permitido – por manifesta inconstitucionalidade – ao testador apontar que a instituição testamentária foi feita sob a condição de o eventual filho ser do sexo masculino ou do sexo feminino, ser filho de origem consangüínea ou de outra origem. A condição deve ser declarada inconstitucional, não contaminando a própria disposição testamentária que, por sua vez, poderá ser concretizada, tendo-se por não-escrita a condição inconstitucional<sup>2</sup>. Ao se referir aos filhos, o dispositivo legal admite que os herdeiros testamentários ou legatários sejam concebidos e venham a nascer no período de dois anos – referido no art. 1.800, § 4º, do novo Código Civil –, não podendo ser considerado apenas o primogênito como sucessor testamentário.

A hipótese em tela – relativa aos filhos de pessoa determinada e existente à época da abertura da sucessão – não autoriza ao testador indicar futuros ou atuais embriões formados a partir de seu material fecundante como possíveis herdeiros testamentários ou legatários. Em outras palavras: não pode o testador indicar sua própria prole eventual no contexto do art. 1.799, inc. I, do Código Civil em vigor, considerando a imposição legal a respeito da existência da pessoa indicada no momento da abertura da sucessão<sup>3</sup>.

**Art. 1.799, I**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** O filho eventual de pessoa existente à época da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.799, I, CC, abrange os filhos resultantes da adoção, da reprodução

---

1 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, p. 94.

2 Idem.

3 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, p. 96. Lembra a autora que o testador poderá obter o mesmo resultado de maneira reflexa, ao indicar a outra pessoa (cônjuge, companheiro ou mesmo pessoa com quem nunca manteve relacionamento afetivo) como aquela existente na época da abertura da sucessão.

assistida heteróloga e da posse do estado de filho, não se restringindo aos filhos relativos ao parentesco natural.

## JUSTIFICATIVA

A respeito da hipótese prevista no inciso I do art. 1.799 do novo Código Civil, surge o tema envolvendo a possibilidade de o filho eventual ser aquele decorrente de outra origem que não a consangüinidade – aí inserindo-se o filho adotado, o filho fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga (sem o emprego de material fecundante da pessoa indicada pelo testador) e o filho resultante da posse do estado de filho<sup>1</sup>. Sobre tal assunto, deve-se considerar a incidência automática da regra principiológica contida no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, a igualdade material entre os filhos independentemente da origem, inserida atualmente na legislação infraconstitucional (arts. 1.596 do novo Código Civil e 20 da Lei n. 8.069/90 – o ECA). A expressão “filhos ainda não concebidos”, inserida no art. 1.799, inc. I, somente pode ser interpretada à luz dos valores e princípios da Constituição Federal de 1988, devendo-se reler o texto da seguinte maneira: **filhos cuja parentalidade ainda não havia sido estabelecida** relativamente às pessoas determinadas pelo testador e existentes à época da abertura da sucessão. Logo, não podem ser excluídos da capacidade testamentária passiva especial do art. 1.799, inc. I, do novo Código os filhos fruto da adoção<sup>2</sup>, da reprodução assistida heteróloga e da posse do estado de filho.

---

1 Débora Gozzo apresenta a questão apenas sob o prisma do filho decorrente da adoção (*op. cit.*, p. 82). Contudo, diante do preceito contido no art. 1.593, nos dias atuais é perfeitamente possível o reconhecimento da parentalidade-filiação no contexto do parentesco civil que, no campo dos seus efeitos, produzirá todas as conseqüências dos vínculos de paternidade, maternidade e filiação resultantes da consangüinidade (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003).

2 De acordo com o texto: CAHALI, Francisco José, p. 130. Giselda Hironaka também se posiciona no mesmo sentido, acrescentando, ainda: *Poder-se-ia, isso sim, buscar afastar o filho adotivo da sucessão em que foi indicado, pelo fato de ter sido ele concebido anteriormente à abertura da sucessão. Mas parece que nem mesmo essa possibilidade de exclusão pode prevalecer se se atentar ao fato de a lei tentar tutelar, em verdade, pessoas que o testador não conheceu em vida, pessoas estas ligadas pelo laços da filiação a outras que ele indicou. Contemplar os ainda não concebidos representa, para o testador, contemplar os filhos das pessoas que indicou, filhos estes que não conheceu nem conhecerá, quer porque não concebidos, quer ainda porque não adotados antes de sua morte* (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, p. 93). Em sentido contrário, veja a orientação de Maria Helena Diniz: *Diante do estágio atual da lei, o testador deveria excluir filho adotivo, pois a pessoa indicada poderia adotar tão-somente para conseguir o benefício testamentário* (*op. cit.*, p. 152).

**Art. 1.799, I**

Autor: Mário Luiz Delgado Régis, Analista Judiciário da Seção Judiciária da Paraíba, à disposição da Câmara dos Deputados como Assessor Parlamentar

**ENUNCIADO:** O art. 1.799, inc. I, deve ser interpretado em consonância com o princípio que manda perquirir a real intenção do testador (CC, art. 1.899 c/c o art. 112). Se dos expressos termos do testamento se puder concluir que o testador só pretendeu beneficiar filhos consangüíneos da pessoa designada, não se poderá interpretar extensivamente a cláusula de modo a contemplar também os filhos adotivos.

## JUSTIFICATIVA

O art. 1.799, inc. I, do CC/2002, estabelecendo uma exceção à regra da necessária coexistência do *de cuius* (no caso, do testador) e do herdeiro, permite expressamente que o testador venha a contemplar pessoa ainda não concebida (*nondum conceptus*), beneficiando, com isso, os filhos que poderá ter uma pessoa, ou pessoas indicadas por ele. Regra semelhante já continha o CC/1916<sup>1</sup>, muito embora se referisse a “prole eventual”, no lugar de “filhos não concebidos”<sup>2</sup>.

A questão sobre a qual divergem doutrina e jurisprudência é a seguinte: Em se tratando de sucessão testamentária beneficiando prole eventual, incluem-se nessa categoria os filhos adotivos da pessoa designada pelo testador? E na hipótese de esse filho haver sido gerado em “barriga de aluguel”?

A construção doutrinária forjada à luz do art. 1.718 do Código de 1916 era firme no sentido de que o conceito de “prole eventual” não abrangeria os filhos adotivos das pessoas designadas pelo testador, inclusive para evitar que alguém viesse a adotar com o único fito de obter o benefício testamentário, como bem observa Maria Helena Diniz: (...) *A expressão “prole eventual” só compreende os filhos e não os netos da pessoa indicada pelo testador. Diante do estágio atual da lei, o testador deveria excluir filho adotivo, pois a pessoa indicada poderia adotar tão-somente para conseguir o benefício testamentário, fazendo com que a adoção deixe de ser um ato de amor para atender a finalidades econômicas, gerando problemas emocionais à criança adotada para tais fins, ante a não-aplicabilidade do princípio do superior interesse da criança. E, além disso, é preciso atender a vontade do testador, que poderá ter assim*

---

1 Art. 1.718: *São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão.*

2 Prole encerra significado mais amplo: linhagem, geração, progênie, descendência. Filho é prole, mas o neto, o bisneto é prole do ascendente.

*disposto para dar continuidade a seu patrimônio, em razão de vínculo de consangüinidade*<sup>3</sup>.

No mesmo sentido a doutrina de Arnaldo Wald: *Pergunta-se se no conceito de prole eventual entram apenas os filhos **legítimos ou também os adotados e os filhos naturais reconhecidos. A interpretação do art. 1.718, que se refere à prole eventual, tem sido feita no sentido de incluir os filhos legítimos e legitimados, excluindo** os adotivos, a menos que haja referência expressa a estes por parte do testador, e deixando de incluir os netos, pois não descendem direta e imediatamente de pessoas já existentes por ocasião da abertura da sucessão*<sup>4</sup>.

Zeno Veloso já defendia que o *filho adotivo devia estar incluído naquela expressão –“prole eventual” –, não só por força da determinação expressa do princípio igualitário do art. 227, § 6º, da Constituição Federal, como do disposto no art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente*<sup>5</sup>, entendimento, diz o autor, *reforçado, agora, diante dos artigos 1.596 e 1.626 deste Código Civil*<sup>6</sup>.

Giselda Hironaka também entende dessa forma: *A doutrina anterior afastou também a legitimidade sucessória do filho adotado pela pessoa indicada no testamento, nesses termos: (...) A posição não merece ser mantida, nem mesmo em face da ressalva atual no sentido de serem os filhos ainda não concebidos, conforme se procurará fundamentar a seguir. A Constituição Federal não faz distinção entre filhos, qualquer que seja a origem ou o tipo de relação mantida por seus genitores. Nesse sentido, os filhos a que se refere o inciso I do art. 1.799 são tanto os filhos biológicos como aqueles que vieram ter à família pelos laços do afeto do coração. O fato de as pessoas indicadas no testamento como pais da prole contemplada terem adotado uma criança não pode representar presunção de tamanho ranço. Com efeito, adotar uma criança não pode ser visto como uma hipótese de se substituir ou desviar a disposição testamentária. Nem adotar uma criança pode ser visto como forma de beneficiar monetariamente do quanto disposto no testamento, caso contrário o mesmo deveria ser pensado das pessoas indicadas no testamento que, utilizando-se até então de forma contraceptiva, deixassem de fazê-lo*<sup>7</sup>.

---

3 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das Sucessões*. 18. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/1/2002) e o (Projeto de Lei n. 6.960/2002). São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6. p. 172.

4 WALD, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. n. 9.10, p. 98-99.

5 VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2. ed. Belém: Cejup, 1993. n. 854. p. 428.

6 FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

7 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil: parte especial – do Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20. p. 92-93.

Silvio Venosa assume a mesma posição, admitindo, no entanto, a exclusão dos filhos adotivos quando o testador assim o determinar, expressamente: *Se o testador não esclarecer, todos os filhos da pessoa designada herdaram, por igual (...). O testador não fazendo referência (e sua vontade deve ser respeitada), não se faz distinção quanto à filiação: recebem os filhos legítimos ou ilegítimos, isto é, na nova sistemática, filhos provenientes ou não de união com casamento. Afirmava-se que os adotivos não se incluíam nessa possibilidade, a menos que houvesse referência expressa do testador (Wald, 1988:94). Contudo, entendemos que a evolução da situação sucessória do adotivo não permite mais essa afirmação peremptória. Lembre-se de que houve sucessivas alterações de direito sucessório em favor do filho adotivo. A intenção do legislador foi, sem dúvida, possibilitar a contemplação dos filhos de sangue. A pessoa indicada poderia adotar exclusivamente para conseguir o benefício testamentário. Contudo, já a legitimação adotiva e a adoção plena das leis revogadas não mais permitem diferença entre a filiação natural e a filiação civil. cremos que na atual legislação incumbe ao testador excluir expressamente os filhos adotivos se não desejar incluí-los, por força do art. 41 da Lei n. 8.069/90 (...). Com a mesma conotação apresenta-se a adoção no atual Código Civil. Desse modo, o filho adotivo, conforme nosso ordenamento, se insere no conceito de prole, aliás atendendo ao que a atual Constituição pretendia. Essa também é a opinião de A. Cicu (1954:238), ao comentar a lei italiana, que equipara os adotivos aos legítimos. É evidente que as leis não foram criadas para serem fraudadas. A intenção do legislador foi a melhor, ou seja, não permitir qualquer diferença entre as espécies de filiação. Se a adoção, mesmo na nova legislação, ocorre com a finalidade precípua de se inserir alguém na deixa testamentária, incumbe ao juiz impedi-lo (...)*<sup>8</sup>.

A resposta à questão apresentada, na verdade, exige o sopesamento de dois princípios gerais: o que manda perquirir a real intenção do testador (CC, art. 1.899 c/c o art. 112) e o que assegura a igualdade de todos os filhos, inclusive dos adotivos (CC, art. 1.596).

Em acórdão paradigma, no qual se discutiu a interpretação de cláusula testamentária, lavrada em data anterior à CF/88 e que contemplava os “filhos legítimos” de pessoa designada pelo testador, o col. STJ, não obstante tenha deixado de conhecer do recurso, por maioria de votos, indicou importante norte jurisprudencial, parecendo inclinar-se no sentido da prevalência da vontade do testador. Em outras palavras, se da cédula testamentária constar expressa referência ao fato da pretensão de contemplar apenas os filhos consangüíneos da pessoa designada, não se poderá contemplar o filho adotivo.

---

8 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. (Coleção Direito Civil, 7). p. 156-157.

Por outro lado, constando mera referência aos filhos eventuais de tal pessoa, sem qualquer especificação, deve-se entender abrangidos na disposição os filhos adotivos, em atenção ao princípio da igualdade. Essa é a conclusão que se extrai do acórdão, assim resumido na ementa: *DIREITO CIVIL. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA. FILHOS LEGÍTIMOS DO NETO. LEGATÁRIOS. ALCANCE DA EXPRESSÃO. INTERPRETAÇÃO DO TESTAMENTO. ENUNCIADO N. 5 DA SÚMULA/STJ. LEGATÁRIO AINDA NÃO CONCEBIDO À DATA DO TESTADOR. CAPACIDADE SUCESSÓRIA. DOCTRINA. RECURSO DESACOLHIDO. I - A análise da vontade do testador e o contexto em que inserida a expressão **filhos legítimos** na cédula testamentária vincula-se, na espécie, à situação de fato descrita nas instâncias ordinárias, cujo reexame nesta instância especial demandaria a interpretação de cláusula e a reapreciação do conjunto probatório dos autos, sabidamente vedados, a teor dos verbetes sumulares 5 e 7/STJ. Não se trata, no caso, de escolher entre a aceção técnico-jurídica e a comum de filhos legítimos, mas de aprofundar-se no encadeamento dos fatos, como a época em que produzido o testamento, a formação cultural do testador, as condições familiares e sobretudo a fase de vida de seu neto, para dessas circunstâncias extrair o adequado sentido dos termos expressos no testamento. II - A prole eventual de pessoa determinada no testamento e existente ao tempo da morte do testador e abertura da sucessão tem capacidade sucessória passiva. III - Sem terem as instâncias ordinárias abordado os temas da capacidade para suceder e da retroatividade da lei, carece o recurso especial do prequestionamento em relação à alegada ofensa aos arts. 1.572 e 1.577 do Código Civil. IV - O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para apreciar violação de norma constitucional, missão reservada ao Supremo Tribunal Federal<sup>9</sup>.*

As discussões travadas por ocasião do julgamento ratificam esse entendimento, embora também tenham evidenciado a manifesta divisão de opiniões entre os ministros, no que se refere à prevalência da vontade do testador em confronto com o princípio constitucional da igualdade dos filhos.

Pela supremacia da vontade do testador, votaram os Ministros Barros Monteiro, Cezar Rocha e Aldir Passarinho Junior. Entendendo que deveria prevalecer, em qualquer situação, o princípio da igualdade dos filhos, manifestou-se o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, nos termos seguintes: *Não me parece, na circunstância dos autos, que se deva ter preocupação com a vontade do testador para interpretar e aplicar seu testamento. É que, no sistema constitucional vigente, não há mais a distinção entre filho legítimo e ilegítimo, nem a lei poderá estabelecê-la; a que assim dispunha se tem hoje por revogada. A força constitucional, penso, atua também sobre a vontade da*

---

9 REsp n. 203137/PR, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 12/8/2002, p. 214; RDR, v. 24, p. 301; RSTJ, v. 159, p. 428.

*parte, de forma que aquela distinção feita pelo testador – acredito que com a intenção manifesta de discriminar – hoje não prevalece. Não porque se deva interpretar o testamento de um modo ou de outro, mas porque a Constituição não faz a distinção, tornando-a ilícita.*

No mesmo diapasão do voto proferido por Ruy Rosado de Aguiar é o magistério de Giselda Hironaka: *E, no que se refere aos beneficiários, será lícito ao testador submeter sua deixa à condição de ser o filho esperado um varão ou uma criança do sexo feminino, ser filho biológico ou adotivo, ou sua deixa deve ser neutra? Quer parecer que condição desse jaez é inconstitucional por representar discriminação em razão do sexo, ou da origem dos filhos, havendo-se por não escrita qualquer condição de natureza discriminatória*<sup>10</sup>.

Com a devida vênia aos respeitáveis entendimentos em sentido contrário, deve ser de logo afastada qualquer discussão que invoque o princípio da igualdade como regra impeditiva do estabelecimento de discrimen em desfavor de filho adotivo. Não se está falando aqui em filhos do testador, mas em filhos de pessoa por ele designada. Nada impede, por exemplo, que o testador contemple o filho varão que Maria venha a conceber, da mesma forma que pode instituir como seu herdeiro ou legatário entre os filhos “A”, “B” e “C”, de seu neto João, tão-somente o filho “B”, por quem nutre maior afeição. Pode também deixar expresso que serão contemplados apenas os filhos que João tiver com Maria, excluídos, portanto, da disposição testamentária, os filhos que João tiver em outro leito.

Deve, assim, prevalecer a vontade do testador. Se o testamento se refere apenas a filhos, sem qualquer especificação de sua origem, não se poderá interpretar a cláusula de modo a restringir o direito dos filhos adotivos, a qual deve ser lida e interpretada conforme a Constituição, entendendo-se que o testador não quis estatuir qualquer fator de discriminação. Do contrário, se dos expressos termos do testamento se puder concluir que o testador só pretendeu beneficiar filhos consangüíneos, não se poderá interpretar extensivamente a cláusula de modo a contemplar também os filhos adotivos.

O mesmo entendimento é aplicável às hipóteses de “barriga de aluguel”. Tudo depende dos termos da cédula testamentária. Nada dispendo o testador, discriminação alguma pode ser oposta aos filhos gerados em útero locado. Se, no entanto, constar do testamento que a “deixa” é destinada ao filho “gerado por Maria”, e caso tal filho venha a ser gerado em útero alheio, não fará jus ao benefício testamentário.

---

10 HIRONAKA, *op. cit.*, p. 94.

**Art. 1.801, III**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** O companheiro não sofre a proibição prevista no art. 1.801, inc. III, do Código Civil, independentemente do período de separação de fato (art. 1.723, § 1º). O período de separação de fato do testador casado, previsto no inciso III do art. 1.801, somente é aplicável aos casos de concubinato (art. 1.727 do Código Civil).

**JUSTIFICATIVA**

O inciso III do art. 1.801 do novo texto codificado corresponde ao revogado inciso III do art. 1.719 do Código de 1916, com significativas alterações. Durante a vigência do Código anterior, foi expressamente prevista, como regra imperativa, a falta de legitimidade da concubina do testador casado para herança testamentária e legado, com a cominação da sanção de nulidade à disposição testamentária que a instituisse como beneficiária. Tal regra proibitiva mantinha íntima relação com o disposto no revogado art. 1.177 do Código Civil de 1916 (atual art. 550 do novo Código), que vedava a doação de bens pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice, bem assim com o art. 1.474, que impedia a indicação, como beneficiário de seguro, de pessoa proibida de receber doação. Tais disposições legais (arts. 1.719, III, 1.177 e 1.474, todos do texto de 1916) representavam a visão negativista da antiga codificação a respeito das relações extramatrimoniais, com tratamento legal voltado a restringir, proibir e invalidar qualquer negócio ou benefício em favor daqueles que mantinham vínculos afetivos fora do casamento. Observa-se que o inciso III do art. 1.719, referido, somente vedava a instituição de herdeira ou legatária, sancionando, portanto, apenas a mulher concubina, o mesmo não se verificando quando se tratasse de instituição de herança ou legado em favor do concubino da testadora casada<sup>1</sup>.

O ranço machista prevaleceu na construção da norma legal do Código de 1916. Além de discriminatória, a regra revogada desconsiderava a espécie de união existente entre o testador e a instituída como herdeira ou legatária, deixando de levar em conta, inclusive, os casos de separação de fato. Coube à jurisprudência, em interpretação nitidamente voltada à evolução dos costumes e valores sociais, restringir o alcance da regra legal e, desse modo, distinguir situações de companheirismo

---

1 SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. 24. p. 50-51.

daquelas outras de concubinato propriamente dito<sup>2</sup>. Com o advento da Constituição Federal de 1988, e diante da regra expressa constante do art. 226, § 3º, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou no sentido da necessidade de distinguir a companheira da concubina e, assim, reconhecer a validade das disposições testamentárias, das doações e do seguro em favor daquela<sup>3</sup>.

O art. 1.801, inc. III, do Código Civil em vigor corrige o equívoco histórico do Código de 1916, ao se referir, genericamente, ao concubino de testador casado, empregando o gênero masculino que, em matéria redacional, abrange as duas situações: a do concubino de testadora casada e a da concubina de testador casado<sup>4</sup>. Desse modo, é implementado, sob o prisma formal, o princípio da igualdade entre os gêneros (art. 5º, inc. I, da Constituição Federal), além de se prosseguir distinguindo companheiro de concubino. Há, no entanto, uma impropriedade na redação do inciso III, que, no trabalho de interpretação da norma, precisa ser corrigida. Com efeito, se o inciso somente se refere ao concubinato, logicamente que o companheirismo não está abrangido pelo art. 1.801, sendo irrelevante o período de separação de fato da pessoa casada – e que vive em companheirismo – para que possa instituir sua companheira como herdeira testamentária ou legatária<sup>5</sup>.

Assim, a previsão constante do inciso III acerca da separação de fato do testador, à evidência, somente é aplicável aos casos de concubinato fundado em outra razão que não a manutenção formal do casamento. Dessa forma, um pai e uma filha que constituam união fundada na sexualidade são concubinos, considerando a existência de impedimento matrimonial que também se aplica ao companheirismo e, se um deles for casado, poderá testar instituindo o concubino como herdeiro ou legatário, caso esteja separado de fato do cônjuge (sem culpa do testador) por mais de cinco anos<sup>6</sup>. Se não for adotada tal interpretação, haverá claro retrocesso na matéria envolvendo o companheirismo que, desde a construção jurisprudencial na distinção entre concubina e companheira, não mais se insere no rol das hipóteses de falta de legitimidade para suceder do revogado art. 1.719, inc. III, do Código Civil de 1916<sup>7</sup>.

---

2 BARREIRA, Wagner. A Constituição de 1988 e a proibição de a concubina do testador casado ser nomeada herdeira ou legatária. *Revista dos Tribunais*, v. 670, ago. 1994, p. 23-25.

3 RSTJ n. 62, p. 193.

4 No mesmo sentido: GOZZO, Débora, p. 96.

5 Posição diversa é adotada por Débora Gozzo, no sentido de que a disposição contida no inciso III do art. 1.801 do novo Código Civil confirma a previsão constante no § 1º do art. 1.723, embora este se refira aos companheiros, e não aos concubinos (art. 1.727). Caso venha a ser exigido o prazo de cinco anos de separação de fato entre os cônjuges para permitir que aquele que viva em união estável fundada no companheirismo possa testar em favor do companheiro, haverá nítido retrocesso comparativamente ao sistema jurídico anterior.

6 No mesmo sentido: LEITE, Eduardo de Oliveira, p. 114.

7 A respeito de tal ponto, o Projeto de Lei n. 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, procura corrigir o

**Art. 1.816**

Autor: Guilherme Couto de Castro, Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

**ENUNCIADO:** Aplica-se à deserdação a regra prevista no art. 1.816 do Código Civil.

JUSTIFICATIVA (não apresentou.)

**Art. 1.829, I**

Autor: Mário Luiz Delgado Régis, Analista Judiciário da Seção Judiciária da Paraíba, à disposição da Câmara dos Deputados como Assessor Parlamentar

**ENUNCIADO:** O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança se estiveram casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aqüestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência restringe-se a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

## JUSTIFICATIVA

A interpretação do art. 1.829 vem se revelando um dos temas mais controversos de toda a disciplina do Direito das Sucessões. O referido dispositivo inova substancialmente o direito anterior, alterando a ordem de vocação hereditária em benefício do cônjuge sobrevivente, que, mesmo ocupando a terceira classe dos sucessíveis, passa a concorrer, simultânea e alternativamente, na primeira e segunda classes, com os descendentes e ascendentes do *de cujus*, respectivamente<sup>1</sup>.

A concorrência com os descendentes dependerá do regime de bens do casamento. Nesse ponto cabe fazer uma correção preambular. Grande parte da

---

equivoco da redação do inciso III do art. 1.801 do novo Código Civil, propondo a seguinte: "Art. 1.801. (...) inciso III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge". Há, no entanto, outra proposta, no sentido de apenas reduzir de cinco para três anos o prazo de separação de fato constante do inciso III (conforme consta do relatório do Desembargador Federal Mairan Maia, entregue ao Conselho da Justiça Federal, em razão da Comissão formada sobre o novo Código Civil junto àquele órgão).

1 Não havendo descendentes ou ascendentes, o cônjuge sobrevivente herdará a totalidade da herança, pouco importando o regime de bens, ocupando, nesse caso – e sozinho –, a terceira classe dos sucessíveis. É o que estabelece o art. 1.838 do CC/2002. O dispositivo deve ser interpretado em consonância com o art. 1.830. Em outras palavras, o cônjuge supérstite herdará sozinho, se não estava separado judicialmente ou separado de fato há mais de dois anos quando da abertura da sucessão.

doutrina vem sustentando que o novo Código Civil teria vinculado, necessariamente, o direito sucessório do cônjuge sobrevivente ao regime matrimonial de bens pactuado<sup>2</sup>. Não é verdade. O regime de bens só influi no direito de concorrência do cônjuge com os descendentes e nada mais. Os demais direitos sucessórios do cônjuge não possuem qualquer vinculação com o regime de bens. Na concorrência com os ascendentes, por exemplo, pouco importa o regime. O direito real de habitação será conferido ao cônjuge sobrevivente independentemente do regime de bens (art. 1.831).

Nos termos do inciso I do art. 1829, não haverá concorrência com os descendentes se o cônjuge sobrevivente estava casado com o falecido no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória (art. 1.641); ou se, casado no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. Ou seja, a regra é a concorrência, optando o dispositivo por enumerar as exceções. Passemos, agora, à análise pontual de cada uma dessas hipóteses excepcionais.

A primeira exceção à regra geral de concorrência entre cônjuge e descendentes afasta aqueles casados no regime da comunhão universal de bens, por razões óbvias. Como bem posto pelo Professor Miguel Reale, coordenador e supervisor da comissão que se incumbiu da elaboração do anteprojeto de Código Civil, o objetivo da regra de concorrência foi a proteção do cônjuge desprovido de meação: *No que se refere à igualdade dos cônjuges, é preciso atentar ao fato de que houve alteração radical no tocante ao regime de bens, sendo desnecessário recordar que anteriormente prevalecia o regime da comunhão universal, de tal maneira que cada cônjuge era meeiro, não havendo razão alguma para ser herdeiro. Tendo já a metade do patrimônio, ficava excluída a idéia de herança. Mas, desde o momento em que passamos do regime da comunhão universal para o regime parcial de bens com comunhão de aqüestos, a situação mudou **completamente**. Seria injusto que o cônjuge somente participasse daquilo que é produto comum do trabalho, quando outros bens podem vir a integrar o patrimônio e ser objeto de sucessão. Nesse caso, o cônjuge, quando casado no regime da separação parcial de bens (note-se), concorre com os descendentes e com os ascendentes até a quarta parte da herança. De maneira que são duas as razões que justificam esse entendimento: de um lado, uma razão de ordem jurídica, que é a mudança do regime de bens do casamento; e a outra, a absoluta equiparação do homem e da mulher, pois a grande beneficiada com tal dispositivo é, no fundo, mais a mulher do que o homem*<sup>3</sup>.

---

2 Nesse sentido, vide DANELUZZI, Maria Helena Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004. p. 61 e ss.

3 REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil: situação após aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

A segunda exceção à regra geral de concorrência entre cônjuge e descendentes abarca os casados no regime da separação obrigatória de bens. Nesse sentido o dispositivo é expresso, ou seja, inexistente o direito de concorrência do cônjuge com os descendentes quando o regime de bens é o da separação obrigatória, prevista no art 1.641<sup>4</sup> do Código Civil. A *contrariu sensu*, haverá o direito de concorrência quando o casamento estiver submetido ao regime da separação convencional de bens.

Não se confundem os dois regimes de separação. O convencional é aquele eleito pelos cônjuges mediante pacto antenupcial, previsto e disciplinado nos arts. 1.687 e seguintes do Código Civil. O regime da separação obrigatória é aquele imposto por lei para as pessoas que contraírem o matrimônio com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; que forem maiores de sessenta anos; ou que dependerem, para casar, de suprimento judicial (art. 1.641). Essa separação é total e permanente, atingindo inclusive os bens adquiridos na constância do casamento, que não se comunicam, não tendo mais contemporaneidade o disposto na Súmula 377 do STF, que reconhecia comunicarem-se, no regime da separação legal de bens, os adquiridos durante a união. E exatamente por não se admitir qualquer tipo de comunicação patrimonial é que se afasta o direito de concorrência do cônjuge com os descendentes, a fim de evitar qualquer burla à imposição legal<sup>5</sup>.

Em suma, somente estará assegurada a concorrência do cônjuge com os descendentes quando se tratar do regime da separação convencional de bens<sup>6</sup>.

A terceira exceção à regra geral de concorrência entre cônjuge e descendentes abrange os casados no regime da comunhão parcial de bens, quando o falecido não possuía bens particulares. Ou seja, todo o patrimônio do *de cujus* foi adquirido na constância do casamento. E por haver direito do sobrevivente à meação dos aqüestos, os quais se confundem, no caso, com a integralidade da herança, não

---

4 O inciso I do art. 1.829 refere-se ao art. 1.640, parágrafo único, quando a remissão correta seria ao art. n. 1.641. O equívoco está sendo sanado via projeto de lei. (Projeto de Lei n. 6.960/2002).

5 Pelo mesmo motivo é que o art. 977 veda aos cônjuges casados sob tal regime a constituição de sociedade entre si ou com terceiros.

6 Não obstante, em artigo publicado no Jornal *O Estado de São Paulo* no dia 12/4/2003, e também no site [www.miguelreale.com.br](http://www.miguelreale.com.br), o eminente Prof. Miguel Reale manifestou a posição de que também os casados no regime da separação total convencional estariam excluídos da concorrência. Esse entendimento, com a máxima vênua, não merece prosperar, pois vai de encontro aos termos expressos do dispositivo questionado. E o próprio Professor Miguel Reale, como que reconhecendo a insustentabilidade de sua posição, finaliza o referido artigo propondo a alteração legislativa do dispositivo, *in verbis*: *Se, no entanto, apesar da argumentação por mim aqui desenvolvida, ainda persistir a dúvida sobre o inciso I do artigo 1.828, o remédio será emendá-lo, eliminando o adjetivo "obrigatória". Com essa supressão, o cônjuge sobrevivente não teria a qualidade de herdeiro, "se casado com o falecido no regime de comunhão universal, ou no de separação de bens"*. Essa posição do Professor Reale já foi rechaçada por duas decisões recentes do eg. TJSP: AI n. 364.5804/6-00, Rel. Roberto Stucchi, julg. em 4/11/2003, e AI 313.4144/1-00, Rel. Flávio Pinheiro, decisão liminar de efeito suspensivo proferida em 11/9/2004.

haveria razão para assegurar qualquer quinhão ao cônjuge em detrimento dos descendentes. Não existindo bens particulares, caberá ao cônjuge, tão-somente, a meação a que faria jus em decorrência do regime (CC, art. 1.659, I).

A *contrariu sensu*, haverá o direito de concorrência se estavam casados no regime da comunhão parcial e o falecido possuía bens particulares, vale dizer, bens não integrantes do patrimônio comum, formado a partir do casamento. Nessa última hipótese, o cônjuge só concorrerá com os descendentes no que tange aos bens particulares. O quinhão hereditário correspondente à meação será repartido exclusivamente entre os descendentes. Nesse sentido é a doutrina de Eduardo de Oliveira Leite, Giselda Maria Fernandes Hironaka, Rolf Madaleno<sup>7</sup>, Sebastião Amorim & Euclides de Oliveira, Maria Helena Braceiro Daneluzzi e Zeno Veloso. Essa foi a *mens legis*, ou seja, em se tratando do regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge somente será sucessor nos bens particulares. A meação do *de cuius* não fará parte do acervo hereditário do cônjuge supérstite, somente dos descendentes.

Tal posição não é pacífica. Vários autores, entre eles Carlos Roberto Gonçalves<sup>8</sup>, Francisco José Cahali, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inácio Carvalho Neto e Maria Helena Diniz, sustentam que a participação se dará sobre todo o acervo. O argumento central dessa última corrente é o princípio da indivisibilidade da herança. Nesse sentido as lições de Maria Helena Diniz: *Para tanto, o consorte sobrevivente, por força do art. 1.829, I, só poderá ser casado sob o regime de separação convencional de bens ou de comunhão parcial, embora sua participação incida sobre todo o acervo hereditário e não somente nos bens particulares do de cuius.*

Entretanto, a combinação dos diversos processos de interpretação recomenda a prevalência do processo teleológico sobre o sistemático, para cujo alcance serão tomadas em consideração as circunstâncias que rodearam a elaboração do texto, as justificativas do anteprojeto e do projeto de lei e os valores que o dispositivo almejou resguardar, levando-se sempre em conta os pilares da socialidade, eticidade e operabilidade. A partir daí, podemos elencar as seguintes razões ou justificativas que respaldam o nosso entendimento, no sentido de que a concorrência do cônjuge restringe-se aos bens particulares:

a) Se a *ratio essendi* da proteção sucessória do cônjuge foi exatamente privilegiar aqueles desprovidos de meação, a concorrência sobre todo o acervo iria de encontro à própria *mens legis*. O intérprete que assim procede despreza a vontade do legislador, a qual, independentemente da eterna polêmica entre *mens legis* e *mens*

---

7 A intenção da vocação hereditária do viúvo ou da viúva no novo Direito Sucessório brasileiro é a de assegurar uma parcela patrimonial sobre os bens particulares do sucedido, o que só poderá ocorrer no regime da comunhão parcial de bens e no regime convencional da total separação de bens. MADALENO, Rolf. O novo Direito Sucessório brasileiro. Disponível em: <www.gontijo-familia.adv.br>. Acesso em: 27 set. 2004.

8 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 93.

*legislatoris*, sempre constituirá critério válido para se penetrar no sentido e alcance de qualquer norma jurídica. Por outro lado, ao se privilegiar quem já era detentor de meação em detrimento das gerações futuras do autor da herança, representadas pelos seus descendentes, deixa-se de atender ao princípio da socialidade;

b) Assegurar a concorrência sobre a totalidade da herança de acordo com a existência ou não de bens particulares pode dar ensejo a fraudes, como na hipótese em que o cônjuge moribundo recebe doação de um determinado bem (art. 1659, I) feita por suposto amigo, na verdade amante de sua esposa, com o único objetivo de assegurar a concorrência desta sobre os bens integrantes da meação do marido. Admitir tal possibilidade implicaria violação ao princípio da eticidade;

c) A interpretação de que a existência de qualquer bem particular assegura o direito de concorrência ao acervo total retira do dispositivo todo sentido prático. Afinal de contas, que pessoa conhecemos não possuiria sequer um único bem particular, ainda que sejam aqueles de uso pessoal (art. 1.659, V)? Partindo do pressuposto de que não se poderia condicionar a natureza jurídica de bens particulares ao valor deles, podemos concluir que os trapos usados pelo mendigo são bens particulares tanto quanto o vestido Chanel da rica senhora. Sendo assim, o dispositivo constituiria letra morta, pois os casados sob o regime da comunhão parcial concorreriam com os descendentes em qualquer situação. Ora, tal interpretação também vulnera o princípio da operabilidade;

d) O princípio da unidade da herança não pode ser visto como dogma, nem o seu rompimento pelo disposto na parte final do inciso I do art. 1.829 implica qualquer prejuízo ao sistema. Trata-se (o inc. I) de exceção ao princípio da unidade, à semelhança do que existe em diversos outros ordenamentos jurídicos, como o argentino, o qual, nesse ponto, foi mais claro que o nosso Código Civil (vide arts. 3.571 e 3.576). Afirma Eduardo Zannoni que, *quando o cônjuge supérstite concorre com os descendentes, rompe-se o princípio da unidade da herança e, como prevê o art. 3.576, não terá parte alguma na divisão dos bens gananciais, que corresponde ao cônjuge falecido (...). E exemplifica: Se distinguen dos masas de bienes: los propios del causante (B.P), (art. 1.271), a cuya adquisición concurren por cabeza el cónyuge supérstite (Cs) y los hijos legítimos A, B y D (art. 3.570). Sobre los bienes gananciales (B.G.), al cónyuge supérstite se le liquida la mitad en las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal disuelta (art. 1.315) y la outra mitad integra el acervo sucesorio al cual concurren solo los hijos legítimos, quedando excluido el cónyuge supérstite (art. 3.576)* (Manual de derecho de las sucesiones, cit., p. 471)<sup>9</sup>.

Em suma, o cônjuge sobrevivente só concorrerá com os descendentes: quando estavam casados no regime da separação convencional; quando casados no

---

9 ZANONI, Eduardo. *Manual de Derecho de las Sucesiones*, apud DANELUZZI, Maria Helena, op. cit., p. 178.

regime da comunhão parcial e o falecido possuía bens particulares; quando casados no regime da participação final dos aqüestos. Nas duas últimas hipóteses, ou seja, no regime da participação final dos aqüestos ou da comunhão parcial de bens, o cônjuge só concorrerá com os descendentes no que tange aos bens particulares. O quinhão hereditário correspondente à meação será repartido exclusivamente entre os descendentes.

### **Art. 1.829, I**

Autora: Nilza Maria Costa dos Reis, Juíza Federal da Seção Judiciária da Bahia

**ENUNCIADO:** O cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens concorre com os descendentes do outro na sucessão legítima apenas com relação aos bens particulares que este deixou, afastando-se da herança, nesse caso, os bens que integravam a sua meação.

### JUSTIFICATIVA

A redação do preceito insculpido no art. 1.829, I, do novo Código Civil tem dado margem a interpretações diversas acerca do direito sucessório do cônjuge quando concorre com a primeira classe legalmente convocada – os descendentes. Isso porque o aludido dispositivo somente autoriza essa concorrência quando o regime de casamento do cônjuge sobrevivente com o *de cuius* não é o da comunhão universal de bens, ou o da separação obrigatória (art. 1.641, CC) ou, ainda, se casados pela comunhão parcial, o falecido deixou bens particulares.

Ocorre que, na última hipótese – comunhão parcial de bens com bens particulares do falecido –, o legislador não estabeleceu o real alcance da herança pertinente ao cônjuge supérstite. Enfrentando a matéria, os doutrinadores sustentam que o regime da comunhão universal de bens exclui a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido, porque aquele titulariza a sua meação. Mas quando analisam a questão relativa ao regime da comunhão parcial, alguns parecem olvidar a meação e utilizam fundamentos diversos para justificar a incidência da cota sucessória do cônjuge supérstite sobre todo o patrimônio deixado pelo *de cuius*, alcançando, assim, os bens particulares e os que integravam a sua meação.

Nessa linha de entendimento, podemos referir a posição adotada por Maria Helena Diniz. Sustenta a autora haver a concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido, *desde que, pelo regime matrimonial de bens, o falecido possuía patrimônio particular. Para tanto, o consorte sobrevivente, por força do art. 1.829, I, só poderá ser casado sob o regime da separação convencional de bens, de participação final nos*

*aquestos ou de comunhão parcial, embora sua participação incida sobre todo o acervo hereditário e não somente nos bens particulares.* Logo em seguida, todavia, sustenta que o cônjuge *concorre em igualdade de condições com os descendentes do falecido, exceto se já tiver direito à meação em face do regime matrimonial de bens*<sup>1</sup>, o que sempre ocorrerá no regime da comunhão parcial.

Entendemos, contudo, que a menção à existência de bens particulares do *de cujus* no inciso I do art. 1.829 do CC não pode funcionar tão-somente como requisito exigido para a incidência do direito sucessório concorrente do cônjuge sobrevivente. Aliando-se às condições referidas no art. 1.830, o direito sucessório legalmente outorgado a ele, naquele dispositivo, há de absorver também o objeto da herança que deverá arrecadar. Sendo assim, não vislumbramos razoabilidade na incidência da herança concorrente do cônjuge sobre todo o patrimônio deixado pelo falecido para alcançar os bens particulares e aqueles que integraram a sua meação, pois, em muitos dispositivos, o novo Código evidencia que, conquanto o cônjuge tenha passado à condição de herdeiro necessário, seu direito sucessório não pode ser identificado com o direito sucessório dos descendentes. Estes integram, indubitavelmente, a primeira classe convocada à sucessão, razão que, conjugada a outros fundamentos, justifica as restrições legalmente fixadas para o ingresso concorrente do cônjuge sobrevivente.

Com essas considerações, acreditamos ser necessário um posicionamento sobre a matéria, daí por que formulamos o enunciado antes transcrito, o qual consolida o entendimento de que a herança legalmente deferida, em concorrência com os descendentes, ao cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens restringe-se aos bens particulares deixados pelo falecido, porque, à semelhança do regime da comunhão universal, já titulariza a meação, sem prejuízo do direito real de habitação que possa subjetivar, nos termos do art. 1.831 do Código Civil.

### **Art. 1.830**

Autor: Mário Luiz Delgado Régis, Analista Judiciário da Seção Judiciária da Paraíba, à disposição da Câmara dos Deputados como Assessor Parlamentar

**ENUNCIADO:** Nos termos do art. 1.830, não pode o cônjuge sobrevivente, separado de fato há mais de dois anos, invocar a culpa do *de cujus* para fins de manutenção de seus direitos sucessórios à herança daquele, salvo se o fato culposo tiver sido alegado e provado em data anterior à abertura da sucessão.

---

1 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6. p. 112-113.

## JUSTIFICATIVA

O art. 1.830 estabelece que, mesmo nos casos de separação de fato há mais de dois anos, o cônjuge sobrevivente poderá ser chamado à sucessão, desde que prove não ter tido culpa na separação.

Entretanto, essa não-legitimação<sup>1</sup> do cônjuge separado de fato, por importar questão de alta indagação, não poderá ser decidida nos próprios autos do inventário.

Caso qualquer dos herdeiros legitimamente interessados<sup>2</sup> no afastamento do cônjuge contraponha-se à habilitação do supérstite, imputando-lhe o fato de estar separado de fato há mais de dois anos, deve o juiz remeter a questão às vias ordinárias, abrindo-se ao cônjuge a oportunidade de comprovar que: não estava separado, o lapso temporal de separação é inferior a dois anos, não deu causa à separação<sup>3</sup>.

Na última hipótese, parece razoável sustentar a impossibilidade de o cônjuge sobrevivente invocar a culpa<sup>4</sup> do *de cuius*, salvo se tal fato tiver sido alegado e provado em data anterior à abertura da sucessão. É o caso, por exemplo, em que um dos cônjuges propõe contra o outro ação de separação judicial com fundamento no adultério deste e ainda obtém medida cautelar de separação de corpos, determinando o afastamento compulsório do suposto adúltero do lar conjugal e, no curso desse processo, passados mais de dois anos do cumprimento da medida cautelar de separação de corpos, o cônjuge a quem foi imputado o adultério vem a falecer.

---

1 Não se trata de exclusão, pois o cônjuge separado de fato há mais de dois anos herdeiro não é. Não tem legitimidade para suceder, podendo ou não adquiri-la, a depender de prova da culpa pela separação.

2 À semelhança do que ocorre na ação de exclusão de herdeiro indigno (**interpretação sistemática**), apenas os legitimamente interessados na exclusão do cônjuge, ou seja, os que herdarão ou terão acrescidos os seus quinhões na hipótese de afastamento daquele, são partes legítimas para postular a declaração de não-legitimação do supérstite. Excepcionalmente deve ser admitido pedido de afastamento formulado pelo Ministério Público, sempre que o cônjuge estiver concorrendo com filhos menores do autor da herança, em face do interesse evidente de incapazes (CPC, art. 82). Aos herdeiros basta comprovar a situação fática da separação e o lapso de tempo decorrido. Nesse sentido o art. 1.830 é expreso. Caberá ao cônjuge sobrevivente provar a culpa do falecido.

3 A situação é similar no Direito argentino, embora, ali, divirja a doutrina quanto ao ônus da prova da culpa. A questão é solucionada no projeto de reforma, consoante destaca Graciela Medina: *En el sistema vigente el problema reside en determinar quien debe probar la culpabilidad del cónyuge supérstite a fin de lograr la exclusión hereditaria conyugal. Un sector de la doctrina entiende que deben hacerlo los herederos que pretenden excluir al viudo, y otros en cambio consideran que a los herederos les basta demostrar la situación objetiva de la separación y que el sobreviviente para conservar su vocación debe probar su inocencia. La comisión propone que pierde el derecho hereditario el culpable solamente y como la presunción de inocencia es un principio básico del ordenamiento jurídico, paralelo al de la presunción de la buena fe, quien afirma la culpabilidad tiene que probarlo.* MEDINA, Graciela. *Reforma al Código Civil argentino en materia sucesoria*. Disponível em: <<http://www.eldial.com/doctri/notas/Nt990827.html>>. Acesso em: 28/9/2004.

4 O vocábulo foi empregado em sentido lato, de culpa *stricto sensu* ou dolo. Inclui qualquer ato ou omissão que importe violação grave dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum, a exemplo de todas as hipóteses previstas no art. 1.573 e seus incisos. Mas se a convivência se tornara impossível em razão de o falecido não mais nutrir amor ao cônjuge, não cabe alegação de culpa.

Se as provas do adultério já tiverem sido produzidas e contraditadas pelo réu, ainda que a ação de separação judicial não possa prosseguir, em face do óbito daquele, devendo ser extinta, as provas ali colhidas, quando ainda vivo o autor da herança, poderão ser tomadas por empréstimo e utilizadas em outro processo, em que se discuta a manutenção ou não do direito sucessório do cônjuge inocente.

Ainda que não houvesse sido proferida sentença na ação de separação sobre a existência ou não do adultério, se o feito já estava instruído, essa instrução pode e deve ser aproveitada na ação em que se discutirá a não-legitimação do herdeiro separado de fato. Com base nessas provas é que o juiz vai pronunciar-se sobre a veracidade ou não do motivo que ensejou a separação, podendo, inclusive, decidir pela culpa do cônjuge que, injustamente, teria imputado ao outro um adultério inexistente, impondo seu afastamento compulsório do lar conjugal.

Portanto, competiria ao cônjuge que pretendesse alegar inocência, nos casos de separação de fato, haver requerido, quando ainda vivo o suposto culpado, qualquer medida judicial apta a comprovar a causa da impossibilidade da continuidade da vida em comum<sup>5</sup>.

Nas hipóteses em que a separação de fato decorreu de fato penal típico (lesão corporal, sevícias graves, injúria etc.), a condenação criminal também produziria o mesmo efeito comprobatório da culpa do autor da herança e, ainda que não proferida a sentença, as provas ali produzidas e contraditadas poderão ser aproveitadas.

O mesmo se diga da sentença que julgar procedente ação de reparação civil proposta por um cônjuge contra o outro. O que não se pode admitir é que a questão da culpa só venha a ser alegada depois de aberta a sucessão, quando o *de cuius* já não terá oportunidade de defesa.

### **Art. 1.831**

Autor: Mário Luiz Delgado Régis, Analista Judiciário da Seção Judiciária da Paraíba, à disposição da Câmara dos Deputados como Assessor Parlamentar

**ENUNCIADO:** Pode o cônjuge herdeiro renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança.

---

5 Entretanto, se o casal promoveu a separação de corpos consensual – pois à época estava impedido de promover a separação consensual pela pendência do período de provação –, e passados mais de dois anos daquela medida sem que tenham promovido a dissolução judicial do **vínculo**, quando um dos dois vem a falecer o sobrevivente não poderá alegar que a separação se deu sem culpa sua. A ausência de culpa do sobrevivente, a que se refere a parte final do art. 1.830, pressupõe a existência de culpa do falecido. O fato de ambos haverem promovido a separação consensual impede seja resgatada a discussão a respeito.

## JUSTIFICATIVA

O art. 1.831 confere ao cônjuge o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, qualquer que seja o regime de bens. Pelo Código Civil de 1916, o direito real de habitação só era concedido se o cônjuge sobrevivente tivesse sido casado sob o regime da comunhão universal, e desde que continuasse viúvo, ou seja, não convolasse para novas núpcias.

A questão que pretendemos submeter à discussão dessa III Jornada diz respeito à possibilidade de renúncia, pelo cônjuge, apenas ao direito real de habitação, recebendo a herança, ou, inversamente, apenas à herança, mas fazendo subsistir o direito real de habitação, por serem efeitos sucessórios de origem distinta. Ou se tal renúncia **parcial** não seria possível, por vulnerar o princípio da indivisibilidade da renúncia.

Realmente, o art. 1.808, *caput*, é expresso ao dispor: *Art. 1.808. Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo.*

A regra geral é a da indivisibilidade tanto da aceitação da herança como da renúncia a ela: *A aceitação e a renúncia têm de ser pura e simples (...). O herdeiro **ou pega ou larga**, ou diz sim ou diz não. Não se pode aceitar ou repudiar apenas a metade ou um terço da herança. Ou se aceita a herança toda, ou não se aceita*<sup>1</sup>. Da mesma forma, também não pode dizer que aceita a herança, dela excluído determinado bem, nem que renuncia ao seu quinhão, à exceção de determinado direito real ou obrigacional.

Todavia, quanto ao direito real de habitação, não há falar, propriamente, em direito integrante do acervo hereditário. O art. 1.831 confere ao cônjuge o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, **sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança**, qualquer que seja o regime de bens. Ou seja, o cônjuge fará jus ao direito real de habitação, ainda que não tenha participação alguma na herança, inclusive por haver a ela renunciado. Mesmo renunciando à herança, permanece como titular do direito real de habitação, cujos fundamentos devem ser buscados não apenas na seara dos direitos hereditários, mas no direito constitucional à moradia.

Nada impede, por outro lado, que o cônjuge herdeiro venha a renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança. Como também poderia deixar de exercê-lo,

---

1 VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*; FIÚZA, Ricardo (Coord.). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

recusando-se, *exempli gratia*, a habitar o imóvel. Tratando-se de benefício instituído exclusivamente a favor do cônjuge supérstite, não haveria sentido em condicionar seu repúdio ao repúdio de toda a herança.

### **Art. 1.832**

Autor: Mário Luiz Delgado Régis, Analista Judiciário da Seção Judiciária da Paraíba, à disposição da Câmara dos Deputados como Assessor Parlamentar

**ENUNCIADO:** O art. 1.832 só assegura ao cônjuge supérstite, na concorrência com os descendentes, o direito à quota mínima de uma quarta parte da herança quando for ascendente de todos os descendentes com os quais concorrer. Concorrendo com filhos comuns e filhos exclusivos do *de cuius*, o cônjuge sobrevivente não fará jus à quarta parte da herança.

### JUSTIFICATIVA

De acordo com o disposto no inciso I do art. 1.829, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes, dependendo do regime de bens do casamento. Nessa hipótese, e se os descendentes forem comuns, ou seja, descendentes do falecido e do sobrevivente, simultaneamente, a quota do cônjuge supérstite não poderá ser inferior à quarta parte da herança. É o que estabelece o art. 1.832 do Código Civil vigente.

Assim, se o falecido deixou até três filhos, o sobrevivente e cada um dos filhos receberá 25% da herança. Mas se o *de cuius* possuir quatro filhos ou mais, o cônjuge sobrevivente receberá quinhão maior, uma vez que o Código lhe assegurou um quarto da herança, cabendo aos descendentes o restante.

Se os descendentes não forem comuns, como no caso em que o falecido tinha filhos de casamento anterior, o cônjuge sobrevivente não fará jus à quarta parte da herança.

O problema que vem suscitando apaixonados debates no seio doutrinário refere-se à hipótese de filiação híbrida, em que o cônjuge concorre simultaneamente com filhos comuns e filhos exclusivos do autor da herança. Atualmente três correntes antagônicas se digladiam.

Grande parte da doutrina tem entendido que não assistirá ao cônjuge o direito ao benefício se existirem, concomitantemente, descendentes comuns e unilaterais. O Código só assegura ao cônjuge o direito à quota mínima quando for ascendente de todos os herdeiros descendentes do falecido. Nesse sentido: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inácio de Carvalho Neto, Maria Helena Diniz, Rolf

Madaleno, Sebastião Amorim & Euclides de Oliveira e Zeno Veloso. Essa seria a primeira corrente, à qual nos filiamos.

Em sentido contrário, entendendo que a reserva em favor do cônjuge deve ser assegurada também na hipótese de filiação híbrida, considerando-se todos os filhos como se fossem comuns, Francisco José Cahali, Giselda Hironaka e Sílvio Venosa.

Há ainda uma terceira corrente, segundo a qual a questão se resolveria por meio de uma proporção matemática, capitaneada, entre outros, por Eduardo de Oliveira Leite e Flávio Monteiro de Barros.

Em defesa da segunda corrente, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka sustenta que todos os descendentes deveriam ser tratados como comuns, para fins de reserva da quarta parte da herança ao cônjuge. Segundo a eminente Professora, *a maneira que escolheu o legislador para redigir o art. 1.832 não deixa qualquer dúvida acerca da intenção de se dar tratamento preferencial ao cônjuge sobrevivente (...). Se este foi o espírito que norteou a concreção legislativa no novo Código Civil – e trata-se de uma formulação bastante elogiável –, entendo que ele deva ser preservado, ainda quando se instale, na vida real, a hipótese híbrida antes considerada, de chamamento de descendentes a herdar, de ambos os grupos, isto é, de descendentes que também o sejam do cônjuge concorrente, e de descendentes exclusivos do autor da herança. Qualquer solução que pretenda deitar por terra essa postura diferencial consagrada pelo legislador deveria estar consignada em lei, ela também, exatamente para evitar a variada gama de soluções que terão que ser, obrigatoriamente, organizadas pelo aplicador e pelo hermeneuta, formulando paradigmas jurisprudenciais que não guardem qualquer correlação com aquele espírito do legislador, claramente registrado no artigo em comento (1.832)*<sup>1</sup>.

Para Flávio Augusto Monteiro de Barros, em defesa da terceira corrente, não obstante a omissão do Código, a reserva da quarta parte far-se-á pelas regras de proporção matemática, considerando-se a filiação híbrida, da forma seguinte: a) *divide-se a herança pela soma dos herdeiros, isto é, pelo total de filhos do cônjuge; b) subtrai-se da herança a parte dos filhos incomuns; c) apura-se  $\frac{1}{4}$  sobre a herança, sem a parte dos filhos incomuns, encontrando, desse modo, o quinhão do cônjuge; d) subtrai-se da herança a parte do cônjuge, dividindo o resultado pelo número de filhos*<sup>2</sup>. E exemplifica: *Suponha-se que o sujeito tenha morrido, deixando o cônjuge e uma herança de R\$ 1.200,00, além de quatro filhos comuns e um filho incomum. O cálculo deve ser feito da seguinte forma: a) divide-se a herança de R\$ 1.200,00 por 6, totalizando a importância de R\$ 200,00; b) retira-se da herança a parte do filho incomum, restando a importância*

---

1 HIRONAKA, Giselda Maria F. N. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20. p. 226.

2 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de Direito Civil: família e sucessões*. São Paulo: Método, 2004. v. 4. p. 208-209.

de R\$ 1.000,00; c) apura-se a parte do cônjuge, que corresponde a  $\frac{1}{4}$  da herança, sem a parte do filho incomum, vale dizer,  $\frac{1}{4}$  sobre R\$ 1.000,00, totalizando-se a importância de R\$ 250,00. Assim, este é o valor que o cônjuge herdará; d) subtraia-se da herança a parte do cônjuge, dividindo o resultado entre os filhos, ou seja, R\$ 1.200,00 – R\$ 250,00 = R\$ 950,00. Dividindo-se esta importância por cinco, isto é, pelo número de filhos, apura-se R\$ 190,00, que é o quinhão correspondente a cada filho<sup>3</sup>.

Das três alternativas expostas, a única que atende à *mens legis* é aquela que somente assegura a reserva da quarta parte quando todos os descendentes forem comuns, pois: a) essa foi a intenção do legislador – beneficiar o cônjuge, mas sem prejudicar tanto os filhos; b) a regra da proporcionalidade não atende ao princípio da operabilidade e viola o princípio da isonomia; c) assegurar a reserva na filiação híbrida prejudicará os filhos que não herdarão do cônjuge e, no fim, viola também a igualdade, pois os filhos comuns terminarão herdando parte dos bens que ficaram reservados ao sobrevivente, herdando, assim, mais que os outros irmãos.

#### **Art. 1.844**

Autor: Mário Luiz Delgado Régis, Analista Judiciário da Seção Judiciária da Paraíba, à disposição da Câmara dos Deputados como Assessor Parlamentar

**ENUNCIADO:** O art. 1.844 refere-se ao companheiro sucessível, dentro das condições estabelecidas no art. 1.790, *caput*. Não estando o companheiro apto a suceder, como nas hipóteses em que todo o acervo hereditário é composto de bens adquiridos anteriormente ao início da união estável, a herança será devolvida ao município, ao Distrito Federal ou à União.

#### JUSTIFICATIVA

O art. 1.844 trata da chamada “herança vacante”, estabelecendo, *in verbis*: *Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado à herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.*

O dispositivo repete a regra anteriormente constante do art. 1.619 do CC/1916. A única novidade foi a referência ao companheiro, harmonizando o art. 1.844 com o estatuído no art. 1.790.

---

3 Idem.

A controvérsia ora instaurada na doutrina diz respeito exatamente à hipótese em que o companheiro é o único herdeiro sobrevivente, sendo a herança composta por bens particulares do *de cuius*.

Se o companheiro sobrevivente só participa da sucessão no tocante aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, nos exatos termos do art. 1.790, indaga-se se a herança, quando integrada exclusivamente por bens particulares, passaria ao companheiro ou seria devolvida ao município, ao Distrito Federal ou à União, tal como previsto no art. 1.844.

Alguns autores sustentam existir contradição entre os dois dispositivos (1.790 e 1.844), sob o argumento de que o art. 1.844 estaria se referindo à herança como o “todo unitário” de que trata o art. 1.791, a qual somente poderia ser considerada vacante quando não houvessem sobrevivido quaisquer herdeiros, aí incluído o companheiro.

Existindo companheiro sobrevivente, os bens do *de cuius*, ainda que anteriores à união estável, seriam herdados pelo convivente supérstite, não havendo falar em herança vacante. Nesse sentido é o magistério de Maria Helena Diniz: *Se o Município, o Distrito Federal ou a União só e sucessor irregular de pessoa que falece sem deixar herdeiro, como se poderia admitir que receba parte do acervo hereditário concorrendo com herdeiro sui generis ou sucessor regular que, no artigo sub examine, seria o companheiro? Na herança vacante configura-se uma situação de fato em que ocorre a abertura da sucessão, porém não existe quem se intitule herdeiro. Por não existir herdeiro e que o Poder Público entra como sucessor. Se houver herdeiro, afasta-se o Poder Público da condição de beneficiário dos bens do de cuius, na qualidade de sucessor irregular. Daí o nosso entendimento de que, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro receberá a totalidade da herança, no que atina aos adquiridos onerosa e gratuitamente antes ou durante a união estável, recebendo, inclusive, bens particulares do de cuius, que não irão ao Município, Distrito Federal ou a União, por força do disposto no art. 1.844, 1ª parte, do Código Civil, que é uma norma especial. Isto seria mais justo, pois seria inadmissível a exclusão do companheiro sobrevivente, que possuía laços de afetividade com o de cuius, do direito a totalidade da herança, dando prevalência à entidade pública. Se assim não fosse, instaurar-se-ia no sistema jurídico uma lacuna axiológica. Aplicando-se o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, procura-se a solução mais justa, amparando o companheiro sobrevivente<sup>1</sup>.*

Entretanto, a contradição apontada é apenas aparente. Na verdade, o art. 1.844 refere-se ao companheiro sucessível, dentro das condições estabelecidas no art. 1.790, *caput*, e assegura-lhe o direito sucessório apenas no tocante aos bens adquiridos

---

1 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6. p. 133-134.

onerosamente na constância da relação estável. Ou seja, se o companheiro não estiver apto a suceder, como nas hipóteses em que todo o acervo hereditário é composto de bens adquiridos anteriormente ao início da união estável, a herança será devolvida ao município, ao Distrito Federal ou à União.

Ao fazer alusão à **herança** do companheiro, a norma contempla a herança possível do companheiro, no caso, restrita aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

### **Art. 1.845**

Autor: Francisco José Cahali, Professor e Advogado

**ENUNCIADO:** O companheiro sobrevivente na união estável não é herdeiro necessário.

### JUSTIFICATIVA

A questão já despertou na doutrina aprofundado debate com bons argumentos em favor de uma ou outra corrente. Para nossa conclusão, levamos em conta, dentre outros, o fato de que o novo Código Civil marcou a diferença de tratamento, na seara sucessória, entre o casamento e a união estável<sup>1</sup>. E, ao relacionar os herdeiros necessários no art. 1.845, foi claro o legislador em não contemplar o companheiro ou companheira sobrevivente, em coerência, inclusive, com outros dispositivos relacionados à legítima (*v.g.*, arts. 544 e 2.003).

Daí a nossa conclusão no sentido de considerar o companheiro sobrevivente na união estável um **herdeiro facultativo**, e, como tal, passível de ser excluído da herança por disposição testamentária.

### **Art. 1.860**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** Os menores com idade inferior a dezesseis anos, se emancipados por decisão judicial, têm aptidão para testar.

---

1 CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda. *Curso avançado de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

## JUSTIFICATIVA

O novo Código Civil dá à capacidade testamentária relacionada aos menores tratamento diverso daquele dispensado à capacidade em geral. Seguindo a mesma linha de tratamento jurídico dado à matéria pelo Código Civil de 1916, e após referir-se à incapacidade testamentária dos incapazes para os atos do cenário jurídico em geral na previsão contida no *caput* do art. 1.860, excepciona tal regra ao prever, no parágrafo único, que os maiores de dezesseis anos podem testar – ou seja, têm capacidade testamentária ativa<sup>1</sup>.

A respeito do tema, verifica-se que a mera distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato não é suficiente para fundamentar a incapacidade ativa testamentária dos menores de dezesseis anos e, simultaneamente, a capacidade testamentária ativa dos maiores de dezesseis anos. Apesar de algumas críticas doutrinárias relativas à posição adotada pelo legislador acerca do tema<sup>2</sup>, acentua-se que o tratamento normativo sobre a capacidade testamentária ativa do menor com idade mínima de dezesseis anos atualmente encontra seu fundamento de validade na Constituição Federal. Tal afirmativa decorre especialmente do reconhecimento do adolescente – entre dezesseis e dezoito anos – como sujeito de direitos fundamentais e individuais e, assim, dotado de autonomia de vontade que venha a ser protegida e promovida na seara testamentária de maneira a concretizar sua dignidade e a igualdade material comparativamente aos maiores de dezoito anos, quando não existir elemento de *discrimen* razoável que enseje outro tipo de tratamento jurídico. Na atualidade, considerando as inúmeras transformações culturais, sociais e mesmo tecnológicas, reconhece-se que as novas gerações têm adquirido grau de discernimento e responsabilidade em tempo muito menor do que antigamente acontecia, o que inclusive tem gerado alterações normativas como, por exemplo, no campo do direito ao voto, expressamente reconhecido aos maiores de dezesseis anos (art. 14, § 1º, inc. II, c, da Constituição Federal de 1988). Assim, logicamente, não poderia o novo Código Civil retroceder e aumentar a idade da pessoa para fins de ser

---

1 A esse respeito, é oportuna a lição de Sílvia Rodrigues para justificar a capacidade dos menores com dezesseis anos para testar: *A razão dessa maior tolerância se encontra em que, devendo o testamento produzir efeito após a morte do testador, tal ato, em rigor, não lhe pode resultar prejudicial, não havendo, portanto, razão para incidir a regra sobre incapacidade, cujo sentido protetivo constitui a sua única justificativa.* (RODRIGUES, Sílvia. *Direito Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 99).

2 Eduardo de Oliveira Leite apresenta crítica bem fundamentada acerca da capacidade testamentária ativa do menor com mais de dezesseis anos de idade, sustentando que o melhor seria aumentar a idade para fins de reconhecimento de capacidade sucessória. Sílvia de Salvo Venosa alerta para a falta de interesse prático de tal regra, diante da pouca (ou nenhuma) possibilidade de sua aplicação concreta em casos de menores com idade superior a dezesseis anos.

considerada capaz de testar<sup>3</sup>. Caso o fizesse, poderia violar a Constituição Federal, que se encontra no topo da pirâmide normativa.

É óbvio que não basta ter idade mínima de dezesseis anos para poder testar, já que poderá existir alguma outra causa de incapacidade testamentária ativa – não relacionada à idade – que, logicamente, não permitirá o reconhecimento da validade do testamento. Assim, a pessoa com dezessete anos de idade, mas que careça de discernimento suficiente para compreender o ato que está praticando, devido a doença mental, por exemplo, não terá capacidade testamentária ativa.

Os menores de dezesseis anos, diante da absoluta incapacidade civil, não têm aptidão para fazer testamento. Há, contudo, uma ressalva a ser considerada em relação ao menor de dezesseis anos emancipado, como no caso de casamento contraído com autorização judicial. A despeito de não haver ainda atingido a idade de dezesseis anos, a capacidade plena foi alcançada diante da emancipação e, desse modo, deve ser considerada a regra implícita do *caput* do art. 1.860 do novo Código Civil, segundo a qual as pessoas capazes (de fato) podem testar<sup>4</sup>. Eventual interpretação contrária, no sentido da incapacidade testamentária ativa do emancipado com idade inferior a dezesseis anos, violaria princípios e valores constitucionais, entre os quais, a dignidade da pessoa humana, a igualdade material e a justiça social.

### **Art. 1.951 e ss.**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** O prazo previsto no art. 1.800, § 4º, do Código Civil não se dirige à substituição fideicomissária.

### JUSTIFICATIVA

Diante da disciplina do novo Código Civil a respeito da limitação do fideicomisso em favor dos não-concebidos ao tempo da morte do testador, surge a questão envolvendo a ocorrência do evento previsto no testamento (morte do fiduciário, advento do termo ou implemento da condição) sem que até esse momento tenha

---

3 Com propriedade, Zeno Veloso defende a capacidade testamentária ativa aos dezesseis anos, valendo-se da doutrina de San Tiago Dantas acerca das diferenças quanto à intenção da pessoa na feitura de um testamento e da mesma pessoa no exercício e disposição de direitos em vida, servindo-se, ainda, de fontes históricas – como as Ordenações Filipinas – para justificar a razão de a idade ser menor para fins de capacidade testamentária ativa.

4 Há posição doutrinária contrária àquela constante do texto: VENOSA, Sílvio de Salvo, *op. cit.*, p. 280.

advindo filho da pessoa indicada pelo testador, ou seja, do fideicomissário (já que ainda não houve a concepção). Caio Mário sustenta a aplicação da regra contida no art. 1.800 do novo Código Civil, inclusive quanto ao prazo de dois anos (§ 4º, art. 1.800), a ser contado desde a verificação do evento que resolveu o direito do fiduciário (e não da abertura da sucessão)<sup>1</sup>. De acordo com tal solução doutrinária, a concepção do filho da pessoa designada no testamento deveria ocorrer dentro do prazo de dois anos, a contar da morte do fiduciário, advento do termo ou implemento da condição indicada no testamento para que houvesse a ultimação do fideicomisso com a aquisição da herança ou do legado pelo fideicomissário que foi concebido e nasceu depois da resolução do direito do fiduciário. Com efeito, não há como prevalecer tal orientação; se adotada, criará novo sistema para a situação de fato aventada.

A hipótese tratada no art. 1.800 do novo Código Civil é especificamente dirigida aos casos de designação de filho eventual de pessoa existente à época da abertura da sucessão, e revela-se como a outra modalidade de benefício testamentário instituído em favor de pessoa inexistente à época do falecimento do testador que não por intermédio do fideicomisso<sup>2</sup>. Assim, devem ser consideradas as duas hipóteses de maneira separada, não sendo possível transportar para o campo do fideicomisso a disciplina normativa a respeito de benefício sucessório sem o emprego do instituto da substituição fideicomissária. O processo de integração analógica não comporta aplicação ao tema sob exame, diante das várias e importantes diferenças entre os preceitos dos arts. 1.800 e 1.951 e seguintes, todos do novo Código Civil.

A solução para a questão prática que pode surgir é reconhecer a incapacidade testamentária passiva do filho eventual de pessoa indicada pelo testador, especialmente em razão de sua capacidade ocorrer no momento do fato idôneo à transmissão da herança ou do legado ao fideicomissário<sup>3</sup>. Assim, caso não tenha ocorrido a concepção do fideicomissário até o momento da resolução do direito do fiduciário, é de se reconhecer a caducidade do fideicomisso, consolidando-se a propriedade no fiduciário (nas hipóteses de termo ou condição) ou nos seus herdeiros (no caso de morte do fiduciário). A única hipótese em que não haveria caducidade do fideicomisso seria a da expressa previsão testamentária a respeito de um prazo de espera para a concepção do fideicomissário, mesmo após ter-se operado a resolução do direito do fiduciário.

---

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva, p. 301.

2 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003 p. 63. Giselda Hironaka, ao comentar o disposto no art. 1.800 do novo Código Civil, anota que a hipótese contemplada no dispositivo não é de instituição de fideicomisso (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.) *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20. p. 101).

3 No mesmo sentido do texto: DINIZ, Maria Helena, p. 291.

**Art. 1.952**

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal Convocado, 5ª Turma – Tribunal Regional Federal/2ª Região

**ENUNCIADO:** O fideicomisso, no sistema do Código Civil em vigor, somente pode ser instituído em favor dos não-concebidos ao tempo da feitura do testamento.

## JUSTIFICATIVA

No passado, Itabaiana de Oliveira sustentou, à luz do Código Civil de 1916 – em especial no disposto no art. 1.718 – que, *por meio do fideicomisso, pode o testador instituir a prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se à sucessão*<sup>1</sup>. Assim, de maneira implícita, o mencionado autor não admitia outra possibilidade de instituição da prole eventual de pessoa existente como herdeira testamentária ou legatária, a não ser por intermédio do fideicomisso<sup>2</sup>. Pergunta-se: A norma do art. 1.952 deve ser interpretada como mera explicitação da interpretação doutrinária realizada à luz do Código de 1916, mas sem restringir o fideicomisso apenas aos não-concebidos ao tempo da morte do testador, mantendo a mesma orientação anterior quanto à possibilidade de instituição de fideicomisso em favor de pessoa existente<sup>3</sup>?

Sobre o tema, cumpre fazer rápidas considerações a respeito do Projeto de Código Civil de 1963, fruto do trabalho desenvolvido por Orlando Gomes, especialmente contratado pelo Governo Federal para cuidar das relações de família, propriedade e sucessões<sup>4</sup>. É oportuno, assim, resgatar algumas idéias de Orlando Gomes sobre o fideicomisso, propiciando a realização da investigação científica para a

---

1 OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de, p. 167.

2 Washington de Barros Monteiro também considerava o fideicomisso o instrumento adequado para destinar bens a pessoas incertas ou ainda não existentes. Arnoldo Wald, no entanto, considerava a possibilidade de se destinar herança ou legado a pessoa inexistente na época da abertura da sucessão por meio diverso do fideicomisso, utilizando-se do usufruto (WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das Sucessões*. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 185).

3 Caio Mário da Silva Pereira observa, na linha de pensamento doutrinário pacífico a respeito, que o Código Civil de 1916 concedia ao testador ampla liberdade de escolha do fideicomissário, que poderia ser pessoa existente ao tempo do testamento, nascituro ou filho eventual de pessoa designada pelo testador e existente ao abrir-se a sucessão.

4 Sobre os antecedentes do trabalho da Comissão presidida por Miguel Reale, em especial as fontes históricas utilizadas, remeto o leitor ao artigo de Judith Martins-Costa, intitulado “O novo Código Civil brasileiro: em busca da ética da situação” (In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 88-95).

atividade de interpretação e aplicação das normas jurídicas em matéria de substituição fideicomissária. Depois de apontar algumas críticas de juristas e economistas ao fideicomisso – em especial por contrariar o princípio da livre circulação da riqueza –, Orlando Gomes comentou: *A proibição absoluta é injustificável, devendo ser aceite com limitações, não apenas quanto ao círculo da família e ao primeiro grau, mas também relativamente à hipótese única em que se apresenta como o processo técnico adequado à consecução de resultados dignos de proteção jurídica. Permitido, deveria ser exclusivamente para ensejar a sucessão de pessoa inexistente no momento de sua abertura. (...) Se existem as pessoas às quais deseja o testador beneficiar, o propósito pode alcançar-se com o usufruto, que tem, sob o ponto de vista prático, as mesmas conseqüências. Proibindo-se o fideicomisso em favor de pessoas existentes ao tempo da abertura da sucessão, previnem-se, por outro lado, controvérsias e litígios freqüentes, que costumam surgir na interpretação das cláusulas testamentárias que contêm duplicidade de herdeiros ou legatários*<sup>5</sup>.

É importante observar, ainda, que a própria característica de resolubilidade do direito do fiduciário no que se refere à titularidade da propriedade dos bens objeto do legado, ou do patrimônio herdado, revelou-se um fator de inconveniência da manutenção do fideicomisso com a amplitude que existia na vigência do Código Civil de 1916. Assim, a proposta de Orlando Gomes – no sentido da limitação subjetiva do fideicomisso – recebeu acolhida no novo Código Civil, apresentando novo perfil do instituto, se comparado com o sistema jurídico do Código revogado<sup>6</sup>.

Desse modo, é possível encontrar resposta à questão formulada: na sistemática do novo Código Civil, o fideicomisso é instituição reservada apenas em favor dos não-concebidos ao tempo da feitura do testamento, não podendo mais ser mantido o entendimento anterior – relativo ao Código de 1916 –, no sentido da possibilidade de instituição do fideicomisso em favor de pessoa existente na época do testamento. Tal alteração legislativa, notada a partir da correta interpretação do art. 1.952<sup>7</sup>, demonstra a adequação do instituto aos novos valores jurídicos e constitucionais, com a maior proteção aos interesses coletivos e familiares em detrimento do interesse do testador. Reserva-se o fideicomisso tão-somente para as

---

5 GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 216-217.

6 Caio Mário da Silva Pereira observa que, no Projeto de Código Civil de 1965, o fideicomisso foi concebido com restrição apenas aos descendentes do testador ainda não nascidos ao tempo de sua morte, ou seja, aos netos (especialmente). O texto do novo Código adotou, no entanto, solução mais liberal para abranger não apenas os descendentes do testador, mas também de outras pessoas.

7 Giselda Hironaka, ao comentar o disposto no art. 1952 do novo Código Civil, observa que o preceito limita as opções do testador já que, com a vigência do novo texto codificado, *os fideicomissos só poderão ser instituídos para beneficiar prole eventual de pessoas indicada pelo titular do patrimônio transmissível mortis causa* (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, p. 428).

hipóteses de pessoa futura, sequer concebida à época da feitura do testamento, promovendo-se, assim, a dignidade da futura pessoa humana por intermédio da autonomia privada do testador.

Cumprido ressaltar que o fideicomisso restrito apenas aos não-concebidos à época do testamento na condição de possíveis fideicomissários faz surgir duas alternativas: a) caso não tenha ocorrido a concepção entre a feitura do testamento e a abertura da sucessão, o fideicomisso enseja a transmissão da herança ou do legado, quanto à titularidade na propriedade, ao fiduciário que, assim, somente perderá a propriedade com a sua morte, o implemento da condição ou o advento do termo, dando-se a automática transmissão do legado ou da herança ao fideicomissário (art. 1.952, *caput*); b) caso se verifique a concepção e o nascimento do fideicomissário entre a data do testamento e o momento da abertura da sucessão, a propriedade será adquirida pelo fideicomissário neste último momento, ao passo que o fiduciário terá direito real de usufruto sobre os bens deixados em legado ou sobre a herança (art. 1.952, parágrafo único).

Portanto, no modelo construído sobre o fideicomisso no novo Código Civil, a instituição de substituição fideicomissária somente será válida, sob o prisma dos requisitos subjetivos, caso seja feita para beneficiar, como fideicomissário, filho eventual de pessoa indicada pelo testador, não concebido à época da feitura do testamento<sup>8</sup>. Se o testador pretender beneficiar pessoa já concebida e nascida, deverá instituir legado ou herança em seu favor de maneira direta, não sendo admitido que os atribua a outra pessoa – que seria, no sistema do Código Civil de 1916, o fiduciário. Na eventualidade de o testador desejar beneficiar outra pessoa que não apenas a pessoa já existente, deverá instituir usufruto vitalício, a termo ou condicional em seu favor, já que não é mais possível juridicamente a instituição de fideicomisso tendo como fideicomissário ente humano já concebido ou nascido<sup>9</sup>.

### **Art. 2.039**

Autor: Renato Luís Benucci, Juiz Federal da 5ª Vara de Campinas

**ENUNCIADO:** É possível a modificação de regime para os que se casaram antes da entrada em vigor do novo Código Civil.

---

8 No sentido do texto: LEITE, Eduardo de Oliveira, p. 613.

9 CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, p. 428. No mesmo sentido: DINIZ, Maria Helena, p. 288.

## JUSTIFICATIVA

Em primeiro lugar, a modificação do regime de bens deve ser possível para todos os casados, pois inexistente proibição expressa no Código Civil. O art. 2.039 apenas afirma que o regime de bens na vigência do Código anterior se mantém, não proibindo eventual modificação. Além disso, não seria razoável submeter os casados pelo Código de 1916 a um regime desigual, em afronta ao princípio constitucional da isonomia.

Não se pode, assim, estabelecer um sistema diferenciado de alteração do regime de casamento em razão da época em que o ato se realizou.

## 6 Comissões

---

**PARTE GERAL****Coordenador:** Gustavo Tepedino (Professor e Advogado – RJ)**Relator:** Erik Frederico Gramstrup (Juiz Federal – SP)**Participantes:**

Ana Rita Vieira Albuquerque	Defensora Pública – RJ
Alberto Junior Veloso	Juiz de Direito – PR
Artur César de Souza	Juiz Federal – PR
Benedito Gonçalves	Desembargador Federal – TRF-2ª Reg.
Bruno Lewicki	Doutorando (UERJ) – RJ
Carlos Rebêlo Júnior	Juiz Federal – SE
Eduardo Kraemer	Juiz – TJ-RS
Elena Gomes	Professora/Mestranda – MG
Erik Frederico Gramstrup	Juiz Federal – SP
Flávia Pereira Hill	Advogada – RJ
Frederico Henrique Viegas de Lima	Professor (UnB) – DF
Glauco Gumerato Ramos	Advogado – SP
Guilherme Magalhães Martins	Promotor de Justiça – RJ
Gustavo Tepedino	Professor (UERJ) – RJ
Jorge Américo Pereira de Lira	Juiz – TJ-PE
Josué de Oliveira	Desembargador – TJ-MS
Julier Sebastião da Silva	Juiz Federal – MT
Luis Paulo Cotrim Guimarães	Desembargador Federal – TRF-3ª Reg.
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas	Desembargador Federal – TRF-5ª Reg.
Marcelo Roberto Ferro	Professor – RJ
Marco Aurélio Bezerra de Melo	Defensor Público – RJ
Melhim Namem Chalhub	Advogado – RJ
Rogério de Meneses Fialho Moreira	Juiz Federal – PB

## DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADE CIVIL

**Coordenadores:** Antônio Junqueira de Azevedo (Professor – USP-SP)

José Osório de Azevedo Jr. (Professor – PUC-SP)

**Relatores:** Luis Renato Ferreira da Silva (Professor – PUC-RS)

Cláudia Lima Marques (Professora – RS)

**Participantes:**

Antônio Junqueira de Azevedo	Professor (USP) – SP
Arion D'Almeida Monteiro Filho	Juiz de Direito – TJ-BA
Arnaldo Rizzardo	Professor – RS
Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz	Desembargador Federal – TRF-4 <sup>a</sup> Reg.
Carlos Roberto Alves dos Santos	Juiz Federal – GO
Claudia Lima Marques	Professora (URGS) – RS
Cláudio Fortunato Michelin Jr.	Professor – RS
Clayton Reis	Desembargador – TJ-PR
Edilson Pereira Nobre Júnior	Juiz Federal – RN
Fabrcio Fontoura Bezerra	Juiz de Direito – TJ-DF
Fernanda Mathias de Souza	Advogada – DF
Flávio Murilo Tartuce Silva	Advogado e Professor – SP
Francisco José de Oliveira	Defensor Público – MG
Francisco José Moesch	Desembargador – TJ-RS
Guilherme Couto de Castro	Juiz Federal – RJ
Heloisa Carpena	Procuradora de Justiça – RJ
João Luís Fischer Dias	Juiz de Direito – TJ-DF
José Osório de Azevedo Jr.	Professor (PUC) – SP
Judith Martins Costa	Professora (UFRGS) – RS
Luis Renato Ferreira da Silva	Professor (PUC) – RS

Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues	Desembargadora Federal – TRF-1ª Reg.
Maria Isabel Pezzi Klein	Juíza Federal – RS
Miguel Kfourri Neto	Juiz do Tribunal de Alçada – PR
Noeval de Quadros	Juiz do Tribunal de Alçada – PR
Paulo de Tarso Vieira Sanseverino	Desembargador – TJ-RS
Paulo Roque Khouri	Professor – DF
Rafael Castegnaro Trevisan	Juiz Federal – RS
Régis Bigolin	Advogado – RS
Roberto Rosas	Professor – DF
Rodrigo Barreto Cogo	Advogado – SP
Ruy Eduardo Almeida Britto	Juiz de Direito – TJ-BA
Sidney Hartung Buarque	Desembargador – TJ-RJ
Valéria Medeiros de Albuquerque	Juíza Federal – RJ
Vera Andrighi	Desembargadora – TJ-DF
Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha	Juiz de Direito – TJ-PB e Professor – PB

**DIREITO DE EMPRESA****Coordenador:** Newton de Lucca (Desembargador Federal – TRF 3ª Reg.)**Relator:** Márcio Souza Guimarães (Promotor de Justiça – RJ)**Participantes:**

Alcir Luiz Lopes Coelho	Juiz Federal – RJ
Alexandre Ferreira de Assumpção Alves	Professor – RJ
Alfredo de Assis Gonçalves Neto	Professor (UFPR) – PR
André Ricardo Cruz Fontes	Desembargador Federal – TRF-2ª Reg.
Gustavo Mourão	Assessor – STJ
João Luis Nogueira Matias	Juiz Federal – PE
Manoel de Oliveira Erhardt	Juiz Federal – PE
Marcelo Andrade Féres	Professor – DF
Márcio Souza Guimarães	Promotor de Justiça – RJ
Márcio Tadeu G. Nunes	Professor e Advogado – RJ
Marcos Mairton Da Silva	Juiz Federal – CE
Marlon Tomazette	Procurador – DF
Mauricio Mendonça Menezes	Professor – RJ
Newton de Lucca	Desembargador Federal – TRF-3ª Reg.
Paulo Penalva Santos	Professor – RJ
Rodolfo Pinheiro de Moraes	Professor – RJ
Ronald Amaral Sharp Junior	Professor – RJ
Sérgio Mourão Corrêa Lima	Professor – MG
Simone Lahorgue	Advogada – RJ
Suzana de Camargo Gomes	Desembargadora Federal – TRF-3ª Reg.

## DIREITO DAS COISAS

**Coordenador:** Gustavo Tepedino (Professor e Advogado – RJ)

**Relator:** Erik Frederico Gramstrup (Juiz Federal – SP)

**Participantes:**

Ana Rita Vieira Albuquerque	Defensora Pública – RJ
Alberto Junior Veloso	Juiz de Direito – PR
Artur César de Souza	Juiz Federal – PR
Benedito Gonçalves	Desembargador Federal – TRF-2ª Reg.
Bruno Lewicki	Doutorando (UERJ) – RJ
Carlos Rebêlo Júnior	Juiz Federal – SE
Eduardo Kraemer	Magistrado – TJ-RS
Elena Gomes	Professora/Mestranda – MG
Erik Frederico Gramstrup	Juiz Federal – SP
Flávia Pereira Hill	Advogada – RJ
Frederico Henrique Viegas de Lima	Professor (UnB) – DF
Glauco Gumerato Ramos	Advogado – SP
Guilherme Magalhães Martins	Promotor de Justiça – RJ
Gustavo Tepedino	Professor (UERJ) – RJ
Jorge Américo Pereira de Lira	Juiz – TJ-PE
Josué de Oliveira	Desembargador – TJ-MS
Julier Sebastião Da Silva	Juiz Federal – MT
Luis Paulo Cotrim Guimarães	Desembargador Federal – TRF-3ª Reg.
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas	Desembargador Federal – TRF-5ª Reg.
Marcelo Roberto Ferro	Professor – RJ
Marco Aurelio Bezerra de Melo	Defensor Público – RJ
Melhim Namem Chalhub	Advogado – RJ
Rogério de Meneses Fialho Moreira	Juiz Federal – PB

## DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

**Coordenador:** Luiz Edson Fachin (Professor – PR)

**Relatora:** Marilene Guimarães (Professora – RS)

**Participantes:**

Álvaro Villaça de Azevedo	Professor (USP) – SP
Eliene Bastos	Professora – DF
Érica Verícia de Oliveira Canuto	Promotora de Justiça – RN
Eva Evangelista	Desembargadora – TJ-AC
Fabiola Albuquerque	Professora – PE
Francisco José Cahali	Professor – SP
Guilherme Calmon Nogueira Da Gama	Juiz Federal – RJ
João Baptista Villela	Professor – MG
Jussara Maria Leal de Meirelles	Professora – PR
Luís Alberto D'azevedo Aurvalle	Procurador Regional da República – RS
Luiz Edson Fachin	Professor – PR
Luiz Felipe Brasil Santos	Desembargador – TJ-RS
Marilene Guimarães	Professora – RS
Maurício Andrade de Salles Brasil	Juiz – TJ-BA
Mônica Neves Aguiar Da Silva	Juíza Federal – BA
Nilza Maria Costa Dos Reis	Juíza Federal – BA
Renato Luís Benucci	Juiz Federal – SP
Rosana Fachin	Juíza do Tribunal de Alçada – PR
Silvio de Salvo Venosa	Professor – SP
Yussef Cahali	Professor – SP

## 7 Índices

---

## 7.1 Índice de Artigos

---

**CÓDIGO CIVIL (1916)**

<b>Art. 19;</b>	271
<b>Art. 20;</b>	93, 220
<b>Art. 26;</b>	101, 107-108
<b>Art. 103;</b>	119
<b>Art. 106;</b>	118
<b>Art. 153;</b>	200
<b>Art. 166;</b>	124, 126
<b>Art. 178;</b>	128, 212, 214
<b>Art. 201;</b>	349
<b>Art. 233;</b>	369
<b>Art. 234;</b>	369
<b>Art. 240;</b>	369
<b>Art. 242;</b>	369
<b>Art. 244;</b>	369
<b>Art. 246;</b>	369
<b>Art. 247;</b>	369
<b>Art. 248;</b>	369
<b>Art. 251;</b>	369
<b>Art. 254;</b>	369
<b>Arts. 256 a 261;</b>	369
<b>Art. 259;</b>	370, 372
<b>Arts. 262 a 314;</b>	369
<b>Art. 271;</b>	368
<b>Art. 452;</b>	387
<b>Art. 507;</b>	67, 314-315
<b>Art. 523;</b>	315
<b>Art. 567;</b>	324
<b>Art. 739;</b>	340
<b>Art. 817;</b>	343-345
<b>Art. 914;</b>	214

<b>Art. 924;</b>	214
<b>Art. 962;</b>	155
<b>Art. 963;</b>	154
<b>Art. 1.177;</b>	409
<b>Art. 1.181;</b>	212
<b>Art. 1.184;</b>	211-213
<b>Art. 1.187;</b>	212
<b>Art. 1.193;</b>	214
<b>Art. 1.196;</b>	215
<b>Art. 1.252;</b>	215
<b>Art. 1.315;</b>	219
<b>Art. 1.396;</b>	271
<b>Art. 1.440;</b>	223
<b>Art. 1.466;</b>	220-221
<b>Art. 1.467;</b>	220
<b>Art. 1.469;</b>	220
<b>Art. 1.474;</b>	409
<b>Art. 1.523;</b>	232
<b>Art. 1.536;</b>	155
<b>Art. 1.538;</b>	237-238
<b>Art. 1.543;</b>	228
<b>Art. 1.573;</b>	389
<b>Art. 1.619;</b>	423
<b>Art. 1.718;</b>	399, 404-405, 429
<b>Art. 1.719;</b>	409-410

## **LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL**

<b>Art. 1º;</b>	75
<b>Art. 4º;</b>	248
<b>Art. 5º;</b>	389, 424
<b>Art. 6º;</b>	158-159, 364

**CÓDIGO CIVIL (2002)**

**Art. 2º;** 23, 81, 395

**Art. 3º;** 56, 75, 257

**Art. 4º;** 23

**Art. 5º;** 76-77, 252, 257, 355, 371

**Art. 7º;** 77-79

**Art. 11;** 56, 79-83

**Art. 12;** 56, 84-85, 233

**Art. 13;** 81

**Art. 15;** 81

**Art. 20;** 84-85

**Arts. 22 a 39;** 78

**Art. 25;** 85

**Art. 41;** 56, 86, 111

**Art. 42;** 87

**Art. 44;** 56, 87-88, 90-91

**Art. 46;** 271

**Art. 47;** 56, 92

**Art. 50;** 56, 92-96

**Art. 52;** 263, 386

**Art. 55;** 96

**Art. 59;** 96-100

**Art. 66;** 56, 100-101, 104, 106, 108-109

**Art. 71;** 110

**Art. 75;** 273

**Art. 76;** 110

**Art. 98;** 111

**Art. 99;** 111

**Art. 102;** 111

**Art. 112;** 404, 406

**Art. 113;** 58, 159, 161

- Art. 156;** 57, 112
- Art. 157;** 57, 112, 114-117, 225
- Art. 158;** 57, 93, 117
- Art. 159;** 24
- Art. 166;** 93
- Art. 167;** 57, 93, 119
- Art. 168;** 123
- Art. 170;** 200
- Art. 171;** 93, 114, 134
- Art. 172;** 113, 200
- Art. 184;** 200
- Art. 186;** 40-41,44, 58, 143-145
- Art. 187;** 31-32, 36-48, 64, 145, 176, 274-275, 280-281
- Art. 193;** 120-122
- Art. 194;** 57, 123, 125-126
- Art. 198;** 57, 127, 359
- Art. 202;** 127, 311
- Art. 205;** 128-129, 340-341
- Art. 206;** 129-130, 212-213, 230
- Art. 212;** 57, 130-133
- Art. 214;** 133-134
- Art. 215;** 57, 134-137
- Art. 219;** 57, 134, 136-137
- Art. 223;** 299
- Art. 225;** 349
- Art. 231;** 138
- Art. 232;** 137-138
- Art. 234;** 84
- Art. 243;** 58, 146
- Art. 265;** 272
- Art. 315;** 225
- Art. 317;** 149-150, 179, 200, 205, 225

- Art. 360;** 151
- Art. 389;** 58, 152
- Art. 395;** 58, 153, 189
- Art. 398;** 58, 154-155
- Art. 399;** 153-154
- Art. 402;** 152
- Art. 404;** 58, 152
- Art. 405;** 58, 154-155
- Art. 406;** 58, 147, 156-159, 216
- Art. 407;** 147
- Art. 410;** 152
- Art. 412;** 148
- Art. 413;** 58, 159, 214
- Art. 421;** 58, 159-161, 163-165, 167
- Arts. 421 a 424;** 58
- Art. 422;** 58-59, 159, 161, 168-169, 175, 178
- Art. 423;** 59, 150, 161, 178-184
- Art. 424;** 59, 150, 161, 179, 181-185
- Art. 429;** 185
- Art. 434;** 59, 186
- Art. 442;** 188
- Art. 445;** 59, 187
- Art. 456;** 188
- Art. 475;** 152
- Art. 476;** 189
- Art. 478;** 39, 59, 112, 149-150, 192-193, 195-199, 202-206, 209, 225
- Art. 479;** 205-206
- Art. 480;** 205-206, 225
- Art. 492;** 312
- Art. 496;** 59, 209
- Art. 528;** 60, 210
- Art. 544;** 425

- Art. 550;** 409
- Art. 559;** 211-212
- Art. 571;** 214
- Art. 572;** 60, 213-214
- Art. 575;** 60, 215-216
- Art. 582;** 60, 215
- Art. 591;** 155, 157, 216
- Art. 618;** 60, 217
- Art. 655;** 60, 217-218
- Art. 657;** 217
- Art. 660;** 60, 218
- Art. 661;** 60, 218
- Art. 664;** 60, 218-219
- Art. 681;** 60, 218-219
- Art. 757;** 60, 219
- Art. 790;** 60, 222-223
- Art. 798;** 60, 223-224
- Art. 884;** 61, 224
- Art. 894;** 243
- Art. 897;** 243
- Art. 898;** 244
- Art. 900;** 244
- Art. 903;** 243-245
- Art. 904;** 378
- Art. 914;** 244-245
- Art. 927;** 24-25, 44, 61, 225-226, 229
- Art. 931;** 61, 229-230
- Art. 932;** 61, 92, 230, 232
- Art. 933;** 231-232
- Art. 935;** 231-233
- Art. 944;** 230, 233
- Art. 949;** 61, 231, 237-239

- Art. 950;** 61, 231, 237-239
- Art. 951;** 227, 231
- Art. 957;** 239
- Art. 966;** 61-62, 245-253, 262
- Art. 967;** 62, 250-254
- Art. 970;** 55, 62, 250-251
- Art. 971;** 62, 254-255
- Art. 972;** 62, 252, 256
- Art. 974;** 62, 256-257, 279
- Art. 977;** 62, 258-261
- Art. 981;** 63, 261- 262
- Art. 982;** 61, 63, 252-253, 262-264, 276, 305
- Art. 983;** 63, 261, 264, 270
- Art. 984;** 62, 254-255
- Art. 985;** 63, 265
- Art. 986;** 63, 264-267
- Art. 988;** 63, 265-267
- Art. 989;** 63, 267
- Art. 990;** 63, 267
- Art. 991;** 63, 264, 307
- Art. 997;** 63-64, 261-262, 268-273, 285-286, 289- 290
- Art. 998;** 63, 273
- Art. 999;** 64, 274
- Art. 1.004;** 64, 274, 281
- Art. 1.006;** 63, 261
- Art. 1.007;** 63, 261, 270
- Art. 1.010;** 64, 274-275, 283
- Art. 1.011;** 64, 275-276
- Art. 1.013;** 267, 289
- Art. 1.015;** 64, 276-277
- Art. 1.016;** 64, 277-278
- Art. 1.021;** 277

- Art. 1.023;** 269-273
- Art. 1.024;** 267, 269, 271, 285-286
- Art. 1.027;** 278-279
- Art. 1.028;** 64, 279
- Art. 1.029;** 279-280, 282, 295
- Art. 1.030;** 64, 274, 281, 283
- Art. 1.031;** 280
- Art. 1.033;** 283-285
- Art. 1.034;** 285
- Art. 1.039;** 262, 289
- Art. 1.045;** 262
- Art. 1.046;** 289
- Art. 1.052;** 272
- Arts. 1.052 a 1.087;** 331
- Art. 1.053;** 64-65, 274, 285-286
- Art. 1.054;** 63, 272
- Art. 1.055;** 65, 261, 273, 286-288
- Art. 1.057;** 65, 280-281, 288
- Art. 1.058;** 64, 274
- Art. 1.060;** 289-290
- Art. 1.062;** 289-290
- Art. 1.070;** 278
- Art. 1.071;** 65, 290-292
- Art. 1.072;** 65, 290-292, 295
- Art. 1.074;** 65, 291
- Art. 1.076;** 65, 291-293
- Art. 1.077;** 279-280, 293-295
- Art. 1.078;** 65, 295-296
- Art. 1.079;** 291, 295-296
- Art. 1.080;** 65, 296
- Art. 1.085;** 296
- Art. 1.088;** 262

- Art. 1.089;** 65, 277, 297
- Art. 1.090;** 277
- Art. 1.091;** 262
- Art. 1.093;** 263-264, 297
- Art. 1.094;** 63, 261-262
- Art. 1.095;** 270
- Art. 1.103;** 270, 290-291
- Art. 1.116;** 66, 297-298
- Arts. 1.116 a 1.122;** 66, 297-298
- Art. 1.117;** 66, 298
- Art. 1.120;** 66, 297-298
- Art. 1.122;** 293, 299
- Art. 1.141;** 312
- Art. 1.142;** 66, 299
- Art. 1.148;** 55, 66, 302-304
- Art. 1.150;** 63, 263, 265, 270, 276
- Art. 1.155;** 305
- Art. 1.157;** 269
- Art. 1.159;** 305
- Art. 1.178;** 305-307
- Art. 1.179;** 55, 66, 307
- Art. 1.180;** 251
- Art. 1.196;** 66, 311
- Art. 1.198;** 312
- Art. 1.203;** 66, 311
- Art. 1.204;** 311
- Art. 1.205;** 66, 311, 313
- Art. 1.210;** 66-67, 313-315
- Art. 1.212;** 38, 66
- Art. 1.228;** 32, 36, 47, 67, 315-318, 323, 334, 341
- Art. 1.238;** 317, 339-340
- Art. 1.245;** 318-319

- Art. 1.246;** 197
- Art. 1.275;** 319
- Art. 1.276;** 67, 320
- Arts. 1.288 a 1.296;** 322
- Art. 1.291;** 67, 320, 322
- Art. 1.293;** 67, 322-324
- Art. 1.331;** 55, 67, 325-330
- Arts. 1.331 a 1.358;** 331-332
- Art. 1.333;** 333
- Art. 1.334;** 68, 332
- Art. 1.337;** 333-334
- Art. 1.338;** 326-328
- Art. 1.339;** 327, 329
- Art. 1.351;** 333-334
- Art. 1.357;** 336
- Art. 1.359;** 335
- Art. 1.361;** 336, 338
- Art. 1.369;** 68, 338
- Art. 1.379;** 68, 339-340
- Art. 1.389;** 68, 340
- Art. 1.410;** 68, 340-341
- Art. 1.417;** 68, 341
- Art. 1.430;** 118
- Art. 1.474;** 68, 335, 409
- Art. 1.485;** 343, 345
- Art. 1.511;** 68, 357, 373
- Arts. 1.515 a 1.516;** 332
- Art. 1.521;** 27
- Art. 1.535;** 349
- Art. 1.542;** 349
- Art. 1.556;** 351
- Art. 1.562;** 27, 338, 352

- Art. 1.564;** 356
- Art. 1.566;** 350
- Art. 1.571;** 351-352, 356
- Arts. 1.571 a 1.590;** 332
- Art. 1.572;** 68, 351, 353, 355, 357, 407
- Art. 1.573;** 55, 68, 355-357, 418
- Art. 1.574;** 351, 353
- Art. 1.575;** 68, 351, 353, 357-358
- Art. 1.576;** 351, 353
- Art. 1.577;** 351-353, 407
- Art. 1.578;** 351, 354-355
- Art. 1.580;** 351, 354
- Art. 1.581;** 358
- Art. 1.583;** 354
- Art. 1.584;** 354, 356
- Art. 1.593;** 68, 358
- Art. 1.596;** 403, 405-406
- Art. 1.597;** 20, 68-69, 354, 358-361, 392-394, 396, 400
- Art. 1.601;** 21-22, 69, 361-362
- Art. 1.609;** 332
- Arts. 1.618 a 1.629;** 332
- Art. 1.621;** 69, 362
- Art. 1.622;** 354
- Art. 1.626;** 405
- Art. 1.629;** 363
- Art. 1.632;** 355
- Art. 1.639;** 69, 364-368, 372-373
- Arts. 1.639 a 1.657;** 368-369
- Art. 1.641;** 69, 370-374, 412-413, 416
- Art. 1.647;** 23-24, 368, 374
- Art. 1.648;** 23
- Art. 1.656;** 24

- Arts. 1.658 a 1.688;** 368-369
- Art. 1.659;** 368, 386, 414-415
- Art. 1.660;** 386
- Art. 1.665;** 24
- Art. 1.668;** 260
- Art. 1.683;** 355
- Art. 1.687;** 279, 413
- Art. 1.694;** 375-376, 380
- Arts. 1.694 a 1.710;** 332
- Art. 1.697;** 374
- Art. 1.698;** 376-378
- Art. 1.700;** 379-380
- Art. 1.702;** 355, 375-376
- Art. 1.703;** 355
- Art. 1.704;** 375-376, 381-382
- Art. 1.707;** 69, 380-381
- Art. 1.708;** 69, 381-383
- Art. 1.711;** 23, 383-384
- Arts. 1.711 a 1.722;** 384
- Art. 1.723;** 70, 409
- Art. 1.724;** 357
- Art. 1.725;** 385-386
- Art. 1.727;** 409
- Art. 1.767;** 389
- Art. 1.772;** 389
- Art. 1.773;** 387-389
- Art. 1.775;** 86, 355
- Art. 1.786;** 389
- Art. 1.790;** 69, 391, 423-424
- Art. 1.791;** 424
- Art. 1.798;** 69, 392-393, 395-396, 398-399, 401
- Art. 1.799;** 70, 392, 401-405

- Art. 1.800;** 392, 402, 427-428
- Art. 1.801;** 70, 409-411
- Art. 1.808;** 420
- Art. 1.814;** 69, 381, 383
- Art. 1.815;** 383
- Art. 1.816;** 411
- Art. 1.828;** 395
- Art. 1.829;** 70, 411-412, 414-417, 421
- Art. 1.830;** 417-418
- Art. 1.831;** 70, 412, 417, 419-420
- Art. 1.832;** 421-422
- Art. 1.844;** 423-424
- Art. 1.845;** 425
- Art. 1.860;** 425-427
- Art. 1.899;** 404, 406
- Art. 1.951;** 427-428
- Art. 1.952;** 429-431
- Art. 2.003;** 425
- Art. 2.031;** 261
- Art. 2.035;** 43, 167, 261, 364
- Art. 2.036;** 305
- Art. 2.037;** 77, 255
- Art. 2.039;** 69, 259, 364, 367-369, 374, 431-432
- Art. 2.043;** 78
- Art. 2.044;** 58, 158
- Art. 2.045;** 58, 158, 332
- Art. 3.571;** 415
- Art. 3.576;** 415

## 7.2 Índice de Assunto

---

**A**

ABUSO DO DIREITO, 31-32, 34-37, 39, 42, 44-47, 56, 79-80, 173-174, 176-177, 274-275, 281, 334

Alemanha, 33

Bélgica, 32

Brasil, 33

França, 32

Portugal, 33

AÇÃO PAULIANA, 57, 117-118

AÇÃO POSSESSÓRIA, 66, 313-315

AÇÃO REIVINDICATÓRIA, 318, 341-342

ADMINISTRADOR

responsabilidade, 64, 92, 277-278

ADOÇÃO, 15-16, 69, 362-363, 402-403

ÁGUA

canalização forçada, 67, 322-324

poluição, 67, 320-323

AIDS, 20

ALIMENTOS, 69, 375-383

ALUGUEL-PENA ARBITRADO, 60, 215-216

ASSOCIAÇÃO

administrador, 97-100

assembleia geral, 97-100

eleição, 97-100

profissional, 56, 86

religiosa, 27-28, 56, 89-91

ASSOCIADOS

igualdade de direitos, 96-97

ATIVIDADE

empresarial, 245, 257

intelectual, 61, 245-246, 250

ATO

constitutivo, 63, 92, 265, 268, 275

ilícito, 24-25, 39, 44, 155, 176, 234

## AVAL

- cancelado, 244
- parcial, 243-244
- póstumo, 244

## B

### BANCO DE

- embriões, 18-19
- esperma, 18-19

### BEM DE FAMÍLIA, 383-385

### BEM IMÓVEL

- alienação, 23

### BENS PÚBLICOS

- móveis, 111-112
- uso especial, 111
- usucapião, 111-112

### BOA-FÉ, 16, 17, 38-41, 43, 45-48, 58, 80, 112, 153, 168, 170, 174, 178, 186, 195, 306

- objetiva, 17, 38, 43, 46, 56, 59, 79, 114, 153, 161-162, 173-178, 189, 196, 200, 223, 226

- subjativa, 38

### BONS COSTUMES, 38, 40, 43, 46, 56, 79, 80

## C

### CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA, 426-427

### CAPITAL SOCIAL, 65, 287-289, 291-292

### CASAMENTO

- inexistente, 14
- processo de habilitação, 349
- por meio eletrônico, 349-350

### CÉLULAS-TRONCO, 18

- CLÁUSULAS ABUSIVAS, 35, 59, 183-185, 199
- CLONAGEM HUMANA, 18-19
- CÓDIGO CIVIL
  - Alemanha, 14, 115-116
  - descodificação, 13, 14
  - Espanha, 128
  - França, 14
  - Grécia, 31, 36, 41
  - Itália, 13, 14, 102, 134, 202
  - Japão, 128
  - Portugal, 14, 31, 36, 41, 195
  - reforma, 14
  - Suíça, 102-103, 173
  - tramitação, 14, 15, 23
- CÓDIGO CIVIL (1916)
  - anteprojeto (1975), 15-16
  - anteprojeto (1969), 16-17
  - modernização, 16-17
  - reforma, 13
  - parecer jurídico (1965), 14
  - tramitação, 15
- CÓDIGO COMERCIAL (1850), 16
- CÓDIGO DAS ÁGUAS, 321-324
- CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR, 35
- CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, 155-156
- COMÉRCIO ELETRÔNICO, 187
- COMPANHEIRISMO, 386-387, 409-410
- COMPORTAMENTO CONTRATUAL, 169, 171
- COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA, 341
- CONCORDATA, 291
  - preventiva, 62, 252, 291
- CONCUBINATO, 15, 25-26, 69, 381-382, 409-410
- CONDOMÍNIO ANTI-SOCIAL, 334
- CONDOMÍNIO EDILÍCIO, 331-332
  - abrigo para veículos, 325-329

- área comum, 67, 329-330
- área de uso comum, 67, 329-330
- fração ideal, 336
- personalidade jurídica, 67
- regimento interno, 68, 332-333

#### CONFISSÃO

- meio de prova, 57, 131-133

#### CÔNJUGE

- assistência material, 350, 381-382
- assistência moral, 350
- direito real de habitação, 70, 419-420
- herança, 70
- herdeiro, 419-420
- igualdade, 15
- sobrevivente, 69, 70, 411-412, 415, 417-418, 420-421
- supérstite, 416, 421

#### CONSTITUIÇÃO DO BRASIL (1988), 15

#### CONSTITUIÇÃO DA ITÁLIA (1947), 13

#### CONTRATO

- de adesão, 59, 149-150, 178-181, 183-185
- bilateral, 189-190, 192
- de consumo, 178
- de seguro, 60, 222, 224
- enriquecimento, 61, 224
- estado de perigo, 57, 112-113
- frustração, 58, 159-161
- função social, 43, 153, 161-168, 179, 189, 196, 201-202, 222
- lesão, 57, 112, 114-116
- mútuo, 216
- novação objetiva, 151
- permissão, 80, 82
- por correspondência, 59, 186-187
- revisão judicial, 57, 59, 114, 149-150, 179, 182, 185, 204-206
- social, 64, 65, 270, 271, 278-279, 286, 288-290, 294-296

#### CONTRATO DE EMPREITADA

prazo, 60, 217

## CONTRATO DE LOCAÇÃO

multa, 60, 213-214

ponto comercial, 66, 302-305

CONVENÇÃO DE VIENA (1980), 169, 171, 174, 177

CREDOR, 58, 153, 169

próprio prejuízo, 59, 168, 171-172, 174-175-178

CURATELA, 23, 86

## D

### DANO

estético, 61, 237-239

extrapatrimonial, 58, 143

material, 143-145

moral, 17, 58, 61, 143-145, 225, 233, 236-239

patrimonial, 17, 143-145

indenização, 17, 226, 227, 233, 237

### DECADÊNCIA

prazos, 21- 22, 59, 187-188

DECLARAÇÃO DE MORTE PRESUMIDA, 77-79

DELIBERAÇÃO SOCIAL, 64, 65, 274-275, 291-293, 295

DENUNCIAÇÃO DA LIDE, 188-189

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, 65, 296

confusão patrimonial, 56, 92-96

desvio de finalidade social, 56, 92-96

DESAPROPRIAÇÃO, 317-318

### DIREITO

à honra, 81

à igualdade, 81

à imagem, 81

à integridade física, 81

à intimidade, 81

à liberdade, 81, 83

à privacidade, 81-83

à vida, 81

DIREITO AMBIENTAL, 320-321

DIREITO AUTORAL, 128-129

DIREITO CIVIL, 13, 28, 55

DIREITO COMERCIAL, 16, 28

DIREITO COMPARADO, 294, 300-301, 303-304

DIREITO CONSTITUCIONAL, 28

DIREITO DAS COISAS, 23, 55

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES, 15, 23

DIREITO DAS SUCESSÕES, 19, 23, 390-391, 393-398, 406, 412, 416-417

DIREITO DE CONCORRÊNCIA, 70, 411-415

DIREITO DE EMPRESA, 55

DIREITO DE FAMÍLIA, 16, 22-23, 55, 363, 380-381, 390

DIREITO DE PROPRIEDADE, 311, 315-316, 323, 335, 342

DIREITO DE RECESSO, 277, 293-295

DIREITO DE RETENÇÃO, 60, 218-219

DIREITO DE SUPERFÍCIE, 68, 335, 338-339

DIREITO DE VIZINHANÇA, 322

DIREITO NATURAL, 227-229

DIREITO POSITIVO, 228

DIREITO REAL, 335, 342, 390

DIREITO ROMANO, 22, 26, 36

DIREITO SUBJETIVO, 35, 166

DIREITO TRIBUTÁRIO, 28

DIREITOS DA PERSONALIDADE, 56, 79, 80-82, 84-85, 137

DOCUMENTO PÚBLICO, 134-136

DOMICÍLIO

necessário, 110

real, 273

voluntário, 110

DIVÓRCIO, 15, 26, 27, 69, 351-356, 358, 375, 380-381

**E**

EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO, 19, 21, 393, 399

EMPRESA DE PEQUENO PORTE, 250-251, 307

**EMPRESÁRIO**

atos dos prepostos, 306

capacidade civil, 256

incapaz, 62, 256-257

pessoa natural, 62, 251-252

individual, 62, 247-248, 250-251, 255

inscrição na junta comercial, 62, 253-254

**EMPRESÁRIO RURAL**

inscrição na junta comercial, 62, 254, 255

**ENDOSSANTE**

responsabilidade, 244-245

ENGENHARIA GENÉTICA, 18, 20

ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA, 224-225

**ENTIDADE**

aberta, 221

fechadas, 221

**ERRO**

por dolo, 134

material, 59-60, 209-211

ESCRITURAÇÃO, 66, 307-308

**ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL**

contrato de trespasse, 66, 299-300, 302

ESTATUTO DA CIDADE, 338

EXAME DE DNA, 21, 138-139

**F****FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL**

ver reprodução assistida, 359

**FGTS**

multa diária, 148

obrigação de dar, 58, 146-149

FIDEICOMISSO, 427-431

FILHO

adotivo, 15-16, 404-406, 408

consangüíneo, 404, 406, 408

eventual, 402-403, 407, 428

igualdade, 15, 16

FIRMA INDIVIDUAL SIMPLES, 247-248

FUNDAÇÕES, 57, 101-103, 105-106, 109

FUNDO DE PENSÃO, 221

fiscalização, 56, 57, 101, 105-106, 109-110

FUNDAÇÕES PÚBLICAS, 56, 86

## **G**

GARANTIA REAL, 57, 117-118

GENOMA, 18

## **H**

HERANÇA, 391

vacante, 423

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, 58, 152

HIPOTECA, 343-345

## **I**

ILICITUDE, 40-41, 45, 83

IMPrensa

prazo prescricional, 129-130

reparação civil, 129

responsabilidade civil, 130

**INCAPAZ**

absolutamente, 23, 56-57, 75-76, 123-126

direito patrimonial, 57, 123-126

incapacidade testamentária, 426-427

**INSTITUIÇÃO FINANCEIRA**

juros remuneratórios, 216-217

**INSTRUMENTO PÚBLICO**, 60, 217-218

**INSTRUMENTO PARTICULAR**, 60, 217-218

**INTERDIÇÃO**, 387-388

**ISENÇÃO DE CULPA**, 153-154

**J**

**JUSTA CAUSA CONTRATUAL**, 296

**JUROS**

compensatórios, 67, 318

de mora, 58, 148-149, 154-156, 158-159,

**L****LEI**

vigência, 75

**M**

**MATERNIDADE**, 18

**MÉDICO**

ato culposo, 61, 230

**MENOR EMPRESÁRIO**

falência, 76-77

insolvência civil, 76-77

**MICROEMPRESA**, 250-251, 307

**MINISTÉRIO PÚBLICO**

atribuição, 56

competência, 104

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, 100-101, 104-106, 108-109

**MUDANÇA DE SEXO**

operação, 18, 23

**N**

**NASCITURO**, 19-20, 395-396, 398-399

**NEGÓCIO**

jurídico, 14, 57, 59, 61, 79, 83, 112-116, 119, 152-153, 160, 167, 189, 198-200, 206, 218, 220, 261

simulado, 57, 119-120

**O**

**OBRIGAÇÃO DE FAZER**, 147-149

**ONEROSIDADE EXCESSIVA**, 59, 112, 192-198, 200, 202-206, 209

**P**

**PACTO ANTENUPCIAL**, 24

**PARTIDO POLÍTICO**, 27-28, 56, 87, 89, 90

**PARTILHA DE BENS**, 68, 358-359

**PATERNIDADE**, 18, 138-139, 359-362, 393-394, 396

**PATRIMÔNIO ESPECIAL**, 63, 265-266

**PERSONALIDADE JURÍDICA**, 63, 66, 88, 265-268, 283

**PERÍCIA MÉDICA**

recusa, 137-138

**PESSOA JURÍDICA**

- direito internacional público, 87
- direito público, 56, 86
- direito privado, 56, 86, 88-89
- POSSE, 311-315
  - conflitos coletivos, 313
  - função social, 66-67
  - intervenção, 312
  - justa indenização, 317, 319
  - ônus fiscais, 320
  - possuidor direto, 66, 311
  - possuidor indireto, 66, 311
- POSSE DO ESTADO DE FILHO, 68, 358, 361-362, 403
- PRECLUSÃO, 121-122
- PREVIDÊNCIA PRIVADA, 60, 221, 239
- PREVIDÊNCIA SOCIAL, 222
- PRESCRIÇÃO, 57, 120-129
  - prazos, 21- 22
- PRESTAÇÃO CONTRATUAL, 182, 184, 203-205
- PRESUNÇÃO
  - absoluta, 20-21, 69, 306, 320, 381-382, 386
  - legal, 360-361
  - relativa, 21-22, 57, 134, 136
- PROCURAÇÃO
  - identificação objetiva, 60, 218
  - identificação subjetiva, 218
- PROFISSIONAL LIBERAL, 61, 248-249
- PROMITENTE COMPRADOR, 68, 341-342
- PROPRIEDADE
  - aquisição de, 317, 339
  - função social, 43, 319, 324, 334, 340-342
  - justa indenização, 67
- PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA
  - mobiliária, 338
  - veículo automotor, 336-337
- PROVA PLENA, 57, 134-137

## PUBLICIDADE COMERCIAL

oferta, 185-186

## R

### REGIME

comunhão parcial de bens, 24, 368, 371, 386, 412, 414, 416-417

comunhão universal de bens, 62, 258-260, 412, 416-417

separação obrigatória de bens, 62, 258-260, 372-373, 412-413

participação nos aqüestos, 24

separação absoluta de bens, 24, 368, 374

### REGIME DE BENS, 385, 387

alteração, 69, 364-368, 370, 431-432

maior de 60 anos, 69, 371-372

### REGISTRO DA SOCIEDADE

declaração de desimpedimento, 64, 275

### REGULAÇÃO CONTRATUAL, 59, 161-168

### RELAÇÃO CONTRATUAL, 178-181, 183, 185, 201-204

### REPARAÇÃO DE DANO, 44, 228, 230, 234-235, 237

### REPRODUÇÃO ASSISTIDA, 18, 68, 69, 359-360

homóloga, 20, 21, 392-393

heteróloga, 21, 69, 360-362, 393-394, 402-403

*post mortem*, 393-396, 399-401

### RESPONSABILIDADE

civil, 24, 41, 42, 44, 61, 145-146, 225-226, 228-229, 233-236, 284

contratual, 58, 113, 154-155, 172, 223

extracontratual, 58, 154

objetiva, 25, 230-233

pelo fato do produto, 61, 229-230

solidária, 271

subsidiária, 269-270, 272

### RESOLUÇÃO CONTRATUAL, 59, 192-193, 195, 198, 200, 202, 205-206, 209, 223

### REVOGAÇÃO DA DOAÇÃO

prazo, 211-213  
RISCO DA ATIVIDADE, 226-227

## **S**

### **SEDE**

administrativa, 63, 273  
estatutária, 63, 273

### **SEGURO**

capitalista, 220, 222  
interesse legítimo, 60  
mutualista, 60, 219-220, 222-223, 239

### **SEGURO DE VIDA**

suicídio, 60, 223-224

### **SEPARAÇÃO**

de fato, 25, 27, 70, 409-410, 417-419  
judicial, 68, 351-358, 375-376, 380-381, 418-419

### **SIMULAÇÃO, 57, 119-120**

### **SINDICATO, 56, 87**

### **SOCIEDADE**

anônima, 64, 65,66, 278, 280, 286, 292, 297-298  
cisão, 66, 298-299  
comum, 63, 265-268  
conta de participação, 63, 265  
cooperativa, 63, 261, 263-264, 270, 273, 305  
entre pessoas casadas, 62, 258-260  
em comandita por ações, 66, 298  
fusão, 65, 66,297-298  
incorporação, 65, 66, 297-298  
limitada, 64, 65, 274-275, 277-280, 285-295  
por quotas de responsabilidade limitada, 289  
simples, 63, 64, 65,66, 248-250, 252-253, 261-264, 268-270, 271-274, 276,  
278- 280, 285-286, 289-290, 295, 305  
unipessoal, 284-285

## SOCIEDADE CONJUGAL

dissolução, 15, 258, 278-279, 354, 380, 382

SOCIEDADE EMPRESÁRIA, 247-248, 250-251, 255, 263, 265, 269-270, 273-274, 276

inscrição na junta comercial, 62, 254

## SOCIEDADE EMPRESÁRIA RURAL

inscrição na junta comercial, 62, 254-255

## SÓCIO

cessão de quotas, 65, 288-289

contribuição, 63, 261

direito de retirada, 280

exclusão judicial, 281-283, 285

incapacidade superveniente, 281-282

remissivo, 282

responsabilidade ilimitada, 65, 296

solidariedade, 65, 287

## SUCCESSÃO

legítima, 389-390

testamentária, 389-390, 392, 404

## T

### TAXA

referencial, 156

selic, 155-159

### TEORIA

da aparência, 56, 306

da expedição, 186

da imprevisão, 150, 203-208

da recepção, 59, 186-187

*ultra vires*, 64, 276-277

TÍTULO DE CRÉDITO, 244-245

TRANSFERÊNCIA DE DOMÍNIO, 318

TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS

morte cerebral, 18

## TUTELA

específica, 56, 84

inibitória, 85

possessória, 66, 313-314

## U

UNIÃO ESTÁVEL, 15, 25-27, 69, 70, 86, 223, 355, 357, 371, 375, 380, 382, 385, 423-425

USUCAPIÃO, 311-312

coletivo, 316-317

extraordinário, 68, 339-340

USUFRUTO

extinção, 68, 340-341

ÚTERO DE ALUGUEL, 18-19, 398, 404, 408

## V

VENDA ENTRE PARENTES

anulação, 59, 209-210

VÍCIO

do consentimento, 114, 182

oculto, 59, 187-188

## W

WARRANT, 243

## 7.3 Índice de Autor

---

**A**

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira, 320, 323  
ALBUQUERQUE, Valéria Medeiros de, 225  
ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção, 243-244, 247, 250-253, 255-256, 258, 261, 264-266, 272, 274, 276, 278-279, 283-284, 286-287, 290-291, 295-296, 298, 305  
ALVES, José Carlos Moreira, 13  
ASCENSÃO, José de Oliveira, 31  
AURVALLE, Luís Alberto d'Azevedo, 350-351, 355, 375  
AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de, 209-210

**B**

BARBOZA, Heloisa Helena, 359  
BARTHOLO, Bruno Paiva, 75  
BEZERRA, Regina Lúcia Lima, 145  
BENUCCI, Renato Luís, 217, 338, 392, 431  
BIGOLIN, Régis, 167, 226  
BRASIL, Maurício Andrade de Salles, 363  
BUARQUE, Sidney Hartung, 153

**C**

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira, 364-366  
CASTRO, Guilherme Couto de, 130, 152, 159, 217, 224, 411  
CAHALI, Francisco José, 362, 366, 370, 374, 391, 425  
CHALHUB, Melhim Namem, 332, 334  
COELHO, Alcir Luiz Lopes, 285  
COGO, Rodrigo Barreto, 159  
CRUZ, Gisela Sampaio da, 343  
CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão, 77, 92, 114-116, 150, 161, 163-165, 179-181, 183-184, 203, 205

## D

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro, 100

## E

ERHARDT, Manoel de Oliveira, 244, 254

## F

FACHIN, Luiz Edson, 167, 364,

FÉRES, Marcelo Andrade, 299, 302

FELTRIN, Sérgio, 75, 388

FERRO, Marcelo Roberto, 117, 341

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, 315

FRANCO NETTO, Manoel Vargas, 270

FONTES, André Ricardo Cruz, 252-253, 263, 271-272, 276, 290, 296

FRADERA, Véra Maria Jacob de, 168

## G

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, 75-76, 79, 84, 97, 110-111, 222-223,  
376, 379, 380-381, 385, 389, 398, 401-402, 409, 425, 427, 429

GODOY, Luciano de Souza, 316

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel, 120-121, 127, 129

GONÇALVES, Benedito, 75, 87, 388

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, 269, 286, 288-289, 297-298

GRAMSTRUP, Érik Frederico, 84, 86-87, 96

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim, 317-318, 370

GUIMARÃES, Rafael Couto, 245

GUIMARÃES, Márcio Souza, 249, 254, 256, 259, 374

**H**

HILL, Flávia Pereira, 130, 134, 383

**K**

KLEIN, Maria Isabel Pezzi, 230

KHOURI, Paulo R. Roque A., 153, 189, 233

KRAEMER, Eduardo, 338-339

**L**

LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson, 152, 292

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores, 206

LEWICKI, Bruno, 88

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa, 245

**M**

MARTINS, Daniel Rodrigues, 245

MARTINS, Guilherme Magalhães, 186, 336, 349

MATIAS, João Luis Nogueira, 277

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de, 359-360

MELO, Marco Aurélio Bezerra de, 311, 320, 322, 333, 336

MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de, 243-244, 247, 250-253, 255-256, 258, 261, 264-266, 272, 274, 276, 278-279, 283-284, 286-287, 290-291, 295-296, 298, 305

MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato, 224

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, 187

MORAES, Rodolfo Pinheiro de, 97, 247, 263, 268, 277, 284-285

MOREIRA, Rogério de Meneses Fialho, 325

MOURÃO, Gustavo César de Souza, 216, 378

## **N**

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira, 192, 198

## **O**

OLIVA, Milena Donato, 218

OLIVEIRA, Francisco José de, 178

OLIVEIRA, Josué de, 92

## **P**

PARENTONI, Leonardo Netto, 245,

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza, 185, 219, 226, 239

PEREIRA, Daniel Queiroz, 79, 84

PIMENTEL, Érica, 188

## **R**

RAMOS, Glauco Gumerato, 313-314, 329

RAMOS, Érika Schmitz Assumpção, 151

REBÊLO JÚNIOR, Carlos, 96, 281

RÉGIS, Mário Luiz Delgado, 80, 112, 126, 138, 367, 392, 404, 411, 417, 419,  
421, 423

REIS, Clayton, 237

REIS, Nilza Maria Costa dos, 372, 416

ROCHA, Renato Amaral Braga da, 88, 94-95

RODRIGUES, Maria Izabel Diniz Gallotti, 143, 145-146

**S**

SANTOS, Carlos Roberto Alves dos, 218  
SANTOS, Cláudio Luiz Santos, 331  
SANTOS, Luiz Felipe Brasil, 357-358, 362, 372, 383  
SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, 154, 211, 213, 215, 229  
SHARP JÚNIOR, Ronald Amaral, 263, 265, 267, 273, 275, 297  
SILVA, Flávio Murilo Tartuce, 149, 178  
SILVA, Julier Sebastião da, 311, 313, 315  
SILVA, Luis Renato Ferreira da, 202  
SILVA, Marcos Mairton da, 257, 267, 288, 292  
SOUZA, Artur César de, 123, 231

**T**

TEPEDINO, Gustavo, 88, 187, 218, 339-340, 343, 359  
TOMAZETTE, Marlon, 94, 248, 259, 268, 281, 293, 305, 307  
TREVISAN, Rafael Castegnaro, 155, 158

**V**

VARGAS, Daniela Trejos, 339-340  
VELOSO, Alberto Júnior, 119  
VIEIRA, Rosiane Rodrigues, 128  
VILLELA, João Baptista, 85, 123, 127, 133, 137, 361, 387



## ENUNCIADOS APROVADOS NA I JORNADA DE DIREITO CIVIL

### 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 reprogramação 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.

## **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.

## **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 eqüitativa, 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*.

### DIREITO DE 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 (Cancelado pelo En. 235 da III Jornada).~~
- 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. (Cancelado pelo En. 234 da III Jornada)~~
- 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 art. 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.

## 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 petitário.
- 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.~~ (Alterado pelo En. 246 da III Jornada).
- 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).

### **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, por meio da grande reforma verificada em 1919.

### **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 convencionado que os alimentos cessarão com a maioridade, 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).

### 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. (Prejudicado pelo En. 254 da III Jornada)

**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 da 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 conseqüências 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 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 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 art. 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: 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.

## 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.