


Jornada de Direito CIVIL



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal

 Centro de
Estudos Judiciários

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ministro ARI PARGENDLER

Presidente

Ministro FELIX FISCHER

Vice-Presidente

Ministro João Otávio de Noronha

**Corregedor-Geral da Justiça Federal e
Diretor do Centro de Estudos Judiciários**

Ministro Teori Albino Zavascki

Ministro Castro Meira

Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Desembargadora Federal Maria Helena Cisne

Desembargador Federal Newton De Lucca

Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler

Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima

Membros Efetivos

Ministro Arnaldo Esteves Lima

Ministro Massami Uyeda

Ministro Humberto Martins

Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Desembargador Federal Raldênio Bonifacio Costa

Desembargadora Federal Maria Salette Camargo Nascimento

Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon

Desembargador Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira

Membros Suplentes

Eva Maria Ferreira Barros

Secretária-Geral

V Jornada de Direito Civil

EDITORAÇÃO

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Maria Raimunda Mendes da Veiga

Secretária

COORDENADORIA DE EDITORAÇÃO

Milra de Lucena Machado Amorim – Coordenadora

Ariane Emílio Kloth – Chefe de Edição e Revisão de Textos

Luciene Bilu Rodrigues – Servidora da Seção de Editoração e Revisão

Alice Zilda Dalben Siqueira – Servidora da Seção de Programação Visual e Arte-Final

Vinicius Pereira – Estagiário

ILUSTRAÇÃO DA CAPA

Hélcio Corrêa

IMPRESSÃO

Coordenadoria de Serviços Gráficos do Conselho da Justiça Federal

J82 V Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília : CJF, 2012.

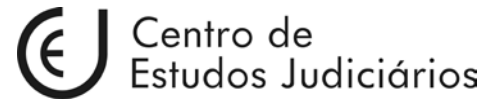
388 p.

ISBN 978-85-85572-95-2

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.



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal



Centro de
Estudos Judiciários

V Jornada de Direito Civil

Brasília-DF
maio - 2012

Copyright © Conselho da Justiça Federal – 2012

ISBN 978-85-85572-95-2

Tiragem: 2.550 exemplares

Impresso no Brasil.

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

SUMÁRIO

1	Apresentação	9
2	Conferências	11
	Posse de direito no Código Civil brasileiro de 2002 <i>José Carlos Moreira Alves</i>	13
	Panorama e perspectivas do Direito Civil na União Europeia <i>José Oliveira Ascensão</i>	21
	Dez anos de Código Civil e a abertura do olhar do civilista <i>Gustavo Tepedino</i>	38
	Pressupostos hermenêuticos para o contemporâneo Direito Civil brasileiro: elementos para uma reflexão crítica <i>Luiz Edson Fachin</i>	42
	O princípio da abstração e a transmissão da propriedade <i>Rolf Stürner</i>	50
3	Enunciados aprovados	67
	Parte Geral	69
	Direito das Obrigações	71
	Responsabilidade Civil	73
	Direito de Empresa	75
	Direito das Coisas	78
	Direito de Família e Sucessões	80
4	Enunciados apresentados	83
	Parte Geral	85
	Direito das Obrigações	121
	Responsabilidade Civil	178
	Direito de Empresa	203
	Direito das Coisas	242
	Direito de Família e Sucessões	266
5	Índices	311
	Índice de artigos	313
	Índice de assuntos	327
6	Anexos	337
	Comissões de trabalho da V Jornada de Direito Civil	339
	Enunciados aprovados da I, III e IV Jornadas de Direito Civil	346

1 Apresentação

Apresentação

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

Deve-se a V Jornada de Direito Civil à decisão do preclaro Ministro Ari Pargendler, Presidente do STJ, a que se somou o entusiasmo, o empenho e a competência do Ministro João Otávio de Noronha, Corregedor-Geral da Justiça Federal, que não mediram esforços para retomar o projeto de reunir, sob os auspícios do Conselho da Justiça Federal, nos dias 9, 10 e 11 de novembro de 2011, em Brasília, o mundo jurídico nacional, para discutir temas de Direito Civil, e homenagear o novo Código Civil no décimo ano de sua vigência.

Com o mesmo formato das Jornadas anteriores, a primeira realizada em 12 e 13 de setembro de 2002, a terceira de 1º a 3 de maio de 2004, a quarta de 25 a 27 de outubro de 2006, a V Jornada contou com a participação de 183 juristas, oriundos de todos os Estados brasileiros, entre professores especialmente convidados, magistrados federais e estaduais, membros do Ministério Público, advogados, defensores públicos, procuradores de entidades públicas, que apresentaram 326 proposições para a elaboração de enunciados interpretativos do texto do Código Civil.

A organização, sob a presidência do Ministro João Otávio de Noronha, foi coordenada pela Comissão Científica, integrada pelos professores Ana Frazão, Gustavo Tepedino, Otávio Luiz Rodrigues, Min. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Paulo Roberto Roque Antônio Khouri e Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

Os trabalhos foram instalados em sessão solene no auditório do STJ, sob a presidência do Ministro Ari Pargendler. Na ocasião, com a presença de 243 assistentes, foram proferidas as palestras do Ministro Moreira Alves, do STF, que esteve presente em todas as Jornadas, dos professores brasileiros Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, e do Professor Rolf Stürner, Diretor do Instituto de Processo Civil e Comparado Alemão da Faculdade de Direito da Universidade de Freiburg, Alemanha.

Os inscritos reuniram-se em seis comissões: Parte Geral, sob a presidência da Professora Judith Martins-Costa, relatoras as Dras. Milena Donato Oliva e Viviane da Silveira Abílio, contou com a presença de 31 participantes, 52 proposições e aprovação de 24 novos enunciados.

A Comissão de Direito das Obrigações, sob a presidência do Professor Araken de Assis, contou com relatores os Drs. José Fernando Simão e Jorge Cesa Ferreira da Silva, com 37 participantes, 79 proposições e 22 enunciados aprovados.

A Comissão de Responsabilidade Civil, presidentes os Professores Teresa Ancona Lopez e Eugênio Fachini Neto, relatores Flávio Tartuce e Rafael Peteffi da Silva, com 37 participantes, 35 proposições e 18 enunciados aprovados.

A Comissão de Direito de Empresa, sob a Coordenação-Científica da Professora Ana Frazão, contou com a presidência do Dr. Osmar Brina Corrêa-Lima e como relator o Dr. Márcio Souza Guimarães. Participaram 30 inscritos, com 62 proposições e 31 enunciados aprovados.

A Comissão de Direito das Coisas, sob a presidência do Professor Luiz Edson Fachin, relator Professor Pablo Renteria, com 23 participantes, 35 proposições e aprovação de 20 enunciados.

A Comissão de Direito de Família e Sucessões, sob a presidência dos Drs. Francisco José Cahali e Guilherme Calmon Nogueira da Gama, relatoras as Dras. Rose Melo Vencelau Meireles e Marilene Guimarães, com 25 participantes, 63 proposições e 18 enunciados aprovados.

Após o trabalho das comissões, no último dia, realizou-se sessão plenária, presidida pelo Ministro João Otávio de Noronha, para votação final das proposições aprovadas.

Os resultados foram desde logo divulgados, uma vez que muito têm servido à pesquisa dos operadores do Direito. A Comissão tem incentivado a realização de eventos com o mesmo propósito, nos diversos Estados, sob o patrocínio de órgãos públicos e universidades, seja para a discussão dos enunciados aprovados, seja para a preparação de novos encontros em Brasília.

Com o programa das Jornadas de Direito Civil, o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho da Justiça Federal cumprem, de modo elogiável, sua finalidade social de contribuir para o estudo, reflexão e aprimoramento da ordem jurídica nacional.

2 Conferências

POSSE DE DIREITO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

Prof. Dr. José Carlos Moreira Alves

Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal

No Código Civil brasileiro de 1916, era indiscutível a existência da posse de direito a par da posse da coisa pela circunstância de que vários dispositivos nele a ela expressamente se referirem, a saber: *Art. 488. Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, ou estiverem no gozo do mesmo direito, poderá cada uma exercer sobre o objeto comum atos possessórios, contanto que não excluam os outros compossuidores.*

Art. 490. É de boa fé a posse, se o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído.

Art. 493. Adquire-se a posse:

I – Pela apreensão da coisa, ou pelo exercício do direito.

II – Pelo fato de se dispor da coisa, ou do direito.

Art. 520. Perde-se a posse das coisas:

[...]

Parágrafo único. Perde-se a posse dos direitos, em se tornando impossível exercê-los, ou não se exercendo por tempo, que baste para prescreverem.

Com base em textos romanos, os autores tradicionalmente distinguem a *possessio rei* da *possessio iuris*. Aquela designava a posse verdadeira no direito romano clássico, e era a situação de fato correspondente ao exercício do direito de propriedade, que era, para os romanos, considerado como coisa corpórea, porquanto não distinguiam a coisa do poder resultante do mais amplo dos direitos – o de propriedade. Esta – a *possessio iuris* – indicava os casos de situações de fato correspondentes ao exercício de direitos reais limitados que, no direito justiniano, foram também consideradas como posse em contraposição à *possessio rei*, que vinha do período clássico. Tal contraposição fazia-se com fundamento na natureza do objeto da posse: a *possessio rei* tinha como objeto o direito de propriedade, e, portanto, coisa corpórea, ao passo que a *possessio iuris* tinha por objeto coisa incorpórea, como eram alguns direitos reais limitados.

No direito moderno, abandona-se a concepção romana que considerava coisas incorpóreas os direitos que não o de propriedade, que era coisa corpórea, porque coisa é objeto de direito e por isso este não pode enquadrar-se nela. Assim, a expressão *possessio*

iuris passou a ser imprópria, uma vez que deixou de significar que o objeto dessa posse era uma coisa incorpórea como alguns dos direitos reais limitados, para tomar o sentido de o possuidor, na *possessio iuris*, somente poder utilizar-se da coisa possuída na medida do conteúdo do direito real limitado correspondente à sua situação de fato, ou seja, a *possessio iuris* não é mais a posse que tem por objeto um direito subjetivo, mas a que tem por conteúdo, no tocante à utilização da coisa, o do direito real limitado a ela correspondente.

Por outro lado, no direito moderno, sustenta-se a concepção unitária da posse, ou como toda posse é posse de direito, que abarca também a denominada “posse da coisa”, que é a posse do direito de propriedade, ou como toda posse é posse da coisa, e o que diferencia entre a posse da coisa e a posse de direito é a intensidade do poder de fato sobre a coisa, ou seja, a maior ou menor possibilidade de utilização desta. E há ainda os que defendem uma posição intermediária, segundo a qual considerar toda posse como posse de coisa ou como posse de direito é questão de ângulo pelo qual se focaliza a posse – pelo objeto, toda posse será de coisa; pelo conteúdo, toda posse será de direito, como bem esclarece Domenico Barbero: *Não há “posse dos direitos” realmente distinta da “posse das coisas” por diversidade de objeto; mas, partindo da diversidade do conteúdo exercitado, fala-se de “posse de coisa” ou simplesmente de “posse” para indicar posse cujo conteúdo de exercício corresponde ao conteúdo do direito de propriedade, e de “posse de um direito” (como “posse do usufruto”, “posse de uma servidão” etc.), para indicar posse cuja atribuição de exercício corresponde ao conteúdo de um direito de usufruto, de servidão ou outro direito menor que a propriedade. A questão se resolve de modo inteiramente análogo ao dos denominados “direitos sobre direitos”*¹.

O Código Civil brasileiro de 1916, embora conceituando – ainda que de modo indireto, pois o faz pela figura do possuidor – unitariamente a posse como exercício de fato, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade, distingue entre as espécies **posse da coisa** e **posse de direito**.

Quanto à extensão que ele deu à posse de direito, grassou larga controvérsia sobre se ela alcançaria os direitos pessoais ou se restringiria apenas a alguns dos direitos reais limitados. Esta segunda posição foi a que se tornou pacífica.

De outra parte, e, tendo em vista que o Código Civil brasileiro de 1916 acolhe a posse da coisa e a posse de direito, bem como admite o desdobramento da relação possessória em posse direta e indireta, são importantes, pelas consequências daí resultantes, os dois modos de organização da posse, ou seja, o da sua extensão (organização horizontal) e o da sua graduação (organização vertical).

Para bem compreender esses modos de organização, é mister que se conheça como surgiram historicamente.

No direito romano anterior ao período justinianeus, só havia posse quando alguém tivesse a senhoria de fato sobre a coisa, podendo utilizar-se dela de modo absoluto, como,

1 **Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano**, I, 3ª Ed., n. 186, p. 279, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1950.

de direito, fazia o titular da propriedade. É só no direito justiniano que vai surgir a figura da *possessio iuris* em face da posse da coisa (*possessio rei*). Com essa inovação, que trazia para o terreno possessório situações de fato correspondentes ao exercício de direitos reais limitados, criou-se, com referência às pessoas que tinham a coisa a título de direitos reais limitados, uma duplicidade de relação: perante a *possessio rei* continuaram elas a ser simples detentoras (o usufrutuário, por exemplo, permaneceu detentor perante o proprietário que continuava possuidor da coisa por intermédio do usufrutuário, e este, como detentor, não podia usucapir a propriedade); já, porém, em face exclusivamente da utilização limitada da coisa em correspondência ao exercício de um direito real limitado, passaram elas a ser possuidoras desse direito, podendo não só usucapi-los, mas também defendê-los pelos interditos possessórios.

Essa duplicidade de posições do possuidor do direito fazia com que este, em relação à posse da coisa, permanecesse como detentor, mas quanto à utilização que tinha dela, na medida do conteúdo do direito real limitado a que correspondia a sua situação de fato, era considerado possuidor do direito paralelamente ao possuidor da coisa, o que significava que, no primeiro plano, havia apenas uma posse (a posse da coisa) que se contrapunha a uma detenção, e, num segundo plano, existia a coexistência de posses de conteúdos diversos (posse da coisa e posse do direito).

No direito moderno, essa duplicidade de posições do possuidor do direito foi enfrentada diferentemente.

Assim, o sistema jurídico francês mantém a solução romana: a *possessio rei* se contrapõe à detenção; no plano da organização horizontal da posse há a duplicidade da posse (a *possessio rei* e a *possessio iuris*), o que permite ao detentor em face da *possessio rei* ter a *possessio iuris*, e, portanto, a proteção possessória concedida a esta e a possibilidade de usucapir o direito correspondente.

Já no sistema jurídico alemão, atribui-se ao possuidor do direito, posse subordinada à do possuidor da coisa, e introduz-se, no sistema possessório, a **gradação** inspirada na **Gewere** (instituto do direito germânico antigo), estendendo-se essa posse subordinada (posse imediata) a detentores outros (como o locatário, o depositário, o comodatário), que, pelo sistema romano, não eram, ao mesmo tempo, possuidores de direito. Em virtude dessa graduação de posses, a subordinada é protegida pelos interditos possessórios inclusive contra possuidor mediato, mas não outorga àquele – o possuidor imediato – a possibilidade de usucapir o direito de propriedade sobre a coisa, só admitindo a *possessio iuris*, não só para atribuir proteção possessória a situações de fato correspondentes a direitos reais limitados em que não há detenção da coisa, não podendo assim existir o desdobramento da posse em imediata e mediata, mas também para dar a possibilidade de usucapir certos direitos.

O Código Civil italiano de 1942, que, no art. 1.140, conceitua a posse como *o poder sobre a coisa que se manifesta numa atividade correspondente ao exercício da propriedade ou outro direito real*, abarca nesse conceito a posse da coisa e a posse de direito, restrita esta aos

direitos reais limitados, e não distingue a posse em imediata e mediata, concedendo, porém, no art. 1.168, 2ª parte, ação de reintegração ao detentor, exceto ao que tenha a coisa em razão de serviço ou de hospitalidade. Os autores italianos modernos – embora, como salienta Rescigno, *geralmente se fale de posse das coisas quando a atividade corresponde ao exercício da propriedade (isto é, o possuidor goza ou dispõe da coisa de modo pleno e exclusivo) e de posse de direitos nas outras hipóteses*², ou seja, nas em que a atividade corresponde a direitos reais limitados como o usufruto – preferem, em geral, usar da dicotomia **posse a título de propriedade** e **posse a título de direito real limitado**, para atender à parte inicial do art. 1140, que alude, em ambas as hipóteses, a “**poder sobre a coisa**”, não obstante, o art. 1166, primeira parte, referir-se, em se tratando de usucapião, a possuidor de um imóvel (posse da coisa) e a possuidor de um direito real sobre um imóvel (que é um direito real limitado, e, portanto, posse desse direito). Segue a tradição Alberto Trabucchi (p. 546) que assim se manifesta: *Não é somente a posse correspondente à propriedade que é a típica forma dela; é posse também o exercício em concreto de um direito correspondente a um diverso direito real sobre coisa alheia: é a assim dita posse de direito (possessio iuris, ou quasi possessio), e a tem quem exercita sobre o bem um direito real de usufruto, servidão, enfiteuse, etc. Essa qualificação é importante praticamente, por exemplo para os efeitos do usucapião, porque a posse contínua de um bem ou gozo parcial do mesmo a título diverso da propriedade levará à aquisição, não da propriedade sobre o bem, mas do usufruto, da enfiteuse, da servidão e assim por diante*³.

E, no Brasil, adota-se a solução alemã do desdobramento da posse, e mantém-se o sistema romano da duplicidade da posse em posse da coisa e posse de direito, o que acarreta o esvaziamento parcial da utilidade desta distinção.

No anteprojeto do Código Civil brasileiro promulgado em 2002, em sua versão, inclusive, publicada no Diário Oficial da União em 1974, manteve-se, na disciplina da posse, o sistema seguido no anteprojeto parcial originário da lavra do professor Ebert Viana Chamoun, que assim o justificou em exposição de motivos: *É a posse um estado de fato, um poder de fato que alguém exerce sobre uma coisa, e cujo conteúdo é exclusivamente econômico, porque se relaciona com o aproveitamento econômico da coisa, considerada como objeto de satisfação das necessidades humanas. Mas é um estado de fato apenas no sentido de prescindir da existência de um título jurídico: há um direito de proteção da posse sem que a posse esteja fundada em direito. A lei protege, assim, a posse como estado de fato, sem embargo de reconhecer que há um direito a esse estado de fato, e tão ampla é a proteção, que o possuidor, turbado ou esbulhado, conserva a posse, embora às vezes provisoriamente, ainda que contra o título do direito, ou em detrimento deste.*

A lei salvaguarda a posse como simples estado de fato porque aparenta uma situação jurídica regular, e a aparência é juridicamente digna de proteção; se se permitisse, a quem tem o direito sobre

2 **Manuale di Diritto Privato**, n. 134, p. 448, Kluwer Ipsa, 2000.

3 **Istituzioni di Diritto Civile**, 41. ed. (a cura di Giuseppe Trabucchi), n. 240, p. 546, CEDAM, Padova, 2004.

a coisa, exercê-lo contra quem tem o poder de fato sobre essa coisa, consagrar-se-ia a justiça privada, o recurso à violência. Demais, ao possuidor que tem simultaneamente o poder de fato e o direito sobre a coisa, concede-se uma proteção muito mais eficiente do que a atribuída apenas a esse direito.

Ocorre que o poder de fato, em que a posse consiste, tem o conteúdo mesmo do direito de propriedade, a senhoria ou economia da propriedade. Não poderia deixar de ser senão assim pela razão elementar de que a propriedade é o mais extenso direito existente em relação a uma coisa, não havendo poder de fato cuja consistência se subtraia a esse poder de direito. Por isso, de ordinário, a noção de posse aparece associada à da propriedade. Mas é apenas por isso, já que a proteção da posse independe da correspondência acaso existente entre esse poder e qualquer direito que se possa configurar quanto a uma coisa, inclusive o domínio. Quem possui só pode, pois, ter um comportamento semelhante, embora parcialmente, ao de quem é dono. As aparências são necessariamente idênticas. Mas o direito não consagra e tutela a posse porque seja ela elemento exterior da propriedade.

A posse, então, não se pode definir como o exercício da propriedade. Nem mesmo conviria dizer que é o exercício de faculdade inerente à propriedade. A posse não é o exercício da propriedade ou de qualquer outro direito. Ela é simplesmente um estado de fato que se assemelha ao exercício da propriedade: o possuidor tem um comportamento análogo ao de quem exerce poder peculiar ao domínio, ou de outro direito real à substância da coisa. O possuidor comporta-se “como se” fosse titular de um direito real (diferente do da posse). Mera questão de aparência – mas questão juridicamente relevante.

*Foram esses os fatores determinantes da definição de posse que propusemos, e que só inserimos entre as normas propriamente jurídicas por apreço à tradição do nosso direito (a rigor, deveria ficar fora do Código) : **considera-se posse o poder de fato que se manifesta sobre uma coisa, mediante comportamento que corresponde ao exercício de faculdade inerente à propriedade.** Protege-se a posse independentemente de ter o possuidor, sobre a coisa, o direito de propriedade, ou qualquer outro direito.*

*Eliminamos qualquer referência à posse de direito por entender que a posse não pode ter direitos por objeto. As razões que tornam inconcebível a posse de uma coisa incorpórea militam em desfavor da admissão de uma posse de direitos. Os efeitos da posse encontram-se vinculados essencialmente à existência de uma coisa, tais como o usucapião, o direito aos frutos e às benfeitorias. Parece-nos também extremamente difícil imaginar a proteção possessória eficaz sem que se possa reportar a algo de material e é notório que só motivos de ordem política, vinculados à ausência de uma proteção tão eficiente quanto à possessória, é que determinaram a funesta extensão da posse a direitos pessoais – motivos que aliás atualmente não prevalecem. A pureza técnica e o rigor científico foram conturbados por fatores rigorosamente extra-judiciais e eventuais. A chamada “*possessio juris*”, ou “quase possessio”, compromete, a nosso ver, os fundamentos doutrinários do conceito de posse, que emigraria do Direito das Coisas, para, praticamente, confundir-se com a noção rarefeita de exercício de direito.*

Condenando a posse de direitos, e restaurando destarte a tradição romana, reconhecemos os resultados da pesquisa que, contemporaneamente, se fez em torno do conceito da posse. Ma che oggetto di un rapporto giuridico possa essere un diritto è concezione che è stata vigorosamente combattuta ed oggi si va eclissando. Salvo qualche sporadica resistenza, è ormai opinione comune in dottrina – e si va affermando anche nelle pronunzie giurisprudenziali – che oggetto del

rapporto giuridico è sempre un bene. Anche del possesso, pertanto, è oggetto un bene, ossia una porzione delimitata del mondo esteriore, assoggettabile al domínio dell'uomo (Gentile, *Il possesso*, 1965, p. 62).

Dentre as grandes codificações, apenas o Código Civil Português insiste na posse de direitos. Na esteira do Código alemão e do suíço, o italiano (a posse é o poder sobre a coisa), o etíope (a posse consiste na senhoria efetiva que uma pessoa exerce sobre a coisa), o polonês (poder de fato sobre a coisa), o grego (poder de fato sobre uma coisa), restringem a posse às coisas.

Aliás não foi outra a orientação dos Projetos de Código Civil de Clóvis Bevilacqua e de Orlando Gomes, inclusive da Comissão revisora.

*Nem mesmo a servidão justificaria a esdrúxula criação da posse de direitos, pois que o objeto da posse não é o direito de servidão, senão o imóvel serviente. A extensão e a natureza do aproveitamento econômico da coisa, vale dizer, da sua utilização e fruição, é que determinam o enquadramento da posse nas categorias de direitos reais existentes, fazendo que a posse “corresponda” a esse direito, enseje o surto desse direito através do usucapião: Tanto se si eserciti il fatto corrispondente al dominio quanto se si eserciti una servitù o um qualunque diritto reale, l'oggetto del possesso è sempre la cosa, non la cosa nel primo caso, il diritto reale – che tra l'altro non esiste nel secondo. E se differenza vi è tra i due possessi, essa verte sul contenuto, sulla estensione del godimento. (N. Stolfi, *Diritto Civile*, II, 1926, n. 22).*

A doutrina e jurisprudência brasileira persegue atualmente o rumo da posse de coisa. É esse o testemunho dos autores (vide v.g. Serpa Lopes e Washington de Barros Monteiro) e a obra mais recente que versa a posse, o magnífico Tratado de Direito Privado, de Pontes de Miranda, advoga com fervor a limitação de posse às coisas (tomo X, p. 81)⁴.

Sucedeu, porém, que a conceituação de posse do anteprojeto originário do Direito das Coisas elaborado pelo professor Ebert Chamoun (*Considera-se posse o poder de fato que se manifesta sobre uma coisa, mediante comportamento que corresponde ao exercício de faculdade inerente à propriedade*) e que prevaleceu, nas versões de 1972, 1973 e 1974, da Comissão Elaboradora e Revisora do novo Código Civil, sofreu alteração que modificou o seu sentido substancial (que passou a ser este: *Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*).

Essa alteração, por proposta minha, ocorreu numa das reuniões da referida Comissão para examinar as sugestões recebidas depois da publicação, em 18 de junho de 1974, do anteprojeto, e fez-se com a substituição do texto originário pela redação, com ligeiras modificações, mas sem mudança de sentido, do art. 485 do Código Civil de 1916 (*Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*). Redação essa que foi mantida no Código Civil de 2002.

Com essa modificação do conceito da posse no novo Código, é mister que se extraiam as consequências dela decorrentes.

4 Código Civil, 4º volume (Direito das Coisas), Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, p.123/125, Brasília, 1975.

Tal conceito, que vem do Código Civil de 1916, tem o mérito de abranger a concepção unitária da posse como atividade equivalente ao exercício do direito correspondente, nas hipóteses em que isso realmente ocorre (assim, na posse plena da coisa – exercício de fato do direito de propriedade –, ou na posse indireta, quando também se configura a posse de um direito real limitado) e de abarcar igualmente os casos em que tal exercício não se dá, como a posse direta do locatário ou a do comodatário, posses essas que não são do direito de locação ou do direito de comodato.

A formulação desse conceito leva em conta não apenas a concepção unitária da posse (que se prende à sua organização horizontal), mas também a organização vertical dela, de origem germânica, e que inclui, no âmbito da posse, hipóteses, como a do locatário, a do comodatário, a do depositário, que estariam fora dele se o Código se houvesse adstrito a acolher somente a organização horizontal da posse. Por isso, tal conceito, que continuou a vigorar em nosso ordenamento jurídico a caracteriza por sua modalidade mais tênue, que é a representada pela posse direta em face da indireta, quando aquela não se apresenta, ao mesmo tempo, como posse correspondente a direito real limitado. Com efeito, é essa modalidade de posse a que pode aplicar-se esse conceito legal de que a posse é o exercício de fato *pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*. Atente-se, por exemplo, para a posse do depositário que, pelo seu caráter restrito, não lhe outorga plenamente qualquer das faculdades jurídicas de que dispõe o proprietário. E note-se que, conceituando a posse legalmente pela sua modalidade de âmbito mais restrito, abrange tal conceito **a fortiori** as de âmbito mais largo, em que pode o possuidor exercer, de fato, plenamente ou não, um ou vários dos poderes inerentes à propriedade.

Em assim sendo, do conceito de posse reintroduzido no Código Civil de 2002 resultam implícitas as duas organizações da posse: a horizontal (posse da coisa e posse de direitos adstritos aos reais limitados vinculados à detenção de coisa corpórea, as quais têm ambas a coisa como objeto, mas diversos são seus conteúdos em face do conteúdo dos direitos a que correspondem) e a organização vertical (posse direta e posse indireta, quanto à proximidade material do possuidor com a coisa possuída).

É de notar-se, também, que a organização vertical da posse, que já está implícita no conceito desta, vem expressa no art. 1.197 desse Código, que reza: *A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto*. E, como consequência da implicitude da organização horizontal da posse e consequentemente da posse de direito correspondente ao exercício de direito real limitado, encontra-se expressa, nos arts. 1.391 e 1.379, inclusive em seu parágrafo único, a constituição, respectivamente, do usufruto e das servidões pelo usucapião, que demanda, não a posse da coisa, mas do direito, e, portanto, da organização horizontal da posse.

Por fim, o art. 1.223 do Código Civil de 2002 (*Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196*), cuja redação vem do anteprojeto originário de Chamoun, e que não alude à posse de direito como o faz o

parágrafo único do art. 520 do Código Civil de 1916, deve ser interpretado como atinente apenas à posse de coisa, ficando omissa quanto à posse de direito, a que, em razão da natureza desta, sua cessação se dará quando se tornar impossível o exercício do direito real limitado a ela correspondente, ou quando não exercendo ele por tempo suficiente para a prescrição da pretensão dele resultante.

PANORAMA E PERSPECTIVAS DO DIREITO CIVIL NA UNIÃO EUROPEIA

José Oliveira Ascensão

Professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa

1 O DIREITO DOS PAÍSES EUROPEUS COMO DIREITO ROMANÍSTICO

Permito-me começar com uma afirmação que reconheço ousada: todo o Direito da Europa (não só da União Europeia) é de base romanística¹.

Até o é o Direito das Ilhas Britânicas. É verdade que o sistema jurídico é o de *common law* e que essas ilhas nunca foram totalmente submetidas à conquista romana. Mas foi recebido o legado jurídico romano, como se revela até pela terminologia jurídica: usam-se muito mais expressões latinas que no continente europeu.

É também verdade que o Direito é aí basicamente jurisprudencial, como é próprio da família de *common law*. Mas isso não é um obstáculo, porque vem a coincidir em grande parte com o Direito Romano Clássico, também ele um Direito alicerçado em decisões de casos concretos.

O que se verifica é uma extraordinária capacidade de adaptação e de autonomia desses povos. O Direito se desenvolveu sob a égide de uma fictícia referência ao Direito Comum (*common law*) dos povos. As decisões fundar-se-iam nesse Direito. É um rótulo meramente simbólico: serve para justificar a faculdade de os tribunais criarem Direito. Mas o Direito que aplicam é essencialmente de matriz romanística, muito mais coerente e evoluída que qualquer Direito ancestral. Uma elaboração secular irá levar a uma estruturação jurídica autónoma, com base no precedente servida por uma ancestral repugnância às declarações gerais e assim à lei, que apareceria como instrumento de dominação. Mas, no conteúdo, o sistema pode conduzir a soluções diferentes, mas pode também ser até mais romanista que no continente.

Mas a lei é excepcional – isto é um traço do sistema. Não pode por isso ser aplicada por analogia. Rege apenas no seu preciso âmbito. Consequentemente, as leis principiam por uma lista de definições, porque só nesse quadro vinculam.

Daí a origem do *common law*, que com o império britânico se estendeu à América do Norte e a vastas outras regiões do mundo. Mas tem uma característica notável: não é um Direito exportável, ao contrário do Direito do continente europeu. Só vigora nos territórios

¹ Excluo a Turquia, porque não é um país europeu. Tem uma extensão na Europa, mas a capital está na Ásia e no essencial não participa da cultura europeia.

que estiveram sob o domínio britânico (ou, em casos mais limitados, sob o norte-americano). Só a história e as armas o fundam.

Este sistema opõe-se ao de todos os países do continente europeu: nestes rege o sistema que os britânicos apelidam de *civil law* e a que se chama vulgarmente continental ou (o que é preferível) romanístico *stricto sensu*.

O sistema “continental” expandiu-se historicamente aos países germânicos, nomeadamente às atuais Alemanha e Áustria e aos países nórdicos², dada a sua superioridade intrínseca em relação aos direitos originários desses povos e à sua clareza, que facilitava a aplicação³. Estendeu-se também aos países eslavos: por isso, após o eclipse provocado pela dominação comunista, reintegraram-se sem dificuldade no sistema, porque a base jurídica destes era romanística: a adesão à União Europeia não defrontou dificuldades jurídicas particulares. Quanto aos que não aderiram, não se preveem afastamentos muito significativos. Até a Rússia, que no ponto de vista formal nunca se afastou radicalmente⁴, editou, após a derrocada do sistema, os princípios dos Códigos Civis das Repúblicas integradas na Federação Russa.

2 O DESENVOLVIMENTO DE UM DIREITO EUROPEU

Poderemos então falar de um Direito europeu, que daria o pano de fundo do Direito da União Europeia?

Não podemos, porque não basta a comunidade de origem para fazer a identidade de um Direito. Teria, além de muitos outros requisitos, de congregar *civil law* e *common law*, o que não está feito e está até muito longe de se consumir.

E um Direito de raiz comunitária? O Direito resultante das fontes da União Europeia?

Podemos estudá-lo como disciplina jurídica. Mas não cria uma ordem jurídica por si, porque é um Direito excepcional e fragmentário.

Toda a intervenção da União Europeia é demarcada pelo princípio da subsidiariedade. A União só avançaria quando os Estados-membros não pudessem fazer tão bem, cada um por si. Por isso, todas as fontes comunitárias – diretrizes (ou diretivas) e regulamentos em primeiro plano – invocam a subsidiariedade⁵.

2 Bem como à Suíça de língua alemã.

3 Não obstante haver correntes germanistas: estas revelaram institutos autônomos que enriqueceram o conjunto, mas não tiveram êxito nas tentativas de autonomização.

4 Mesmo sob o domínio soviético foram publicadas Diretivas sobre a lei civil das Repúblicas soviéticas.

5 Sendo certo que muitas vezes essa afirmação não tem correspondência na realidade.

O Direito Comunitário⁶ é consequentemente um Direito excepcional – só regula pontos determinados. Sendo assim, encontramos uma situação semelhante à da lei em *common law*: por isso, as fontes comunitárias contêm uma lista, às vezes muito longa, de definições que demarcam o âmbito excepcional a que se aplicam. Não são susceptíveis de analogia, ao contrário das leis internas comuns.

O caráter fragmentário daí resultante é em grande parte compensado pelos Tribunais da União Europeia, designadamente o Tribunal Geral e, no cume, o Tribunal de Justiça da União Europeia. Tem uma larga intervenção, que roça pela arbitrariedade. Não se limita a uma aplicação da lei, orienta-se também pelo que chama os objetivos gerais da União. É assim muito sensível a conveniências políticas, sempre num sentido centralizador, em benefício dos órgãos centrais da União. Inova.

Porém, a intervenção não se dirige ao Direito Civil como tal. Esse é competência dos Estados-membros, em princípio. A União dirige-se particularmente ao mercado comum a construir. Aí, ampliam-se progressivamente objetivos e graus de integração. A receita para toda a crise ou problema é sempre a mesma: atribuir mais e mais competências à União⁷. Esconde mal a vontade de substituição dos Estados-membros por um Estado central. Para isso vai elaborando os instrumentos básicos de um Estado. Por exemplo, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000. Os Estados europeus são dos mais adiantados nesta matéria, têm as suas declarações nacionais e submetem-se aos grandes instrumentos internacionais. Além disso vigorava a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, a que aderiram todos os Estados-membros. Não obstante, a Carta foi levada por diante, o que pode corresponder à intenção de formação progressiva de um Estado europeu, uma vez que se considera que uma Declaração de Direitos Fundamentais é necessariamente parte integrante da Constituição de um Estado.

Com tudo isto, a legislação comunitária continua excepcional e fragmentária, mas é cada vez mais densa. Todo o novo instrumento se reclama da subsidiariedade, mas absorve afinal competências dos Estados. Passa consequentemente a ser a Comissão Europeia quem representa todos os Estados nas reuniões internacionais sobre essas matérias. Mais do que isso, a União passou a aderir ela própria a Tratados e Convenções e às organizações internacionais, exercendo então competência repartida com os Estados; ou mesmo competência exclusiva, conforme os casos, embora estes continuem membros e estejam presentes nas conferências deliberativas dessas instituições.

É nesta linha que surgiu o Projeto da Constituição Europeia. Como todo o Estado tem uma constituição, o Projeto acelerava a transição para o Estado europeu. Foi rejeitada mas logo surgiu um sucedâneo, o atual Tratado da União Europeia. Avança com novas características de um Estado, como seja a previsão de um Presidente da União Europeia e de um Ministro do Exterior da União Europeia – que é a situação atual.

6 Apesar de a Comunidade Europeia ter sido substituída pela União Europeia, por força do Tratado da União Europeia (Tratado de Lisboa), o Direito da União continua a ser qualificado como Direito Comunitário.

7 Como acontece agora, com a crise orçamentária e financeira de várias Estados, que se comunica à própria União.

Toda a tese gera a antítese. A intenção centralizadora esbarra frequentemente com a resistência dos Estados. Travam-se grandes debates, que impedem ou amortecem os resultados pretendidos. Alguns membros são particularmente reticentes, em especial o Reino Unido, diplomaticamente muito hábil⁸. Assim, as alterações que resultariam do fato de o Tratado de Lisboa prever aqueles altos cargos foram praticamente liquidadas pelas opções subseqüentes na execução.

3 A MIRAGEM DE UM DIREITO CIVIL EUROPEU

Tudo o que dissemos, porém, só lateralmente toca o nosso tema. Questionamos a existência de um Direito Civil Europeu. Mas o Direito Civil em si é exterior à integração econômica, que continua a ser o objetivo básico da União Europeia. Só em aspectos parcelares, mais ou menos distorcidamente, a União intervém a regular este ramo.

Mas, se não intervém diretamente, pode fazê-lo indiretamente. O Direito Civil é a base da ordem legislada, como melhor veremos. Por isso, muitos dos domínios em que a União se declara competente vão ter reflexos no Direito Civil. Reflexos pontuais e assim fragmentários, como sempre, mas que também, eles próprios, se tornam numerosos.

As intervenções no domínio do Direito dos Contratos são hoje significativas. Por exemplo, a disciplina da proteção do consumidor toca o Direito Civil, enquanto disciplina dos contratos. As cláusulas contratuais gerais atingem o conteúdo dos contratos. A regulação da multipropriedade imobiliária também. A do comércio eletrônico. Ainda a das cláusulas desleais e agressivas, a dos mercados financeiros, e assim por diante.

Significa isto que se vai formando um Direito Europeu dos Contratos?

Não significa. Mantém-se o caráter fragmentário. As intervenções avulsas trazem uma coleção de manifestações, mas de maneira nenhuma uma unidade que surja sequer como um esboço de um ramo do Direito. Reflete apenas as composições a que se chegou situação por situação mas nunca sequer um embrião de um entendimento unitário. Não se esqueça aliás o caráter excepcional das fontes comunitárias, que torna ilegítima qualquer tentativa de elaboração de um Código pela União. Não o pode fazer; não pode ultrapassar o estágio das coletâneas de legislação, por exemplo, nas diretrizes chamadas consolidadas, que reúnem num só texto diretrizes anteriores e alterações que se foram sucessivamente fazendo. Mas o trabalho de codificação, que supõe uma estrutura científica e o recurso a princípios gerais, esta fora da competência dos órgãos comunitários.

Por outro lado, as intervenções comunitárias traduzem a maior força das potências dominantes, que se traduz em medida diferente caso por caso, perante as coligações

⁸ Assim, muitas propostas da Comissão são de Regulamentos, que seriam imediatamente aplicáveis; mas no Conselho Europeu, composto pelos Estados-membros, são afinal aprovadas diretrizes, que estabelecem um quadro geral e exigem transposição para vincular os Estados-membros.

possíveis. Isso tornaria difícil uma construção unitária. O TJUE a ultrapassa, com o grau de arbitrariedade que já assinalamos, na solução de casos concretos, mas o objetivo e resultado não é a formação de um Direito Civil Europeu. O caráter fragmentário persiste.

É verdade que se apresenta também como objetivo atribuir uma maior coerência ao Direito Europeu dos Contratos, na *Agenda Digital* da Comissão⁹. Mas a epígrafe é enganadora. Tem-se em vista particularmente a proteção do consumidor, que se pretende reforçar, e não a coerência dos contratos em geral.

Fora deste quadro, há que anotar que o intuito centralizador no Direito Civil existe, sim, mas por força de entidades exteriores às instituições europeias, embora sejam apoiadas por estas. Haverá pelo menos quatro – duas na Alemanha, uma no Reino Unido, outra na Itália. São entidades “privadas”, embora o conúbio com os poderes públicos possa ser grande. Traduzem as orientações dos respectivos países. Mesmo entre elas os objetivos científicos prosseguidos não são coincidentes. Ora se pretende detectar um fundo comum europeu (*common core*)¹⁰, ora se vai diretamente para a elaboração de um Código Civil europeu¹¹, ora se acolhem outras orientações.

Têm-se apresentado Projetos, mas os avanços têm sido escassos. Podemos dizer que a fase atual é de regressão. A Comissão desinteressou-se, ao menos temporariamente, e deixou de apoiar. Os projetos estão praticamente parados.

4 DIREITO DOS PAÍSES EUROPEUS: CODIFICAÇÃO, DESCODIFICAÇÃO, RECODIFICAÇÃO

Na Europa, o Direito Civil deve procurar-se de país para país. Interessa-nos agora, em particular, a situação nos 27 países¹² membros da União Europeia.

A grande distinção é realmente a que medeia entre os países de *common law* e os de Direito romanístico (no sentido restrito).

Começamos pelos de *common law*. A mentalidade dominante nesses países, avessa a deduções a partir de princípios gerais, levou como dissemos ao *case law* – a decisão do caso concreto pelos juízes mas baseando-se nos precedentes. Em princípio, são decisivos os casos já julgados por tribunais de nível superior da mesma cadeia hierárquica, tendo no topo a Câmara dos Lordes¹³; excepcionalmente haverá lei, que será então observada. O precedente foi declarado imutável por autodecisão da Câmara dos Lordes no século XIX, mas essa decisão foi revogada pela mesma Câmara no séc. XX: um precedente pode ser *overruled*.

9 Comunicação da Comissão de 2010, 14-15.

10 Caso do grupo do Reino Unido.

11 Caso do grupo italiano.

12 Passarão a 28 com a adesão da Croácia.

13 Há que não se deixar enganar pela designação: este é um órgão judicial e não a homônima assembleia política.

A técnica das definições prévias, essencial ao sistema, estendeu-se às fontes da União Europeia, por aí as fontes serem também excepcionais¹⁴.

O estudo desta ordem torna-se complexo para o jurista continental pela normal vinculação por precedentes, pela ausência de princípios gerais, pela dependência do caso concreto e pelo poder criador atribuído ao juiz.

E nos países continentais, de Direito romanístico *stricto sensu*?

Nesses países é pelo contrário muito importante a codificação. O Código Civil ocupa lugar central desde há mais de dois séculos: foi particularmente significativo o Código Napoleão, de 1804. A codificação do Direito Civil estendeu-se depois à maioria dos países, ou por elaboração autônoma ou por cópia daquele Código. Este só perdeu o primado com o BGB, Bürgerliches Gesetzbuch, de 1900, que teve também grande expansão.

No séc. XX temos ainda códigos importantes, como o suíço, o italiano, o grego, o holandês e o português de 1966. Mas o ímpeto codificador abrandou. Aliás, mesmo em âmbito mundial, é impressionantemente escasso o número de novos códigos civis em todo o mundo. Será de atribuir em grande parte à complexidade da tarefa, mas não só.

De fato, os códigos envelheciam. As leis extravagantes multiplicam-se, agravando esse envelhecimento: é muito difícil reformar devidamente a estrutura científica de um código. Mas mesmo no campo erudito tornou-se moda defender a descodificação como um objetivo a atingir, deixando de lado a codificação. Há particularmente uma escola italiana nesse sentido, com repercussão considerável na ciência brasileira.

Na França dá-se um fenômeno curioso. O envelhecimento do Código Civil francês, se não lhe roubou o prestígio, tornou manifesta a insuficiência. Dá-se um paradoxo: a solução passou a procurar-se na jurisprudência. Temos assim um paradoxo: o grande monumento da legiferação passou a presidir a um Direito jurisprudencial! Mas com isso o Direito francês perdeu universalidade, porque não tem sentido aceder à ciência do Direito por arestos de Nantes ou de Marselha...

Mas há também o contrachoque: o movimento de recodificação. Mesmo na França temos o Projecto Catala, bem recente, mas que não foi por diante.

A recodificação manifestou-se porém com toda a pujança na reforma do Livro do Direito das Obrigações do BGB, em 2001. Dela falaremos em especial mais tarde.

5 AVALIAÇÃO GERAL

Qual a situação caracteriza o Direito Civil atual dos países europeus?

¹⁴ Mas é completamente absurda a imitação desta em países como Portugal, em que as leis se aplicam em geral, por força do princípio da analogia.

Digamos que se procura uma saída, entre o legalismo anquilosado do início do séc. XIX, quando o juiz era apenas “a boca que falava as palavras da lei”, e o positivismo construtivista estreito, lógico e tecnicista, que despontou na segunda metade desse século e se prolongou pelo séc. XX. No limite, chega-se à distorção kelseniana e à indiferença pelo conteúdo.

Onde está a saída? Na Europa, não se tende para o abandono ou enfraquecimento da lei, pelo menos no plano das afirmações. A Escola do Direito Livre foi uma aparição fugaz, com escassíssima penetração.

A saída se encontra num despertar para as valorações e do sentido social do Direito.

No primeiro aspecto, pode-se remontar a meados do séc. XIX e encontrar o “segundo” Jhering, que acentua o significado dos interesses e do fim do Direito. Quanto à preocupação social encontra-se em movimentos já mais para o final do séc. XIX, como reação aos desequilíbrios sociais evidentes. Avançam lentamente, acabando por se impor quando a satisfação com os interesses instalados desaba com a I Grande Guerra.

Paralelamente, há um fenômeno técnico muito importante: a recuperação da autonomia e significado da fase de **aplicação** da lei. Não se trata de manejar um silogismo, porque não é uma operação meramente lógica. Deverá fazer-se atendendo a todas as circunstâncias do caso. Não se confunde com a equidade, porque esta se realiza sob a égide do valor Justiça, enquanto a aplicação de que falamos é aplicação da lei. Mas descobre-se que a índole do caso decidendo reclama uma nova fase, distinta pelo objeto e pelos critérios da fase da interpretação.

O formalismo vai assim sendo sucessivamente batido, na profusão de escolas metodológicas que se sucedem. Mas o resultado é o Direito se tornar progressivamente mais humano, por se passar a valorar a realidade em que o homem se debate.

Os pontos altos marcantes são a preocupação pela Justiça da decisão e pela proteção da parte mais fraca. Isto fora posto de lado pelo positivismo.

O instrumento prioritário nesse sentido é a cláusula geral: usando *cláusula*, não como disposição contratual, mas como critério valorativo constante da lei. Reconhece-se que a lei não pode conter tudo, contra a arcaica concepção enciclopedista, e também que a solução só se obtém na generalidade dos casos mediante uma valoração. O desenvolvimento de figuras como abuso do direito, função social, boa-fé, proporcionalidade... são passos nesta evolução. Umas mais certeiras e felizes que outras, mas cada uma trazendo a sua contribuição própria¹⁵.

Destas categorias, é hoje particularmente importante a **proporcionalidade**. Emergiu como princípio constitucional mas foi transbordando gradualmente para toda a ordem

15 No Brasil, veja-se a muito recente obra de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Da Extinção do Contrato. Arts. 472 a 480, in “Comentários ao Novo Código Civil”, coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, vol. VI, tomo II, Gen/Forense, 2011, que fala em valorações preferentes e faz remissões.

jurídica. Com inteira justificação: não só tem uma afinidade grande com outras categorias, como a sua extensão manifesta a unidade da ordem jurídica. Torna-se particularmente atraente por ser estreita a vizinhança com a igualdade, embora com esta se não confunda. Tem campo cada vez mais frutuoso de afirmação.

A aplicação de cláusulas gerais supõe juristas competentes, que não a aproveitem como porta aberta à arbitrariedade. Cada cláusula tem o seu sentido próprio: o aplicador deve conhecê-lo para decidir com precisão. Por isso a decisão é sujeita a recurso, não para fazer prevalecer uma arbitrariedade sobre outra arbitrariedade, mas para que a aplicação que foi feita da lei seja controlada.

E quanto à chamada unificação do Direito Privado, mediante a integração do Direito Comercial no Código Civil, por meio de um livro sobre o Direito da Empresa?

É o caminho trilhado pelo Código Civil italiano de 1942, que é um documento notável. Resolve problemas efetivos que se colocavam, como o da delimitação do ato do comércio ou a distinção entre contratos civis e comerciais. Mas não teve grande irradiação, até ao Código Civil brasileiro de 2002.

Refletindo, diremos que não trouxe verdadeiramente uma unificação do Direito Privado. A unificação é meramente formal ou de fontes legislativas. Quem era comercialista continuou a sê-lo; continua a haver a disciplina de Direito Comercial mesmo que epigrafada Direito da Empresa; e os livros publicados sobre a matéria, mesmo que mudem de título, conservam o anterior conteúdo.

Isto nos leva a concluir que a delimitação do Direito Comercial em torno da empresa, que é uma tese já há muito tempo defendida, não tem como sequela nem como pressuposto a unificação do Direito Privado. Pode-se fazer mantendo-se a distinção dos ramos de Direito. O Brasil nos dá uma demonstração desta realidade.

E há razões substanciais para pensar assim. O Direito Civil é para nós o Direito Comum do Homem Comum¹⁶: é aquele de que todas as pessoas participam pela simples circunstância de serem pessoas. Não pressupõe especializações adicionais, como funcionário público, agricultor e assim por diante. Pois também não pressupõe que todos sejam empresários: a maior parte não o são. Por isso é inconveniente a integração substancial do Direito da Empresa no Direito Civil, tal como o era antes a do Direito Comercial.

Teremos oportunidade adiante de indicar outras consequências deste critério.

16 Veja-se os nossos Direito Civil e Direito do Consumidor, in *Themis – Código Civil Português – Evolução e perspectivas actuais*, edição especial da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Almedina, 2008, 165-182; e in *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumo – FDUC, n. 8, Coimbra, 2006/07, 29-49; e *O Direito Civil como Direito Comum do Homem Comum*, in *Jornal Carta Forense*, 2 de Dezembro de 2010, p. A8.

6 A EXPANSÃO ATUAL DO DIREITO CIVIL

O Direito legislado ganha cada vez maior complexidade, acompanhando a complexidade crescente da vida social. Por isso há uma incessante criação de novos ramos do Direito.

Perante este fenômeno, poderia pensar-se que o Direito Civil iria definhando, pela degradação resultante da formação de novos ramos, à custa do seu conteúdo.

Mas a realidade é a oposta. O Direito Civil é um ramo em expansão, o que manifesta a sua vitalidade. O que acontece é que essa expansão se dá mediante pretensos novos ramos do Direito que, para o que nos ocupa, são muitas vezes por natureza Direito Civil.

O caso-padrão é o do **Direito do Consumidor**. Observamos já que tem uma data certa de nascimento: 10 de março de 1962, data do discurso do Presidente Kennedy em que este afirma: *Na realidade, somos todos consumidores*¹⁷. Este discurso e em especial esta frase, apesar de óbvia, bem como o sentido político assim enunciado levaram à adoção de legislação protetora do consumidor nos Estados Unidos e, por arrastamento, na Europa, nos outros países do continente americano e em numerosos outros países por todo o mundo.

O Direito do Consumidor não é Direito do Consumo: nesse caso seria Direito da Economia. É mesmo **Direito do Consumidor**, porque é um direito de proteção do consumidor, como a parte mais fraca. Desempenhou um papel fundamental no Brasil, que aprovou em 1990 o primeiro (a nosso conhecimento) Código do Consumidor do mundo: foi utilizado como instrumento para incutir no Direito Privado o espírito da Constituição de 1988, que se não revia na índole positivista do Código Civil de 1916 vigente.

Na Europa teve particularmente como instrumento a legislação da União Europeia, que se aproveitou da circunstância da ausência de regulação para emitir sucessivas diretrizes sobre esta matéria, tratando de pontos fundamentais deste ramo – embora sempre com o caráter fragmentário próprio desta legislação. Temos assim diretrizes sobre:

- cláusulas contratuais gerais;
- contratos a distância e fora do estabelecimento comercial;
- tipos específicos de contratos, como o de multipropriedade e muitas outras¹⁸.

Os vários países foram transpondo esta legislação, como lhes competia, e constituindo a partir daí o ramo de Direito do Consumidor. Raramente centralizaram essa legislação num

17 Veja-se o nosso *Direito europeu do consumidor e Direito brasileiro*, in RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil (Rio de Janeiro), ano 8, vol. 32, Out-Dez/2007, 179 192. Sobre esta matéria, veja-se Dayse de Vasconcelos Mayer, *O Direito do Consumidor frente ao Código Civil: autonomia e perspectivas de futuro*, na Rev. da Esmape, vol. 14/19 (09), 111. É curioso observar que são os Estados Unidos, país em que a proteção do consumidor é, na realidade, relativamente débil, que estão na origem deste ramo do Direito. Dez de março é mesmo o dia mundial do consumidor.

18 Todo o Direito Comunitário do Consumidor está atualmente em vésperas de uma reforma global, com ampliações consideráveis do seu âmbito.

código: fê-lo inicialmente a França e recentemente a Itália, mas nos outros países é muito visível a fragmentação resultante do aglomerado de diretrizes esparsas da União.

A Alemanha, porém, abriu um novo caminho. Já em 2000 o BGB passou a conter uma definição de consumidor. Mas foi no ano seguinte, com a Reforma do Livro das Obrigações do BGB de que falamos já, que o Direito do Consumidor foi consagrado como Direito Civil. Não por meio do acrescento de um novo livro ao BGB, mas mediante uma reforma criteriosa em que os preceitos fundamentais do Direito do Consumidor foram acolhidos, umas vezes com caráter geral quando isso se justificava, outras limitadas aos consumidores. Mas bastaram cerca de 50 preceitos para realizar isto¹⁹. Tudo o resto é remetido para leis complementares do Código Civil.

Esta façanha (porque reformar um Código centenário é uma façanha) é muito importante para o Direito do Consumidor. Porque marca definitivamente que o Direito do Consumidor é Direito Civil – por isso é integrado no Código Civil.

A relevância desta reforma está em reconhecer que o Direito do Consumidor é Direito Comum²⁰, e o Direito Comum é Direito Civil. Com efeito, não há nada mais comum ao homem que a qualidade de consumidor. Cai portanto plenamente na categoria do Direito Comum do Homem Comum.

Semelhante integração de um ramo de Direito, considerado em geral como especial, no Direito Civil é muito elucidativa de um modo de crescimento real do Direito Civil²¹.

Analogamente nos poderíamos pronunciar em relação a outros setores da ordem jurídica.

Por exemplo, em relação ao Direito Urbanístico; ou a um ramo aparentado, o Direito da Cidade, que tem tido um desenvolvimento notável no Brasil, particularmente pelo acento posto nessa matéria pela UERJ.

Também aqui temos desenvolvimentos de grande importância e atualidade. Envolvem-se aspectos de Direito Público e de Direito Privado. Tiram-se consequências no domínio da vizinhança, nomeadamente. Esboça-se assim um novo ramo de Direito, também de conteúdo misto.

Mas, apesar de toda a marca administrativa nesta disciplina, é inegável que há um Direito Privado do Urbanismo e um Direito Privado da Cidade. Esses são Direito Civil,

19 É verdade que, ao gosto alemão, são por vezes gigantescos.

20 Veja-se os nossos Direito Civil e Direito do Consumidor, cit., 165-182; e in Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito do Consumo – FDUC, n. 8, Coimbra, 2006/07, 29-49; Direito Industrial e Consumidor, in Scientia Iuridica (Braga), Tomo LVII, N. 313, Jan Mar/2008, 71-92; in Revista de Direito do Consumidor, Brasilcon/RT, vol. 68, Out-Dez/08, 195-211, e in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, vol. III, Direito Privado, Direito Público e Vária, Almedina, 2010, 193-208.

21 E demonstra, pela negativa, o que dissemos sobre o Direito da Empresa: como nem todos são empresários, o Direito da Empresa não é Direito Civil. É um Direito Privado especial. Por isso, também a integração no Código Civil tende a ser mais nominalística que real.

porque respeitam a uma situação geral das pessoas, sem cortes profissionais ou semelhantes. Quem quer que esteja na cidade ou em agregado habitacional a eles está submetido.

Paralelamente, e até talvez reciprocamente, deveríamos fazer o mesmo raciocínio a propósito do Direito Agrário. Mas o que dissemos dá já ilustração suficiente. Há muito de Direito Civil nos novos ramos do Direito, formados por razões pragmáticas e didáticas mas ainda sem pouso certo no ordenamento jurídico.

Mas há outro modo de crescimento do Direito Civil, por diferente via. Vamos exemplificar com o Direito do Ambiente.

Este tem sido considerado prevalentemente por um prisma de Direito Público, pela importância dos instrumentos que o versam, quer no âmbito da Constituição quer no do Direito Administrativo em particular, dada a intensidade da intervenção administrativa.

Mas isso não pode fazer esquecer que há também um Direito Privado do Ambiente, que tem sido lamentavelmente secundarizado pelas publicistas. Tudo o que respeita à posição dos privados, quer como participantes na defesa do ambiente, quer como beneficiários de proteção em consequência de danos sofridos por efeito de agressões ao ambiente, é Direito Privado. A insuficiência da legislação positiva neste domínio²² não prejudica a qualificação como Direito Privado. E dentro do Direito Privado é Direito Civil, porque são essencialmente de Direito Civil os instrumentos de defesa que são facultados aos privados.

Temos assim ramos de Direito que são mistos, porque fazem uma síntese de público e privado; mas isso não impede que a parte privada possa ser qualificada como Direito Civil e neste integrada. Aqui temos outra zona de expansão do Direito Civil.

A repercussão destas conclusões é muito grande. Por exemplo, no Direito da Vizinhança, que ganha uma nova face. As bases deste carecem de uma revisão profunda. Não basta distinguir vizinhança e contiguidade: é necessário ir muito além, despindo a vizinhança de qualquer vinculação à proximidade. Os meios técnicos atuais permitem que um acidente nuclear no Japão atinja a Califórnia. As relações daí derivadas são também privadas e têm de ser previstas, ultrapassando muito o carácter arcaico da disciplina atual. E com isto, ampliando o corpo do Direito Civil.

7 O EMPOLAMENTO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Nos nossos dias o Direito Constitucional assumiu uma posição cimeira. Enquanto exprime a superioridade hierárquica da lei constitucional, não suscita nenhum reparo.

22 Veja-se sobre este ponto o nosso *A participação popular na defesa do ambiente: uma inconstitucionalidade por omissão?* (no prelo).

Mas foi desenvolvida na Itália a tese da existência de um Direito Civil Constitucional²³. Há que examiná-la, pois isso poderia representar uma nova vertente da ampliação do âmbito do Direito Civil.

A tese teve grande repercussão no Brasil, por meio de juristas de relevo, como Gustavo Tepedino. Haverá uma circunstância que explica esta aceitação da doutrina italiana. Num caso e noutro, uma nova ordem constitucional entrava em choque com um Código Civil que não refletia os valores constitucionais, pois fora elaborado em regime político diferente. O Código Civil italiano é de 1942: é um documento notável, mas fora aprovado em pleno regime fascista. Algo semelhante acontece no Brasil, mesmo perante o Código Civil de 2002, uma vez que o Projeto, embora em si muito valioso, datava de 1975.

Mas a noção de “Direito Civil Constitucional” é altamente ambígua. Pode significar um sub-ramo de Direito Constitucional. Pode significar um novo ramo de Direito Civil. E pode significar um terceiro ramo de Direito, além do Direito Civil e do Direito Constitucional.

Nenhuma destas acepções é aceitável. Não há novos ramos do Direito objetivo, há apenas a necessidade de coordenar ramos de Direito dentro da necessária unidade da ordem jurídica.

O dado de partida é a primazia hierárquica da regra constitucional. Os princípios da Constituição penetram em todos os setores da ordem jurídica. Refratam-se sobre toda a vida jurídica, e portanto também sobre as situações civis.

Mas isso não tem nada que ver com a criação de um novo ramo do Direito. No domínio das relações civis a fonte imediata é a civil, não a constitucional. Essa fonte deve ser interpretada dentro do quadro e das orientações constitucionais, como toda a regra jurídica. Mas isso não equivale a admitir o que Otávio Luiz Rodrigues Júnior, num artigo notável²⁴, chama a *tentativa de colonização do Direito Civil no marco da constitucionalização*. A epígrafe adotada não pode ser entendida como afirmando o acoplamento a cada ramo do Direito de um duplo constitucional. Este jogo de espelhos, de autogeração infinita de novos ramos de Direito, não teria sentido, porque o que está em causa é simplesmente o entendimento das regras vigentes. Por isso, não tem nem pode ter qualquer tradução em disciplinas acadêmicas ou no ensino do Direito em geral.

A grande realidade é pois sempre o Direito Civil, na sua esfera própria, restaurado como Direito comum. E repare-se: o Direito Civil é o depositário das doutrinas comuns de toda a ordem jurídica, tradicionalmente. É nele que se encontram os princípios técnicos e valorativos básicos. Assim acontece com os princípios sobre fontes do Direito, interpretação, conflito de leis... E porque são comuns penetram em todos os ramos, se não houver razão em contrário. Mas têm a sua guarida no Código Civil, tradicionalmente, porque o Direito

23 Veja-se no Brasil, em tradução para português: PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*, Renovar, 1997.

24 *Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*, in *O Direito* (143.º (204) II, 43-66 (57).

Civil continua a ser o Direito geral, não obstante ter partilhado espaço noutras matérias com a Constituição.

Para este efeito, pouco importa que estes aspectos estejam integrados no próprio Código Civil, como na lei portuguesa, ou numa Lei de Introdução, como no Brasil. São sempre Direito Civil, independentemente da fonte instrumental, porque os grandes princípios sobre a estruturação e funcionamento da ordem jurídica cabem tradicionalmente ao Direito Civil.

8 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DOS PAÍSES EUROPEUS NUM SENTIDO MAIS VALORATIVO E SOCIAL

Tudo o que fomos dizendo se reflete nas situações dos ordenamentos dos vários países europeus, particularmente dos integrados na União Europeia. Indiretamente, fomos detectando uma problemática que é afinal comum, não obstante a evolução específica de cada país.

Tomemos agora outro enfoque. Procuremos caracterizar substancialmente a situação que se vive na Europa, com base em traços que possamos dizer comuns, ou tendencialmente tais.

O primeiro ponto a acentuar é o carácter cada vez mais valorativo dos Direitos europeus. Nos países de *civil law*, dá-se o abandono da ilusão de que os artigos das leis resolveriam tudo. O Direito é crescentemente enquadrado por cláusulas gerais, pois só por meio destas será possível extrair, da letra fria da lei, a solução adequada ao caso concreto.

O manuseio das cláusulas gerais é difícil. Exige cultura jurídica, experiência, bom senso e conhecimento específico da cláusula geral a aplicar. Quer dizer, exige juristas de nível, capazes de preencher os critérios legais para fazer a ponte entre a lei e o caso concreto.

Estes juristas não abundam. É uma realidade, que há também que ter em conta, mesmo em países mais maduros da Europa. O que significa que o progresso do Direito legislado tem de andar a passo com o progresso na formação jurídica. Não se atribuem diplomas para engrossar as estatísticas.

Nomeadamente, há que afastar a via falsa de amontoar listas de cláusulas gerais para solução de casos concretos, como se a extensão do rol adiantasse alguma coisa. As próprias leis cedem por vezes a esta tentação²⁵. O que interessa é, pelo contrário, ter consciência do que cada cláusula representa, apercebermo-nos de eventuais variações históricas do sentido e ser certo na aplicação ao caso concreto. Sobretudo, sabendo fugir à tentação de utilizar as cláusulas gerais para a cobertura mentirosa do arbítrio ou da ilegalidade, “justificando” deste modo distorcido a solução que, porventura, estaria ínsita na valoração correta a que essas cláusulas convidam.

25 No Brasil temos manifestações funestas desta fuga, como no art. 51/IV do Código do Consumidor.

Por outro lado, manifesta-se na proteção da parte mais fraca a atenção social do Direito europeu contemporâneo. O Direito deixou de ser aplicado com os olhos vendados à diversidade real da situação das partes. Procura caminhos de temperar as maiores forças sociais. Com isto torna-se um Direito mais comunitário e realístico, e por conseguinte mais humano.

Mas estes traços comuns deverão ser conjugados ainda com a diversidade das situações nacionais. Diversas origens e tradições provocam resultados jurídicos diferentes também.

Temos antes de mais nada de especificar os sistemas de *common law*. Aí não se encontra uma base geral na lei, mas sim nos precedentes. Estes são virados para os casos concretos, mas a máxima de decisão tem uma extensibilidade que os ultrapassa. O acento valorativo e social deverá encontrar-se no conjunto das decisões. A maior liberdade relativa dos juízes permite-lhes chegar a soluções adequadas aos casos, podendo dizer-se que nas orientações gerais da jurisprudência se encontra como que um *ersatz* do sentido valorativo e social da legislação continental.

Mas mesmo entre estes últimos teremos de proceder a distinções.

O Direito francês perdeu irradiação porque se tornou jurisprudencial. Continua a haver bons juristas, porque os há sempre, mas dificilmente retiraremos deles grandes orientações que se possam aplicar também noutros países.

A jurisprudência e doutrina italianas continuam muito valiosas, mas são menos conhecidas extra-fronteiras²⁶.

O papel central cabe hoje à Alemanha²⁷. Aí se geraram numerosos institutos jurídicos que foram sendo sucessivamente acolhidos por outros países. Acresce que a Alemanha, pela posição cimeira que tem na União Europeia, controla de perto a evolução jurídica comunitária, e portanto também a índole das fontes desta e das transposições que são realizadas pelos Estados-membros.

Os resultados da sua pujante elaboração, como o que respeita às cláusulas contratuais gerais e a tantos outros institutos de Direito Civil, foram consolidados na Reforma do Livro do Direito das Obrigações do BGB de 2001, que o renovou profundamente, alterando muitos parágrafos deste²⁸.

A Reforma é simultaneamente inovadora: não só recodifica como traz novos institutos e refunde os anteriores. É logo elucidativo o § 241, primeiro parágrafo desse livro, cujo n. 2 dispõe: *Uma obrigação pode também, atendendo ao seu conteúdo e natureza, obrigar cada parte a*

26 Isto resulta também da diminuição gradual da relevância internacional das línguas latinas, face às germânicas.

27 Como dissemos, formou-se um núcleo jurídico mais amplo que engloba, além da Alemanha, a Áustria e a Suíça de língua alemã.

28 E incidiu ainda sobre preceitos específicos de outros livros do BGB.

*ter em conta os direitos e bens jurídicos da outra parte*²⁹. Podemos filiar nesse princípio o dever do credor de mitigar os danos do devedor, que hoje se pode considerar generalizadamente admitido na doutrina de ponta³⁰. Recorde-se que a omissão só releva se houver um dever de agir.

Esta Reforma trouxe, sob a direção de Canaris, um avanço generalizado. O BGB torna-se neste setor vital mais valorativo e social, e menos formal. Exprime um espírito que se expande entre os países europeus, com influências recíprocas.

Podemos referir três modos principais de intervenção:

- I. Pela transposição de diretrizes da União Europeia, integrando-as no BGB e por vezes generalizando-as além do âmbito originário;
- II. Pela recodificação no BGB de matéria que andava dispersa na legislação avulsa;
- III. Pela introdução direta de alterações sistemáticas ou substantivas no corpo do BGB³¹.

É impossível porém avançarmos mais na exposição desta matéria, que representa por si um tema de grande amplitude. Basta-nos frisar o resultado: o BGB volta a ser um Código moderno, de novo completo e coerente, mas que está agora mais longe do positivismo, porque mais atento ao caso concreto e à Justiça das situações. E com isto, muito mais valorativo. Representa por isso o modelo mais adiantado da evolução do Direito Civil dos países europeus.

Ilustram-se igualmente com isto as questões universais de sistemática que se suscitam. E não se pense que são questões meramente formais, de ordenação expositiva. Têm, pelo contrário, repercussões substantivas importantes.

E tem outra incidência, que não podemos deixar de referir. A nossa visão da relação credor / devedor é muito agônica: talvez por influência da definição corrente da relação jurídica como a solução pacífica de um conflito de interesses, vemos a obrigação como uma luta credor / devedor. Mas a Reforma abre-nos a porta a outro entendimento: a obrigação é também uma estrutura de colaboração. Em medida diferente consoante os casos, a relação que se estabelece permite uma colaboração para objetivos comuns. O dever de cada parte de “ter em conta” os interesses da outra insere-se nesta visão: credor e devedor não são inimigos, são também parceiros. É uma mudança de ponto de vista de largo alcance, que levará gradualmente a consequências muito importantes.

Intervêm por outro lado fatores exógenos perturbadores. As influências internacionais são fortíssimas, particularmente as vindas do mundo dos negócios, e sobretudo as provenientes

29 Na continuação escrevia-se: “A obrigação pode limitar-se a isso”, mas este trecho foi eliminado na versão definitiva.

30 Veja-se Ruy Rosado de Aguiar, *Extinção do Contrato* cit. Fala aí na “*doctrine of mitigation*”.

31 Por exemplo, o inadimplemento do contrato é substituído pela categoria da *inexecução dum dever obrigacional* (§ 280), o que lhe dá uma amplitude muito maior por passar a abranger a violação de outros deveres, como deveres acessórios e até deveres para com terceiros.

dos Estados Unidos da América. Os norte-americanos têm dificuldade em lidar com um Direito que não seja o *caso law* a que se habituaram.

Essas influências (ou mesmo pressões) nada incomodam o Reino Unido ou a Irlanda, mas nos outros países fazem-se sentir com gravidade, levando a distorções sistemáticas e anomalias substanciais. Incidem mais particularmente no Direito Comercial mas atingem também o Civil, por reflexo.

Isto é ainda ampliado por o país que apontamos como líder, a Alemanha, ser por sua vez muito sensível à influência dos Estados Unidos. O que obscurece por vezes o fundamento das soluções adotadas.

Por isso, qualquer afirmação de um Direito Civil europeu ou de perspectivas europeias tem de ser muito comedida. Representaria quando muito uma generalização ousada.

9 OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS

Procuramos esboçar uma síntese do panorama e das perspectivas do Direito Civil na União Europeia.

Mas tudo o que dissemos tem de ser entendido como mera aproximação, se nos fixarmos no conjunto.

Há também uma diversidade muito acentuada dos sistemas nacionais, porque são diferentes as condições sociais e econômicas, as práticas e as tradições; mas sobretudo porque no Direito Civil há a prevalência das leis internas, porque este não é por si competência comunitária. O que se observa são mais influências difusas, resultantes dos contatos transfronteiros dos cidadãos, das empresas e de juristas cultos do que propriamente linhas comuns.

Mesmo quando há identidade na substância das soluções adotadas pode haver variações na sistemática ou na estruturação técnico-jurídica.

Para dar um exemplo, consideremos a autonomia privada. Hoje em dia, é em todos os países um princípio fundamental.

Mas o tratamento sistemático que recebe pode variar muito. Será versada pelo ponto de vista do negócio jurídico? Ou isso representa abstração excessiva e será melhor colocar em primeiro plano o contrato?

Mas o contrato, por sua vez, deve ser estudado e regulado numa Parte Geral, havendo um Código Civil, ou em qualquer caso na Parte Geral de uma exposição sistemática? Ou deverá antes ser versado no âmbito do Direito das Obrigações, por o contrato ser fonte de obrigações?

Tudo isto interessa também à reflexão jurídica brasileira.

Muitos dos institutos examinados, mesmo os tirados de alterações recentes, ou estão já aceites ou estão em debate na ordem jurídica brasileira.

Chamaria a atenção para uma inovação relativa do Código Civil brasileiro (2002): a *função social do contrato*, consagrada no art. 421 do Código Civil.

Não representa em absoluto uma novidade. O princípio da função social abrange tendencialmente todas as situações jurídicas privadas, e portanto também as obrigações.

Mas o fato de ter sido expressamente proclamado concitou as atenções. Fez multiplicar os estudos sobre o tema, como se fosse matéria nova. E isso levou a chegar a conclusões que não eram visíveis no estado legislativo anterior³².

Em muitos outros setores encontramos um panorama análogo. Mesmo não mudando a lei, a prática pode supri-la na descoberta das virtualidades do sistema vigente. Para isso, a reflexão sobre a situação jurídica alheia e o confronto com a nacional pode ser a via para alcançar grandes progressos que se perspectivam.

32 No meio da grande diversidade de posições podemos referir: BERALDO, Leonardo da Faria. *Função social do contrato. Contributo para a constituição de uma nova teoria*. Del Rey, 2011. TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos, do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. Método, 2. ed., 2007. MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. Saraiva, 2009, 4.2.2.6. Otávio Luiz Rodrigues Júnior, ob. cit., em posição restritiva.

DEZ ANOS DE CÓDIGO CIVIL E A ABERTURA DO OLHAR DO CIVILISTA

Gustavo Tepedino

Presidente do Instituto de Direito Civil – IDC

1 ALTERAÇÃO DA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO E QUATRO CONSTATAÇÕES HERMENÊUTICAS

O primeiro decênio da promulgação do Código Civil de 2002, por circunstâncias históricas conhecidas, associadas à afirmação da força normativa do Texto Constitucional de 1988, coincide com alteração profunda da Teoria da Interpretação, superando-se o isolamento do Direito Civil em sua artificial **pureza** de estruturas conceituais. O fenômeno pode ser confirmado por quatro constatações fundamentais identificadas no debate doutrinário e jurisprudencial brasileiros.

Verifica-se, em primeiro lugar, o reconhecimento do sistema jurídico como sistema aberto, permeável à economia e à cultura, de tal sorte que o objeto cognitivo do civilista se expande para todos os matizes que, da tensão dialética com o texto da lei, permitem a extração da norma interpretada.

Em seguida, e em consequência da constatação anterior, tem-se como patamar de relativo consenso o reconhecimento de que o Direito se afigura maior que o Código Civil e que o texto normativo, apreendendo, compreendendo e traduzindo a identidade cultural da sociedade.

Em terceiro lugar, sublinhe-se o reconhecimento da complexidade do ordenamento, uma vez que este não se reduz a um conjunto de normas homogeneamente promulgadas, abrangendo, ao revés, princípios e regras oriundos de fontes historicamente díspares e hierarquicamente diferenciadas.

Em quarto lugar, o reconhecimento de que o ordenamento, para ser como tal considerado, em perspectiva sistemática, deva ser necessariamente unitário, e que esta unidade imprescindível e inexorável do sistema, em face da complexidade que lhe é inerente, depende de harmonização axiológica e hierárquica no âmbito interpretativo.

Tais constatações demonstram que o Código Civil está além da letra do Código Civil e que o civilista não poderá compreender o direito civil se não souber romper com o hermetismo conceitual e abrir seu olhar para a sociedade.

2 DIREITO E SOCIEDADE. UNIDADE DE PRINCÍPIOS E REGRAS NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

A ruptura do isolamento leva à superação da visão binária do processo hermenêutico em que se apartavam, tradicionalmente: (I) direito civil e sociedade; (II) interpretação e aplicação do direito; (III) norma jurídica (premissa maior) e fato social (premissa menor).

Dito por outras palavras, não se restaura a unidade do sistema, ameaçada pela variedade (complexidade) das fontes e pela admissão de vetores extralegais de intercomunicação no ordenamento, sem a utilização de princípios fundamentais e de cláusulas gerais que, mais amplos que as regras (e hierarquicamente superiores), servem de base axiológica para a solução de todo e qualquer conflito de interesse, a partir de recíproca interferência do fato (tal qual valorado, com suas peculiaridades, pela norma) e do texto normativo (mutante na dinâmica social), que incorpora, ao texto da lei, as peculiaridades oferecidas pela tensão de interesses no caso concreto.

Desta necessária unificação do sistema (complexo) mediante a utilização de princípios (incorporados a cada regra de incidência), em busca da harmonização do sistema, resulta a extraordinária importância da magistratura e de seu papel criativo para a definição da norma aplicável.

Ao magistrado, sob esse ponto de vista, caberá, em atividade simultânea, qualificar o fato, interpretar a norma e aplicar o direito. Não se vale de premissas abstratas imaginadas pelo legislador, em operação silogística, neutra e mecânica, apartada da realidade da vida, identificando, ao contrário, a norma do caso concreto a partir da pujante realidade sobre a qual incide e da qual, ao mesmo tempo, extrai as peculiaridades indispensáveis à própria interpretação.

Manifesta-se, nesse contexto, o acaso da subsunção como método hermenêutico, cuidando-se de operação silogística que pressupõe uma premissa abstrata, estática e, portanto, falsa, a incidir sobre uma composição fática igualmente imaginada pelo legislador, incolor e asséptica, longe do mundo real.

3 PAPEL DA MAGISTRATURA E REFORMULAÇÃO DA NOÇÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA EXTRAÍDO NÃO DA REGRA, MAS DO SISTEMA

Daí resulta, nos dias de hoje, a importância da magistratura na vivificação de princípios que, por sua amplitude, posição hierárquica e natureza fundante, asseguram a unidade do sistema, graças à atividade hermenêutica, a partir de padrões de comportamento axiologicamente reconhecidos pela sociedade e submetidos, mediante fundamentação e argumentação jurisdicionais, ao controle da sociedade.

A atuação jurisprudencial, assim concebida, longe de significar ativismo, ou indevida assunção por parte da magistratura do papel do legislador, significa o desempenho do dever constitucional, imposto à judicatura, de aplicação do Direito – não já de regras isoladas –, muito além de modelos abstratos, desprovidos de vida, que pudessem moldar ou cercear a prestação jurisdicional.

A noção de segurança jurídica, nessa perspectiva, longe de se ater ao texto legal isoladamente considerado, deve ser reconstruída na vinculação do magistrado ao ordenamento como um todo, incorporando, em cada decisão, devidamente fundamentada, os valores e princípios que definem a unidade do sistema.

Essa perspectiva unitária será preservada na medida em que o magistrado traduza, na sentença, não um pedaço do direito, um fragmento vinculado a este ou aquele (assim chamado) **microssistema**, mas o direito como um todo, inteiramente apreendido pelo magistrado que ausculta a sociedade e contextualiza o fato social no conjunto de valores, princípios e regras que compõem o sistema. Cada sentença representa o (*rectius*, um) ordenamento jurídico integralmente considerado.

4 INTEGRAÇÃO NORMATIVA DO CÓDIGO CIVIL, UNIDADE DO SISTEMA E SUPERACÃO DE MITOS

Esta atividade hermenêutica, a um só tempo criativa e comprometida com os princípios fundantes do ordenamento, impõe desafios aos civilistas, no sentido de afastar preconceitos na interpretação e aplicação do Código Civil.

Há de ser superado, antes de mais nada, o apego à técnica regulamentar, que privilegia a regra em detrimento do princípio, ao falacioso argumento da reserva legal e da liberdade de escolhas do legislador. Segundo tal tendência, bom direito é o direito regulado, e, se possível, de forma clara e categórica.

Ora, o apego do intérprete deve ter por objeto o ordenamento como um todo, na unidade sistêmica da qual resulta a prevalência hierárquica dos princípios e valores constitucionais. Se assim é, não há texto legal claro, sendo indispensável que o intérprete desvende, à luz das circunstâncias do caso concreto e informado pela principiologia constitucional, a norma aplicável, que somente se torna clara quando interpretada. A clareza da norma é um *posterius*, jamais um *prius*. Tanto o legislador quanto o juiz, nesta direção, encontram-se igualmente comprometidos com a tábua de valores do ordenamento e com a sua unidade, devendo respeito supremo não a uma regra, singularmente considerada, mas ao ordenamento como um todo.

Do apego excessivo à técnica regulamentar resulta uma perigosa subversão hermenêutica, no âmbito da qual na base da pirâmide normativa, quanto mais subalterna se localiza a regra, mas detalhada e analítica normalmente se apresenta (basta imaginar

a riqueza de detalhes de uma instrução normativa ou de uma portaria ministerial). Em consequência, acaba-se por privilegiar a regra subalterna em detrimento das normas postas no ápice da pirâmide, atribuindo-se ao legislador, em todos os níveis, o poder de decifrar o sentido último dos princípios fundamentais, traduzindo-os em forma de regras a serem servilmente seguidas pelo intérprete (cerimonioso e respeitador das escolhas legislativas).

Nesta mesma linha há de ser acantonado o tratamento errôneo dos princípios fundamentais como princípios gerais de direito (LINDB, art. 4º). Os primeiros encontram-se no cume da pirâmide normativa e devem informar toda e qualquer decisão judicial, enquanto os segundos são normas infraconstitucionais de integração, extraídas pelo método indutivo, aplicáveis residualmente somente quando faltam normas diretamente incidentes ao caso concreto, e desde que inviáveis a analogia e a utilização de costumes. Nos termos do art. 4º da LINDB, os princípios gerais de direito constituem-se em normas de integração incidentes somente nas hipóteses estabelecidas pelo legislador, ao contrário dos princípios fundamentais, utilizados *a fortiori* pelo intérprete de maneira prevalente e precedente em relação a normas infraconstitucionais.

Finalmente, há de ser superado o mito de um direito civil voltado exclusivamente para regular relações patrimoniais, ao qual interesses extrapatrimoniais seriam alheios, escapando a liberdade existencial até mesmo da ordem jurídica. Bem ao contrário, no manejo dos instrumentos oferecidos pelo Código Civil, tenha-se em conta que, por trás da estrutura normativa das categorias e modelos ali estabelecidos, há uma distinção funcional fundamental entre relações jurídicas patrimoniais e relações jurídicas existenciais, a exigir técnicas diferenciadas de atuação do direito. As relações jurídicas patrimoniais, vistas na unidade do sistema, destinam-se a produzir riquezas, expressão da liberdade econômica, e ganham legitimidade ao cumprirem sua função social, incorporando deveres implícitos na promoção de princípios e objetivos fundamentais da República. Já as relações jurídicas existenciais, de outra parte, desprendidas da técnica do direito de propriedade, servem, elas próprias, à autonomia para agir livremente e exprimir valores existenciais, autorizadas pelo ordenamento como afirmação da dignidade humana, não restando, contudo, indenes (ao mundo jurídico e, sobretudo,) a deveres inerentes à compatibilização da liberdade individual com a solidariedade constitucional.

PRESSUPOSTOS HERMENÊUTICOS PARA O CONTEMPORÂNEO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: ELEMENTOS PARA UMA REFLEXÃO CRÍTICA¹

Luiz Edson Fachin

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFPR

Uma palavra inicial de agradecimento e de congratulações se impõe. De uma parte, expresso gratidão pela honra de ombrear a abertura das *Jornadas* ao lado do pensamento vivo do Direito Civil, iluminado pela voz dos juristas que, acedendo ao convite do Ministro João Otávio de Noronha, aqui pontificam. Gratificado estou para aqui apresentar singela reflexão que humildemente trago à colação.

Registro, outrossim, a exemplar iniciativa e oportunidade em recolocar na cena do debate a posição sobranceira do governo jurídico das relações interprivadas. É neste contexto que emerge o relevo da interpretação, do papel do intérprete e da função dos princípios.

O significado de **hermenêutica**, como se sabe, está para além de relacioná-la à acepção semiológica de pura e simples **interpretação de signos** ou à concepção jurídica de **conjunto de regras e princípios interpretativos**. Não se pode reduzir, etimologicamente, tal apreensão como sendo a “arte de interpretar” relacionada tão somente ao estudo gramatical e retórico.

Impende, então, problematizar o proceder que quer restringir a hermenêutica a cânones científicos determináveis, ou ainda, quer reduzir no sistema jurídico a hermenêutica apenas a ter vez quando do surgimento de uma “lacuna normativa”, ou mesmo quando almeja, ainda, equivaler **hermenêutica** à **interpretação**, implicando ou não equivocidade elementar.

Assim, tem sentido investigar em que medida isso pode contribuir para uma hermenêutica jurídica diferenciada, ligada à percepção civil-constitucionalista de índole prospectiva cujo *devir* encontra-se orientado pela *aletheia* de conceitos e relações jurídicas submetidos à contraprova histórica da concretude, visando sempre à promoção do **ser** como **humano** de necessidade e liberdade, **constituído dialeticamente** por intermédio de sua própria **ação**.

Anima este horizonte sustentar a constitucionalização prospectiva de uma hermenêutica emancipatória do Direito Civil brasileiro.

¹ O autor registra o agradecimento ao pesquisador acadêmico Felipe Frank pela contribuição com as pesquisas que consubstanciaram o presente estudo, ao pesquisador acadêmico Rafael Corrêa pelo auxílio da sistematização das reflexões aqui expostas, e ao Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski pelo intercâmbio de ideias.

Em verdade, para fins de breve contextualização, impende registrar que a pretensão emancipatória que já informava a Modernidade deu lugar, sob muitos aspectos, ao paradoxo da negação do humano. A **razão moderna**, que, ao contrário do legado pela filosofia grega, acabou por se reduzir, quase que exclusivamente, a uma razão instrumental, conduz todo o saber a um viés cientificista. A crença na previsibilidade e na possibilidade de controle dos eventos reduz o saber a uma noção de ciência que abstrai o objeto e o sujeito, como entes entre os quais há inafastável cisão.

Essa razão instrumental é linear, traçando puramente uma relação direta entre meios e fins.

A pretensão de controle e previsibilidade, supostamente assegurados pela racionalidade instrumental, constitui a bússola do pilar regulatório da Modernidade, que se espalha por todos os saberes – o Direito, inclusive.

Com efeito, o jurídico, em sua construção Moderna, apesar daquela pretensão emancipatória, foi estruturado sob essa razão instrumental regulatória que tem por objetivos centrais a previsibilidade e a segurança.

É discurso por demais conhecido, e repetido à exaustão, o de que o Direito teria, então, por função assegurar a “paz social”. Trata-se de reflexo da racionalidade regulatória, que em nome de uma “paz” – sobre a qual não se questiona a quem se destina – estrutura um modelo de direito fundado em conceitos estáveis e em uma pretensão de neutralidade do operador jurídico.

O ser humano concreto se transforma em meio para essa estabilidade, na medida em que não é ele o fim último: o fim se apresenta na abstração do dado formal a que se denomina “segurança jurídica”.

Não se nega, por óbvio, que a segurança jurídica seja valor relevante, até mesmo como instrumento da tutela da dignidade da pessoa. O problema se situa na inversão de valores que faz da segurança formal princípio supremo, corolário da clivagem “real *versus* abstrato” a que a cisão da razão moderna conduziu o modelo de direito sob ela constituído.

No que respeita especificamente ao Direito Civil, três foram os caracteres fundamentais construídos com base nesse “racionalismo” fundado em uma razão instrumental: individualismo, patrimonialismo e abstração. Foi o tripé de base que se projetou para o governo jurídico das relações interprivadas, especialmente na doutrina e nos modelos de codificação.

Tal sistema, nada obstante, recebeu e recebe as vicissitudes da compreensão e interpretação. É que a questão da existência humana precede o pensar (**existio, logo penso**), conformando aquilo que se define por *das sein* (*ser-ai*)². O homem, assim, não é um sujeito,

2 A hermenêutica, para Heidegger, compreende a interpretação do objeto ente pela pré-concepção do intérprete ser, que só existe enquanto tal em um dado tempo. Assim, a hermenêutica se revela como fenômeno da existência do ser, que abarca ontologicamente a totalidade por traduzir o universo ente

mas o conjunto homem-mundo em um dado tempo; o homem apenas existe se presente no mundo e se estiver nele inserto em um dado tempo.

Ser, portanto, é um problema **temporal**, e não puramente espacial. Concebido em um todo que abarca o **ente**, e, portanto, o espaço, o **ser** tem uma dimensão histórica, segundo a qual o homem se coloca na história por meio da linguagem³. O **ser** se manifesta pela cultura, cultivada pela linguagem, e que se traduz como uma questão aberta, inclausurável.⁴

O desenvolvimento dessas ideias evidenciou que a hermenêutica é um **processo que está para além do puro e simples interpretar**, pois transcende o texto escrito, compondo um colóquio dialético entre leitor e texto.⁵

Nesse sentido a hermenêutica conforma um **fenômeno interpretativo** como **compreensão do ser**, e não apenas um método que orienta a interpretação genérica visando à obtenção de uma dada verdade.

Restringir, desse modo, a hermenêutica aos cânones objetivos e fechados da ciência, implica reduzir-lhe a abrangência, limitar-lhe o diálogo para com o texto e, por consequência, tornar-lhe menos dúctil, barrando o seu potencial transformador e emancipatório como **compreensão do próprio sujeito**.

Se fechado e hermético for o sistema, o rol de possibilidades interpretativas mostrar-se-á insuficiente à complexidade fática da questão sob análise, conduzindo à injustiça. E se aberto for, duas ponderações são possíveis.

Primeiramente, o sistema pode se revelar aberto àquilo que ele não pôde abarcar, dando-se azo a uma lacuna que deverá ser colmatada por critérios hermenêuticos⁶. Em segundo lugar, um sistema pode se revelar aberto por uma hermenêutica dialética, que submete perenemente as regras aos princípios constitucionais e à contraprova da realidade,

pela compreensão do sujeito ser. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte II. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 149.

3 Idem, 2005, p. 219-220.

4 Uma vez que a linguagem fenomenológica preenche-se pela intuição, remonta as experiências de pensamento relativas ao mundo da vida que estão sedimentadas na linguagem, que originariamente também residiam à base da conceptualidade da tradição. GADAMER, Hans-Georg. Heidegger e a linguagem. In: *Hermenêutica em retrospectiva*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 27.

5 Segundo Gadamer, isso ocorre porque a hermenêutica sintetiza um processo inerente ao saber humano e que tem por escopo uma pré-compreensão ligada à existência humana. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 403.

6 Esses critérios referem-se à hermenêutica enquanto método, o que não é objeto do presente trabalho, entretanto seguem aqui arroladas as diferentes **técnicas interpretativas** mencionadas por Lenio Streck: a) remissão aos usos acadêmicos da linguagem (método gramatical); b) apelo ao espírito do legislador (método exegético); c) apelo ao espírito do povo; apelo à necessidade (método histórico); d) explicitação dos componentes sistemáticos e lógicos do direito positivo (método dogmático); e) análise de outros sistemas jurídicos (método comparativo); f) idealização sistêmica do real em busca da adaptabilidade social (método da escola científica francesa); g) análise sistêmica dos fatos (método do positivismo sociológico); h) interpretação a partir da busca da certeza decisória (método da escola do direito livre); i) interpretação a partir dos fins (método teleológico); j) análise lingüística a partir dos contextos de uso (método do positivismo fático); l) compreensão valorativa da conduta através da análise empírico-dialética (egologia); m) produção de conclusões dialéticas a partir de lugares (método tópico-retórico). STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 98.

tornando quase que impossível a **pré-determinação do conjunto de possibilidades interpretativas**.

No Brasil, com a **virada hermenêutica** do final da década de 1970⁷, conferiu-se abertura semântica ao Direito, passando-se a valorizar a **heterogeneidade** social, a força criativa dos fatos e o pluralismo jurídico, cuja síntese normativa somente se revelou possível pela reestruturação da concepção dos **princípios**.

Abre-se aqui uma especial atenção aos princípios.

Por meio deles é possível verificar que o Direito é um sistema aberto, mas não só. É um **sistema dialeticamente aberto**, que deve ser **compreendido** por meio de uma hermenêutica crítica, que submete as regras aos preceitos constitucionais, destacando-se o princípio da **dignidade da pessoa humana**, e à contraprova da realidade.

Assim, a crescente importância da filosofia e a vertiginosa valorização dos princípios não tardaram a influenciar a hermenêutica civilista, ganhando, rapidamente, força e voz. Dentro do Direito Civil, não seria exagero considerar essa reviravolta hermenêutica verdadeira *Virada de Copérnico*.

Nesse sentido, mais do que interpretar harmonicamente as leis constitucionais e infraconstitucionais, a compatibilização do Código Civil e demais leis à Constituição Federal, compreende hoje uma *teoria da interpretação inspirada no personalismo e na proeminência da justiça sobre a letra dos textos*⁸, cuja contribuição sintetiza uma dupla tentativa: de superar o tecnicismo positivista e de relê-lo criticamente, à luz de experiências práticas e culturais.

A essa tentativa dúplici deve ser acrescentado um dever que está para além dos cânones hermenêuticos rigidamente concebidos, compondo um **dever de práxis**, de aplicação prática dos princípios e das normas constitucionais, cujos limites transcendem ao mero raciocínio silogístico de subsunção para compor uma lógica inversa, segundo a qual o fato informa a norma, e não o contrário⁹.

Tomando-se por base a hermenêutica de Gadamer, quando um juiz interpreta uma norma – que, geral como é, *não pode conter em si a realidade prática com toda sua correção*¹⁰ –, adaptando-a aos anseios de um novo tempo, ele está a resolver um problema prático, o que não significa que sua hermenêutica é arbitrária ou relativa. Pautando-se em Aristóteles, Gadamer afirma que *o justo também parece estar determinado num sentido absoluto, pois está*

7 BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 395.

8 PERLINGIERI, Pietro. O estudo do direito e a formação do jurista. In: *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 54.

9 Perlingieri afirma que a força de emancipação da praxe como tal se revela pelo direito material (em oposição ao direito formal), pela supremacia da Constituição material, pelos “atos que têm força de lei”. PERLINGIERI, Pietro. O estudo do direito e a formação do jurista. In: *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55.

10 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 473.

*formulado nas leis e contido nas regras gerais de comportamento da ética, que apesar de não estarem codificadas, mesmo assim têm uma determinação precisa e uma vinculação geral.*¹¹

As leis, tratados, convenções, decretos e regulamentos devem ser conhecidos pelo jurista não apenas em sua literalidade, mas sob uma hermenêutica aprofundada, funcionalizada e aplicativa, guiada pelo axioma da promoção da **dignidade pessoa humana** na permanente dialética entre a norma e fato, entre o formal e o social, cujo resultado, ainda que eventualmente imprevisível, resulta na constante renovação do Direito.

Ignorar a realidade no estudo do Direito é negar a própria ciência jurídica, uma vez que esta não se encerra em um conjunto de regras e princípios interconectados. O Direito compõe-se de uma **função ordenadora** para arquitetar a estrutura de um todo maior, denominado **estrutura social ou realidade normativa**¹². Nessa direção, *é indispensável que tanto o direito quanto a sua teorização não percam jamais o sentido da realidade.*¹³

Embora o Direito pertença à superestrutura da sociedade, inolvidável é o fato de que o Direito tem origem plúrima. Nesse sentido *o direito é estrutura da sociedade, força promocional transformadora, [sendo que] entre direito e ciências sociais não há reprodução mecânica, mas dialética contínua*¹⁴. Assim, o Direito está na sociedade sem nela se esgotar em pura e simples normatividade.

Reconhecer as necessidades do presente e incorporar ao Direito aquilo que a sociedade e a cultura lhes têm para oferecer ainda no plano hermenêutico, independentemente de apreensão legislativa, conforma, como já dito, um dever de *práxis*, o qual, na atividade do jurista implica a adequação da lei genérica e abstrata às necessidades do presente e do caso sob análise.

Tome-se como exemplo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que pode incidir direta e imediatamente sobre as relações de Direito Civil; não se afigura como sustentável a barreira dogmática que outrora se pretendia erigir entre Constituição e Direito privado, segundo a qual somente se admitia a incidência do texto constitucional sobre as relações interprivadas por meio do “filtro” das normas e princípios próprios ao Direito Civil.

À luz dessa ordem de ideias, revela-se inequívoca a repercussão do princípio em tela na configuração do perfil contemporâneo dos pilares de base do Direito Civil: contrato, propriedade e família.

Os direitos fundamentais podem, assim, incidir direta e imediatamente sobre as relações interprivadas, por meio de sua eficácia horizontal (ou mesmo vertical, com bem ensina Ingo Sarlet, no pertinente aos poderes privados).

11 Ibidem. p. 472-473.

12 PERLINGIERI, Pietro. Complexidade e unidade do ordenamento jurídico vigente. In: *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 170.

13 AZEVEDO. Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 54.

14 PERLINGIERI, op cit., p. 172-173.

Com efeito, dúvida não há de que a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana parte da tópica, uma vez que não se trata de formular um conceito exauriente a abstrato de dignidade mas, sim, zelar pela satisfação de necessidades fundamentais que propiciem aos sujeitos o livre desenvolvimento de capacidades individuais.

Utilizar princípios, por certo, é admitir ponderação de valores “*in concreto*”, e busca superar a simples subsunção lógica em favor de métodos de decisão, pelo que não cabe, aqui, a postura mecanicista da clivagem do discurso jurídico, da valoração *a priori*, das respostas *prêt à porter*.

De outro lado, não contrastam com essa racionalidade instrumentos de aplicação e repercussões diretas do princípio em tela para o Direito Civil contemporâneo.

A noção de que a norma jurídica se constrói topicamente não afasta a pertinência da sistematização.

Nesse sentido, espera-se que a lei vincule todos por igual, mas, no caso de **aplicação, de concretização da lei**, cabe ao intérprete e aplicador a **complementação produtiva do direito** por meio de uma **ponderação justa do conjunto** que lhe foi apresentado.¹⁵

Destarte, como a constituição do Direito se dá gradativa e dialeticamente, abarcando leis elaboradas em momentos histórico-ideológicos bastante distintos, busca-se uma hermenêutica crítica, que conceba no Direito a complexidade da vida, interpretando-o a partir de seus **princípios e valores fundamentais**; uma hermenêutica não adstrita à formalidade, mas alargada pela substancialidade do **ser humano** e de sua **dignidade**.

Remarque-se: como a **hermenêutica está para além do puro e simples interpretar**, uma vez que transcende o que está escrito, compondo um colóquio dialético entre leitor e texto, premente se faz sua construção em um sistema **dialeticamente aberto**, que submetta perenemente as normas aos preceitos constitucionais e à contraprova da realidade.

Por isso, reafirmamos: a hermenêutica conforma um **fenômeno interpretativo** como **compreensão do ser**, ou seja, objetivar a hermenêutica e reduzir-lhe a método interpretativo implica diminuir a sua abrangência.

Tendo por pressuposto essas **compreensões**, verifica-se que a maior contribuição trazida ao Direito Civil contemporâneo por uma hermenêutica diferenciada pode ser a consciência crítica e dialética para com a realidade de uma hermenêutica que não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação pelo próprio sujeito que nele está inserto.

Considerar, assim, o fato um elemento fenomenológico informador do ordenamento jurídico, importa reler a própria hermenêutica jurídica – a qual não pode ser vista separadamente de uma **teoria da compreensão**, como se dela diferisse – para que se possa levar em conta não apenas a norma, o que inclui a própria Constituição, mas também a **ação**

15 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 489.

legítima do sujeito concreto como **constituente** de sua própria personalidade e da história daqueles com quem dialeticamente se relaciona.

É somente por meio da **hermenêutica** como **compreensão** e **ação constitutiva** do próprio sujeito que se alcançará a imperiosa **sensibilidade jurídica** à renovação do Direito, reconhecendo-se as necessidades do presente e conformando-lhe um **modo de olhar** socialmente eficaz.

É nessa via que sustentamos uma principiologia axiológica de índole constitucional, fundada numa dimensão prospectiva da constitucionalização do Direito. São esses alguns dos aspectos que no dia de hoje aqui trazemos à colação, almejando a todos excelente proveito, no evento que principia balizado por intérpretes que vão beneplacitar um horizonte de relevo para a hermenêutica do Direito Civil brasileiro contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. In: Doxa n. 5. San Sebastián: Universidad de Alicante, 1988.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COMTE, Auguste. Curso de filosofia positiva. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DESCARTES, René. *Discurso do Método – Quarta Parte*. Disponível em: <http://www.espacoetica.com.br/midia/publico/descartes_discursodometodo.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2011.

DWORKIN, Ronald. *Is law a system of rules?* In: *The Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 1977.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Principios del derecho civil contemporáneo y los nuevos campos transterritoriales de las normas jurídicas: propuestas y problematizaciones para un “código de principios”*. Lima: Estudio Muñiz, 2011. (no prelo).

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. Heidegger e a linguagem. In: *Hermenêutica em retrospectiva*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. *Ser e Tempo*. Parte II. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARX, Karl. *Obras Escolhidas – Tomo I*. Lisboa: Avante, 1982.

_____. *Teses sobre Feuerbach*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A vontade de poder*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

_____. *Além do bem e do mal*. São Paulo, Companhia das Letras, 1992.

PERLINGIERI, Pietro. Complexidade e unidade do ordenamento jurídico vigente. In: *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O Estudo do direito e a formação do jurista. In: *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

O PRINCÍPIO DA ABSTRAÇÃO E A TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE

Professor Dr. Rolf Stürner, Freiburg
Tradução: Dr. Márcio F. Mafra Leal

I INTRODUÇÃO

Quando se fala do Princípio da Abstração, há, muitas vezes, uma certa confusão sobre o seu exato conteúdo. Ele só se torna palpável, quando se está familiarizado com a sua função e onde é praticado, dentro das construções possíveis determinadas em cada ordem jurídica.¹

II PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E DA ABSTRAÇÃO

1 Princípio da Separação

No uso linguístico do dia a dia não se diferencia, em geral, a compra e venda da transmissão da propriedade.

Quem compra um livro numa livraria e paga – sendo o bem a ele logo entregue – descreverá como irrealista, se um jurista lhe diz que se trata aqui de um contrato de compra e venda e de dois atos de transferências (do dinheiro e do livro). O leigo reagirá de outra forma, no entanto, se mediar um tempo maior entre a compra e venda e a entrega. Assim ocorre, se o livreiro tiver de encomendar o livro e quiser enviá-lo só após uma semana.

Essa separação sistemática entre o dever decorrente do negócio (compra e venda) e a alteração sobre a situação da coisa (transmissão) é descrita como *Princípio da Separação*.

Deve-se observar que o negócio jurídico nem sempre precisa ser uma compra e venda, pode ser qualquer outro negócio que implique uma modificação jurídica sobre a coisa (p. ex. permuta, contrato de sociedade, partilha de herança), até mesmo uma alienação fiduciária, na qual a propriedade deve ser transmitida para assegurar um direito.

¹ O presente texto segue *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. ed. 2009, § 5 Rn. 40 ss.; em relação ao direito imobiliário em língua inglesa *Murray/Stürner*, The Civil Law Notary. Neutral Lawyer for the Situation, 2010, pg. 43 e ss.

2 Princípio da Abstração

Da Separação deve-se diferenciar o *Princípio da Abstração*. Aqui é determinante verificar se o negócio real requer a causa (questão da “abstração do conteúdo”) e se sua eficácia depende do negócio obrigacional (“abstração externa”).

No direito positivo alemão não há dúvida de que essas questões têm resposta negativa, de que a disponibilidade, pois, está livre de uma finalidade e é *independente* do negócio causal. A lei se filiou – sob a influência da doutrina de *Savigny*² – ao Princípio da Abstração, porque se acreditou que isso se prestaria à segurança e clareza jurídica; a incerteza em torno da “causa” e sua existência não deveriam afetar a imputação legal da propriedade. A transmissão de coisas deveria ser livre da “finalidade” e seu surgimento, assim como a sua conclusão, independente do negócio causal.

III COMPARAÇÃO COM OUTRAS CONSTRUÇÕES

Só se pode compreender o inteiro significado dessa construção do BGB, se forem consideradas todas as outras possibilidades de sua superação, como elas se encontram na história do direito e no direito comparado. Pode-se produzir a alteração da propriedade simplesmente dependente de um único contrato entre as partes, que contenha concomitantemente obrigações (p. ex. pagamento) e a alienação (*Princípio Consensual*, ou melhor: *Princípio Unitário*). Assim, na compra e venda transfere-se a propriedade com a conclusão do contrato.

Uma variante pode aí consistir, para o novo fundamento jurídico da propriedade – mas não para a eficácia do contrato – exigir-se adicionalmente ao contrato unitário um ato de publicidade (*Princípio do Registro* em imóveis, *Princípio da Tradição* para móveis). Este é necessário para dar pronta eficácia ao negócio jurídico entre as partes (*efeito constitutivo do ato da publicidade*) ou apenas para dar efeito perante terceiros (*função de eficácia contra terceiros do ato de publicidade*).

Ao se optar por dois negócios jurídicos separados para o acordo e para a execução da transmissão da propriedade, com fundamento próprio (*Princípio da Separação*), nada se falou ainda sobre a relação entre ambos os negócios jurídicos. A existência do negócio real, que altera a titularidade ou lhe dá novo fundamento, pode depender da existência do negócio obrigacional, na sua função de dar base jurídica à obrigação (*Princípio Causal*). A transmissão em separado da propriedade, como p. ex. de uma coisa comprada, “automaticamente” torna-se inválida, se essa compra e venda se afigurar inválida. Pode-se ainda pensar o negócio real concebido, em princípio, na sua função de transmitir a propriedade, independentemente do contrato obrigacional base e, conseqüentemente, desvinculado da existência deste (*Princípio*

2 Cf. *Felgentraeger*, Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, 1927.

da Abstração). Nesse caso, então, a falta de um negócio base causal é superada de outra forma, por meio de pretensões compensatórias.

Mesmo sob o Princípio da Separação são possíveis negócios reais que consistam apenas em um contrato (p. ex. na cessão de direito), ou negócios reais “justapostos”, em que se acrescentam, além do contrato em si, também um ato de natureza real (registro, tradição etc.), novamente, como no BGB, com efeito constitutivo *inter partes* ou apenas para dar eficácia contra terceiros.

Com a escolha do Princípio da Separação e da Abstração, bem como com a opção de negócios jurídicos abstratos com ato de publicidade constitutivo integral, o BGB implementa uma construção de certa forma complicada, mas, em seus efeitos, favorável ao tráfego e flexível, que, em termos gerais, assim se conservou.

IV ESBOÇO DE UM PRIMEIRO BALANÇO ENTRE A SEPARAÇÃO E A ABSTRAÇÃO

Outra questão diz respeito ao Princípio da Abstração, se este, no seu âmbito europeu e voltado para o comércio mundial, ainda é sustentável do ponto de vista da Política do Direito. Nesse tema se observa, com razão, que os interesses do tráfego podem ser tutelados, ao menos em parte, mesmo sem o Princípio da Abstração, pela possibilidade de aquisição de boa-fé ou por regras generosas de usucapião e, ainda, que a transmissão separada ou abstrata de coisas móveis efetivamente atenta contra a realidade.

Entretanto, remanesce do Princípio da Abstração a vantagem de uma proteção melhor do credor também no caso de aquisição de má-fé; além disso, o critério de delimitação da boa ou má-fé, com todos os seus questionamentos, não tem grande importância sob a égide do Princípio da Abstração. Sistemas jurídicos sem o Princípio da Abstração também tendem frequentemente a preservar o negócio obrigacional apesar de seus vícios, a fim de proteger a propriedade; a possibilidade de sua conservação por resolução concomitante do negócio eivado de vícios lhes é, no mais das vezes, desconhecido.

A grande vantagem do Princípio da Abstração reside, no entanto, em última instância, no seu alto e superior grau de diferenciação, que melhor dá conta das múltiplas necessidades econômicas e da vida, em comparação com a concepção unitária. Tais aspectos não devem ser negligenciados nas discussões futuras – apesar do *status* marginalizado do Princípio da Abstração nos debates sobre harmonizações jurídicas.³ Não apenas o Princípio da Abstração deve tolerar rupturas e modificações, mas também, da mesma forma, o Princípio Causalista ou Consensual onde este prevaleça, como se demonstrará ainda no direito comparado.

³ Detalhadamente: *Stadler*, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, 1996; *Wacke*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2000, 254; *Wieling*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2001, 301.

Enquanto a construção do Princípio da Abstração pode, sem grande esforço, se conectar ao negócio causal, tornando sua eficácia como condição do negócio real, revela-se consideravelmente mais difícil para o Princípio Consensual ou Unitário integrar concepções abstratas no seu sistema. Por isso, a base do pensamento de *Savigny*, a quem se credita a separação e abstração do direito alemão atual, em razão de seu potencial de diferenciar situações, talvez seja capaz ainda de sobreviver.

V RESOLUÇÃO DO NEGÓCIO

Certamente a abstração não significa que uma alteração de titularidade sem fundamento jurídico deva ser tolerada. Trata-se, muito mais, de uma tarefa essencial do instituto do enriquecimento ilícito (§ 812), de dar efeito “resolutório” a tais disposições sem base jurídica (chamada condição de adimplemento). Essa resolução leva – se necessário com intervenção judicial – ao ato real recíproco.

Tal resolução ocorre, no entanto, com uma proteção mais forte do adquirente do que onde vigora o Princípio da Unidade ou da Causalidade, pois o alienante não tem nenhum direito real e absoluto. Em caso de insolvência, o alienante tem apenas um crédito na execução coletiva, e o adquirente pode, conforme a situação, invocar empobrecimento sem causa, respondendo, pois, civilmente, se houver dúvida, de forma mais branda do que nas pretensões reais resolutórias.

VI TUTELA DO DIREITO OBRIGACIONAL À TITULARIDADE DO DIREITO REAL

Na conclusão de um negócio jurídico que obriga a uma alteração jurídica, a posição do devedor diante do bem ou direito real não sofre prejuízo; o credor obtém simplesmente um direito obrigacional ao cumprimento do negócio jurídico real que leva à referida modificação subjetiva da propriedade. Isso vale quando a sua obrigação tiver sido integralmente cumprida. É evidente que, nesse caso, o credor precisa de mais segurança. O direito alemão disponibiliza duas formas de garantia: a prenotação e a proibição de alienação por meio de uma cautelar (§§ 136, 135).

A prenotação nos direitos imobiliários protege o credor contra alterações no registro que lhe sejam prejudiciais; ela é expressa nesse registro, o terceiro deve levar em conta, portanto, a presença de direitos obrigacionais de outrem que se destinam à futura alteração da propriedade (§§ 883 e ss.). É menor a proteção decorrente de decisão cautelar de proibição de alienação, se se tratar de coisas móveis; pois aqui pode o terceiro invocar a boa-fé (§§ 136, 135, inc. 2). O credor do direito à transmissão da propriedade andará bem

se requerer também a citação, na cautelar de proibição de alienação, do segundo comprador concorrente, caso ele souber de sua existência.

VII RUPTURAS NO PRINCÍPIO DA ABSTRAÇÃO

No negócio real traslativo da propriedade aplicam-se basicamente as regras sobre negócios jurídicos e contratos. Essa aplicação pode levar, no caso concreto, à quebra do Princípio da Abstração, porque atinge o negócio real abstrato, que é *também* extinto.⁴

As duas previsões normativas ora em comento podem ser rapidamente caracterizadas pela “identidade de vícios” e pela “pendência de condições”.

1 Identidade de vícios

O erro que incide no negócio jurídico base atinge também a eficácia do negócio jurídico real; nessas hipóteses recaem: o vício quanto à capacidade jurídica, ofensa à lei, vícios graves de vontade, p. ex., por ameaça ou dolo.

2 Pendência de condições

O acordo de vontades sobre a alteração da propriedade pode estar condicionado a uma cláusula suspensiva ou resolutiva. O BGB alemão a exclui somente no consentimento bilateral de inscrição no registro próprio, em se tratando de imóveis. Em todos os outros bens, o acordo traslativo de propriedade do negócio real abstrato pode depender da eficácia do negócio jurídico causal. Uma tal condição pode, com efeito, ser acordada mesmo tacitamente. Entretanto, não é de se pressupor que as partes sempre condicionam a eficácia do negócio real à validade do causal; pelo contrário, deve-se considerar que as partes estavam incertas sobre a validade do negócio causal e por isso quiseram estabelecer uma cláusula correspondente, acordo esse que é excepcional.

De qualquer forma, sob a vigência do Princípio da Separação e da Abstração, essa conformação autônoma das partes pode causar efeitos em várias áreas do Direito das Coisas, que equivalem ao Princípio Causalista. Isso evidencia, de um lado, a flexibilidade dos Princípios da Separação e da Abstração, e de outro, o escasso uso da inserção de tais condições em virtude da satisfação elevada do tráfego jurídico com esse modelo legal.

4 Baur/Stürner, Sachenrecht, § 5 Rn. 50 e ss.

VIII OBSERVAÇÕES DE DIREITO COMPARADO

O direito alemão, com certeza, implementa o modelo da separação e da abstração com particular pureza e clareza. Um esboço no direito comparado demonstra, porém, que ambos não são estranhos a outras ordens jurídicas como parece à primeira vista.

I França⁵

Na França, a transmissão e o gravame de imóveis se perfazem por um contrato unitário, que integra – pensando-se numa sistemática supranacional – causa e alienação. Há, portanto, apenas um único contrato entre as partes. Fala-se, por isso, de um Princípio Consensual ou, melhor: Princípio Unitário. Sob a denominação “Princípio Consensual” quer-se também dizer que o contrato basicamente traz o fundamento jurídico e induz à transmissão sem necessidade de um ato real adicional, especialmente sem registro. Só a eficácia contra terceiros (“opposabilité”) depende de um ato real de registro. Particularmente na compra e venda e na doação opera-se a transmissão obrigacional da propriedade (art. 711 c.c.). A “obligation de donner” tem, ao mesmo tempo, efeito traslativo (art. 1138, 1583 c.c.), embora a ideia de uma obrigação autosatisfativa seja, em verdade, peculiar.

A ausência de separação e abstração da disposição da propriedade de sua causa leva a uma perda da liberdade de conformação e proteção no tráfico, que o direito francês procura compensar, com mais ou menos sucesso, por meio de outros institutos.

Justamente no tráfico de imóveis, a separação temporal entre o acordo e execução constitui-se frequentemente numa preocupação essencial, vez que a necessária coincidência entre a obrigação e a disposição pode acarretar incômodos. A práxis francesa preenche a carência dessa separação por meio da promessa de compra e venda (“avant-contrat”), que pode ser uma obrigação unilateral (“promesse unilatérale de vente”) ou um vínculo bilateral (“promesse synallagmatique de vente”). Por meio da promessa podem-se alcançar praticamente os mesmos fins equivalentes aos dos Princípios da Separação e da Abstração.

A ocorrência de ineficácia dentro da cadeia de aquisições são parcialmente abrandadas com a incidência de regras de usucapião (art. 712, 2258 e ss., 2272 c.c.e ss.), que, no entanto, em direito imobiliário são consideravelmente mais estreitas do que no mobiliário. Outras tentativas de delimitar, de alguma forma, os efeitos de ineficácia perante terceiros adquirentes (p. ex., na aquisição antes da propositura da “action en nullité”) devem ser creditadas, até aqui, mais à literatura jurídica do que à práxis.

Na França vigoram nos móveis – como nos imóveis – os Princípios Unitário

5 *Terré/Simler*, Droit Civil. Les Biens, 7a. ed. 2006; *Malaurie/Aynès/Crocq*, Les sûretés. La publicité foncière, 5a. ed. 2011; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 64 Rn. 7 e ss., 87 e ss.; em língua inglesa *Murray/Stürner*, Civil Law Notary, pg. 74 e ss.

e Consensual. Com o contrato de compra e venda transmite-se também, nesse caso, a propriedade (art. 711, 1138, 1583 c.c.), e não se necessita de tradição. Embora a alienação de coisa alheia seja, em princípio, ineficaz (art. 1599 c.c.), o adquirente de boa-fé obtém a propriedade com o apossamento efetivo (“*possession réelle*”), uma consequência do efeito da publicidade da posse (art. 1141, 2279, inc. 1 c.c. versão revogada, e atual 2276 c.c.). Apesar de a aquisição de boa-fé por perda involuntária estar vinculada a um prazo de silêncio, o adquirente tem aqui também um direito à anulação, se ele houver comprado a coisa num processo negocial corriqueiro (art. 2280 c.c. versão revogada, e atual 2277 c.c.). Em coisas genéricas, exige a doutrina francesa, além do contrato de compra e venda, a individualização em unidades determinadas.

O conhecimento de se tratar de coisa alheia não prejudica a aquisição da propriedade, se o contrato de compra e venda, conforme a vontade da parte não contiver nenhum efeito traslativo, como, p. ex., na venda de uma coisa genérica ou na compra de uma unidade com o dever de provisionamento da mercadoria pelo vendedor. Nisso reside uma ruptura considerável do Princípio Consensual, com o qual a doutrina procura se ajustar à moderna divisão do sistema comercial e de produção.

2 Itália⁶

Na Itália vigoram, grosso modo, como na França, os Princípios Unitário e Consensual (“*principio consensualistico*”), do que resulta que, p. ex., o contrato de compra e venda é tanto causa de transferência de propriedade, quanto efetua a sua disposição mesma, por meio de mero consenso (art. 1321, 1376, 1470 c.c.).

O contrato produz sem registro – exatamente como na França – basicamente apenas efeito de disposição de propriedade *inter partes*, o contrato obtém efeito perante terceiros (“*opposabilità*”) somente com o registro no ofício próprio (“*trascrizione*”).

A exemplo do direito francês, carece também o direito italiano codificado, com seu Princípio Unitário, da necessária liberdade de modulação temporal na forma de separação entre acordo vinculante e a sua execução. Novamente é a promessa de compra e venda (“*contratto preliminare*”), desenvolvida pela prática contratual, que satisfaz essa necessidade. Ela requer, como na própria compra e venda, escritura pública (art. 1351 c.c.) e autoriza a ação indenizatória ou de cumprimento forçado nos caso de inadimplemento.

Dessa maneira, produz-se, mais uma vez, um efeito comparável ao do Princípio da Separação. O registro da promessa (“*trascrizione del preliminare*”, art. 2645bis c.c.) induz mesmo ao asseguramento da natureza real do direito ao cumprimento perante adquirentes posteriores, um efeito semelhante à prenotação alemã.

⁶ Bigliazzi/Breccia/Busnelli/Natoli, *Diritto Civile, Parte 2, Diritti reali*, 1988; Cian/Trabucchi, *Commentario breve al Codice Civile*, 8a. ed., 2007; Baur/Stürner, *Sachenrecht*, § 64 Rn. 16 e ss., 93 e ss.

Os vícios de um contrato de compra e venda, que levem à rescisão (“*rescissione*”, art. 1447 c.c.) ou à anulação (“*annullamento*”, art. 1441 c.c.) do direito real do alienante ou dos titulares de um direito real de garantia, despertam a discussão quanto ao efeito sobre terceiros (art. 1445, 1452 c.c.) e da – ausente – aquisição de boa-fé, em razão do status do registro. O usucapião de imóveis e dos demais direitos reais, em 10 ou 20 anos (art. 1158, 1159 c.c.), constitui-se numa solução, mas sem nenhuma segurança jurídica real.

Do mesmo modo como normatizado no seu direito imobiliário e no direito francês, também valem, no direito mobiliário italiano, basicamente os Princípios Unitário e Consensual: o acordo num único contrato unitário (“*contratto con effetti reali*”) transmite, por mero consenso, a propriedade independentemente da situação da posse (art. 1376, 1470 c.c.), e o dever do vendedor esgota-se basicamente no dever de entregar a coisa (art. 1476, n. 1 c.c.).

Uma aquisição de propriedade, por meio de contratos separados, existe somente em casos isolados, como nas obrigações alternativas, nas obrigações genéricas, na compra de coisas futuras, na compra de coisas alheias ou na propriedade com reserva (art. 1476, n. 2 c/c art. 1285, 1378, 1472, 1478, 1523 c.c.), em que a transmissão exsurge no momento do cumprimento do contrato (art. 1285 C.c.), com a individualização acordada da coisa (art. 1378 c.c.), com o surgimento da coisa (art. 1472 inc. 1 c.c.), pela aquisição da coisa por parte do vendedor (art. 1478 inc. 2 c.c.), ou com o pagamento da última prestação.

O Princípio Unitário ou Consensual (“*principio consensualistico*”) sofre uma relativa limitação no interesse do tráfico: o segundo adquirente obtém mesmo do não-proprietário, no caso de primeira aquisição de domínio com vício, se ele adquire em razão de um contrato eficaz e o apossamento for de boa-fé, embora o conhecimento ou o desconhecimento culposo grosseiro induzam à responsabilidade civil (art. 1153 inc. 1, 1147 c.c.). De resto, o usucapião incide mesmo sem um contrato válido de aquisição, no caso de boa-fé após dez anos, de má-fé após vinte anos (art. 1161 c.c.).

As *coisas móveis registráveis* (“*beni mobili iscritti in pubblici registri*”) recebem um tratamento à parte, especialmente automóveis, aviões e navios (art. 815 c.c.). Para eles a transmissão da propriedade ganha eficácia contra terceiros somente com o registro (art. 2683, 2684, n. 1, 2644 c.c.). A inscrição de um novo comprador só é possível se o vendedor já tiver registrado, em seu nome, o respectivo bem (art. 2688 c.c.), p. ex., em relação a veículos, no “*publicco registro automobilístico*” (art. 2683, n. 3). O tempo para prescrição aquisitiva é encurtado em três anos para móveis registrados (art. 1162 c.c.).

3 Espanha⁷

Em princípio, na Espanha basta, para a aquisição da propriedade *inter partes*, mesmo para imóveis, um contrato de compra e venda informal (art. 609 CC), que exige, no entanto,

⁷ Díez-Picazo/Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. 3, 7a. ed. 2001; Lasarte Alvarez, *Principios de Derecho Civil*, Vol. 4 e 5, 7a. ed. 2007; Baur/Stürner, *Sachenrecht*, § 64 Rn. 24 e ss., 99 ss.

a transmissão do imóvel como ato real (“Teoria do *titulus-modus*”). Vigora, assim, nesse aspecto, o Princípio da Tradição, que é modificado para que se incluam formas simbólicas de apossamento (art. 1462, f, CC), sendo que a escrituração pública da compra e venda (“escritura pública de compraventa”) pode substituir a transmissão da posse como ato real; além disso, o registro da compra e venda legitima a presunção de posse do comprador (art. 38 Ley Hipotecaria – “LH”).

Embora, na maioria dos casos, para se justificar ou alterar a propriedade *inter partes*, seja necessário o registro, a aquisição não registrada não produz qualquer efeito perante terceiros (*publicidade negativa* – confiança no “silêncio” do registro, art. 606 CC, art. 97 LH). Nas vendas em duplicidade, torna-se proprietário, assim, aquele que primeiro registrar e estiver de boa-fé (art. 1473, p. 2, CC). Essencial é, no entanto, a *publicidade positiva* do registro (confiança no que é “dito” no registro): quem adquire com boa-fé na veracidade de uma inscrição, é por ela protegido, mesmo se verificar-se que o título registrado do outro contratante é nulo ou anulável (art. 608 CC, art. 34 LH), embora nas aquisições a título gratuito vigorem limitações.

Para flexibilizar a relação temporal entre a celebração do acordo e a sua execução, a práxis espanhola utiliza o contrato de promessa de compra e venda – basicamente informal, mas que, na prática, é escrito. Dessa forma se atinge, apesar do Princípio Unitário codificado, um resultado que corresponde, em muitos aspectos, ao Princípio alemão da Separação. A publicidade positiva do registro imobiliário substitui, em larga medida, o efeito da abstração, porque ela dissocia o efeito obrigacional e real dos vícios contratuais, desde que a proteção ao tráfego assim o determine. O significado de prescrição aquisitiva de boa-fé ou absoluta de direitos imobiliários (art. 1940, 1957, 1959 CC) é, assim, não tão grande como em outros países romanistas.

De forma semelhante ao direito imobiliário, a Espanha se afasta, também no direito mobiliário, do puro Princípio Unitário ou Consensual. Vale basicamente o Princípio Unitário em conjunto com o Princípio da Tradição (art. 609, código civil; “título causal” e “modo” ou “tradición”). O comprador adquire, assim, a propriedade em razão do contrato de compra e venda com tradição (art. 1461, 1462, código civil). Com isso, é possível a aquisição de boa-fé por parte de um segundo adquirente, por meio do apossamento do bem (art. 147, inc. 1, código civil). Como é típico nas ordens jurídicas filiadas ao Princípio Unitário, o usucapião é fortemente facilitado: três anos com boa-fé, posse ininterrupta e “justo título” (art. 1940 e ss., 1955 código civil), senão, seis anos. Há boa-fé na ausência de conhecimento positivo (art. 433 código civil).

4 Resumo do círculo de direitos romanistas⁸

O Princípio Consensual e Unitário, para dar base jurídica e transmitir direitos reais, atribuído ao âmbito romanista, não resistiu ao desenvolvimento histórico. Ao contrário,

8 Baur/Stürner, Sachenrecht, § 64 Rn. 30.

a praxis tende, no direito imobiliário de todas as principais ordens jurídicas, a separar o acordo obrigacional e a sua execução, na qual uma simples promessa de compra precede o contrato unitário que contém o dever de transmitir e a disposição mesma da propriedade e, com isso, alcança-se, de certa forma, a separação e a apreciação distinta dos vícios de cada negócio (abstração).

O Princípio Consensual puro é, de resto, superado, de maneira bastante irregular e desordenada, quando se exige, em não poucos casos, um ato real adicional para o efeito dispositivo *inter partes*, na forma da tradição ou mesmo de registro constitutivo. Desde que, no direito imobiliário, se opere a inscrição para publicidade negativa ou mesmo, como especialmente na Espanha, publicidade positiva, o efeito traslativo do negócio jurídico torna-se claramente dissociado dos efeitos relativos do contrato, ocorrendo uma aproximação com o Princípio da Abstração.

5 Inglaterra⁹

O direito inglês separa claramente a compra e venda de um imóvel (*contract of sale*, “agreement” entre “seller” e “buyer”) da “*transfer of title*” entre “transferor” e “transferee”. Na “transfer” deve-se apresentar o registro, conforme regra recente, como ato real, a fim de se obter para o adquirente pleno efeito tanto *inter partes*, quanto perante terceiros.

A separação entre compra e venda e transmissão da propriedade remonta uma longa tradição do direito inglês: do simbólico ato real de efetiva e formal transmissão com tradição (*feoffment with livery of seisin*) desenvolveu-se a “conveyance by deed”, que, por muito tempo, até o século XX, era suficiente para transmissão de imóveis não registrados. Entre a conclusão da compra e venda e a transmissão mediavam normalmente 20-30 dias, o prazo este que podia ainda se estender.

A separação entre obrigação e disposição efetiva é inteiramente compatível com a concepção inglesa, no que se refere às vantagens da flexibilidade temporal: “the system is the best in Europe, because one gets an obligation to buy and sell and therefore a guaranteed period of stability during which to organise completion, and only in that way is it possible to marshal chains of transactions which are the only way to avoid the cost of bridging finance”.¹⁰

Todavia a construção da separação no direito inglês não está configurada na esteira do direito alemão. Ao contrário, o comprador adquire de pronto, com a conclusão do contrato de compra e venda, um “equitable title” no sentido de uma “equitable ownership”, que, conforme a concepção inglesa, confere não apenas um “right in personam”, mas também um

9 P. Sparkes, *A New Land Law*, 2a. ed. 2003; *Birks/Burrows*, *English Private Law*, 2a. ed. 2007; *K. Gray/S.F. Gray*, *Elements of Land Law*, 5a. ed. 2009; *Megarry/Wade*, *The Law of Property*, 7. ed. 2008; *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka*, *The Law of Personal Property Security*, 2007; *Murray/Stürner*, *Civil Law Notary*, pg. 62 e ss.; *Baur/Stürner*, *Sachenrecht*, § 64 Rn. 31 e ss., 103 e ss.

10 *Peter Sparkes*, *European Land Law*, 2007, pg. 300.

“right in rem”. Esta “equitable ownership” protegia originalmente mesmo antes de o credor do vendedor lançar mão do bem (insolvência, execução forçada) e antes de uma aquisição incidental de um terceiro de boa-fé. A nova regra em vigor, no entanto, condiciona a aquisição dessa “equitable ownership”, pelo menos para alguns de seus efeitos, a uma “notice” do contrato de compra e venda no registro. A semelhança desse sistema com o Princípio da Separação alemão, cuja prenotação o relativiza, por conferir efeitos reais à obrigação, salta aos olhos de comparatistas ingleses. Isso escapou da consciência dos comparatistas alemães, embora alguns excelentes trabalhos a ele tenham feito menção.¹¹

O direito inglês procura abrandar a contaminação dos vícios da compra e venda à “transfer” não apenas pelas regras de usucapião – há muito em vigor. Nos vícios no cumprimento da transmissão só excepcionalmente é possível a resolução após a “transfer”; caso o contrato de compra e venda for “void” ou “voidable”, exige-se uma decisão judicial de retrotransmissão, que não se perfaz, se uma nova transferência já tiver ocorrido a um adquirente de boa-fé a título oneroso. Assim, não há, nessa *separação*, razoavelmente concebida e construída, nenhuma *abstração*, mas, sim, uma jurisprudência de equidade, que produz efeitos similares.

Na compra de coisas móveis *especificadas*, compete essencialmente às partes determinar o termo de transmissão da propriedade. Se faltar uma tal fixação expressa ou tácita, vigem regras especiais de presunção. Se o vendedor tiver de cumprir a transferência da coisa conforme o contrato, a propriedade é transmitida somente com o cumprimento desse dever contratual, do qual o vendedor deve informar o comprador. O mesmo se aplica para a perícia necessária ou medidas da peça para determinação do seu preço de venda. Na venda a contento, a propriedade é transmitida com autorização do comprador, que pode ocorrer expressa ou tacitamente (p. ex., se a coisa for revendida pelo comprador). Desde que essas presunções especiais não incidam, vigora a presunção da transmissão da propriedade com a conclusão da “sale”. Nas *coisas genéricas*, a transmissão da propriedade se realiza, a exemplo dos países do Princípio Consensual, com a determinação do bem (“ascertainment of goods”).

A proteção de terceiros de boa-fé das consequências de uma aquisição anterior eivada de vícios foi fortemente ampliada no interesse da segurança jurídica, mas também aí por conta do desenvolvimento de um conjunto de precedentes e sem uma regra abstrata consistente, ainda que a compra e venda em questão esteja sob a codificação do *Sale of Goods Act*.

Os grupos de precedentes específicos podem ser caracterizados aqui só brevemente: o verdadeiro proprietário comporta-se como se o não-proprietário fosse o legítimo dono do bem (*estoppel by representation*); aquisição de boa-fé por parte de possuidor em negócio efetuado no comércio usual; aquisição de boa-fé de alienante, que, por sua vez, adquiriu com base em contrato anulável (*voidable contract*); *aquisição de boa-fé* do segundo comprador à custa do primeiro legítimo comprador, que deixou a mercadoria na posse do vendedor; aquisição de boa-fé em confiança no direito de dispor do comerciante ou do dono do depósito (“*fator*”), desde que seja adquirido no “tráfego usual de negócios” etc.

¹¹ Especialmente *Stadler*, *Gestaltungsfreiheit*, pg. 37 e ss., 523 e ss.

6 EUA¹²

O direito estadunidense distingue claramente entre a compra e venda imobiliária (“sale”), que obtém a obrigação de transmissão do direito (“obligation to a transfer”), e a efetiva transmissão (“conveyance”). A transmissão se realiza no contexto de um documento específico (“conveyance by deed”), que exige – com mais clareza que no direito inglês – “delivery” do vendedor e “acceptance” pelo adquirente.

Uma sistemática estrita, na qual esse procedimento é conceptualizado como “contrato”, encontra guarida certamente apenas em poucos autores, entretanto equivale à necessidade da concepção norte-americana de acordo sobre a transmissão do direito de propriedade. O prazo entre a “sale” e a “conveyance” frequentemente é bastante distante. O registro no “land register” vale para dar efeito à “conveyance” *inter partes* e, assim, ele é necessário como ato real constitutivo somente nos poucos Estados da federação que introduziram o registro torrens¹³ (Massachusetts, Hawaii, Minnesota). Senão a “deed”, como título real, é suficiente.

Os registros norte-americanos instituem uma forma de publicidade negativa, cuja eficácia ilimitada contra terceiros é condicionada à inscrição no registro de uma causa jurídica ou uma transmissão de direito. Com isso, a prioridade, na concomitância de diversos atos aquisitivos, depende do momento do registro. Contudo, na maioria das vezes somente o adquirente de boa-fé pode invocar a prioridade de seu “interest in land”.

A falta de uma publicidade positiva, bem como a possibilidade de aquisições de boa-fé junto a não titulares, embora registrados, leva ao risco de aquisições com vícios no interior da cadeia de transmissões, que atinge todos os sucessores e adquirentes posteriores. A práxis norte-americana tenta evitar esse risco por meio de uma documentação cuidadosa da cadeia de *title deeds* (*title research*) e, ao mesmo tempo, oferece-se um seguro de riscos contra vícios no “business” por seguradoras (“*title insurance*”)¹⁴, que inclui tanto “research” quanto “insurance”. Para limitar o risco de interrupção da cadeia de transmissões, muitos Estados introduziram prazos preclusivos (entre 20 e 50 anos) (“marketable title acts”).

É comparativamente interessante, por outro lado, a tendência muito marcante de vícios na “sale” não se comunicarem à “conveyance”, embora a ideia de abstração da *conveyance* obviamente não ou pouco corresponder ao pensamento jurídico anglo-americano – excetuando-se alguns ensaios doutrinários, que não se podem desprezar.

Na responsabilidade por vício jurídico ou da coisa na “sale” resta intocada em geral o efeito traslativo da “deed” (“doctrine of merger”: cessação da responsabilidade contratual

12 J. Singer, Introduction to Real Property, 2005; Stoebuck/Whitman, The Law of Property, 3a. ed. 2000; Jennings, Real Estate Law, 8a. ed. 2008; Murray/Stürner, Civil Law Notary, pg. 127 e ss.; Sigman, Security in Movables in the U.S., in: Kieninger (editor), Security Rights in Movable Property in European Private Law, 2004, pg. 54 e ss.; Baur/Stürner, Sachenrecht, § 64 Rn. 46 e ss., 110 e ss.

13 Sobre isso: Shick/Plotkin, Torrens in the United States, 1978; Stadler, Gestaltungsfreiheit, pg. 500 e ss.

14 B. Burk, Law of Title Insurance, 2000; Murray/Stürner, Civil Law Notary, pg. 129 e ss.

na compra e venda na “deed”, que, para a continuidade dessa responsabilidade, deve inserir uma declaração renovada de garantia, p. ex., *warranty deeds, bargain and sale deeds, quitclaim deeds*). O contrato de compra e venda “void” ou “voidable” conduz só excepcionalmente – p. ex., por fraude – ao cancelamento da “deed”. Normalmente a aquisição onerosa de boa-fé é protegida contra resolução do negócio. Existência de vícios da “deed” mesma (p. ex. falsificação, indicação deficiente do comprador, falta de “delivery” e “acceptance”) podem ser, todavia, curiosamente acordadas, para tornar nulo o ato de transmissão.

A transmissão da propriedade nas coisas móveis (*personal property*) é regulada na importante hipótese de compra pelo *Uniform Commercial Code*. O direito de compra encontra-se no art. 2º UCC, embora sobretudo o § 2-401 e ss. contenham as regras para a transmissão da propriedade.

No seu conteúdo, o direito norte-americano mostra tradicionalmente grandes semelhanças com o direito inglês. A ideia de possível destaque da obrigação de transmitir a propriedade é corrente tanto no direito norte-americano, como no direito inglês, sem que por isso o conceito de um contrato “real” ou negócio jurídico – salvo algumas reflexões acadêmicas – tenha prevalecido na consciência da práxis jurídica.

O momento da transferência da propriedade requer, em primeiro lugar, o acordo de vontade das partes; condiciona, no entanto, sobretudo nas coisas genéricas, a sua individualização. Presunções legais e regras gerais incidem na hipótese de ausência de ajuste entre as partes; elas dizem respeito sobretudo ao cumprimento dos deveres contratuais do vendedor, p. ex., entrega de mercadorias, expedição, transmissão de posse, troca de documentos etc.

O importante é que terceiros são protegidos pela possibilidade de *aquisição de boa-fé*, embora a aparência de direito, em geral, não esteja atrelada à posse, mas é regida por um grupo de precedentes mais estreito, originalmente com caráter de exceção. Os precedentes mais importantes são a segunda aquisição de boa-fé, após uma aquisição anterior anulável (“voidable title” do primeiro adquirente) e a aquisição usual no mercado por um comerciante, a quem o proprietário confiou a coisa (UCC § 2-403 inc. 1 e 2). É possível, independentemente de boa-fé, a aquisição sem gravame junto a um vendedor em seu usual estabelecimento comercial, mesmo se a coisa estiver gravada em garantia por este a terceiros (UCC § 9-320).

O momento exato da transmissão da propriedade para as partes, como no direito inglês, não é de grande importância como no direito alemão, porque sua posição jurídica, em caso de conflito, é regulada independente da “transfer of legal title”, embora se possa tratar historicamente, em parte, de um espécie de “equitable ownership”. Assim, o comprador já adquire, com a *identificação* da coisa, independentemente da transmissão da propriedade, um “*special property interest*”, que, em caso de insolvência do vendedor, pode levá-lo a uma posição privilegiada, conforme dispositivos limitadores e complicados do *Bankruptcy Code*. Em sentido inverso, o vendedor tem, numa hipotética transmissão da propriedade, um “*right of stoppage in transitu*”, se o comprador se tornar insolvente enquanto as mercadorias ainda estiverem em trânsito.

7 O European Civil Code – Common Frame of Reference¹⁵

O projeto de um *Common Frame of Reference* para um *European Civil Code* com regras para *Acquisition and Loss of Ownership in Movables* avança fortemente na órbita romanística e angloamericana. No projeto de um direito comum sobre compra de mercadorias para consumidores não há preceitos sobre a aquisição de propriedade.

O projeto parece até aqui tender para o Princípio Unitário e admite, segundo o modelo anglo-americano, como momento de transmissão da propriedade, opcionalmente pela tradição ou entrega do bem (*delivery*), ou por acordo entre as partes ou, ainda, – desde que previsto no respectivo direito nacional – pelo registro. Com isso, o Princípio Unitário é especialmente combinado com o Princípio da Tradição, o acordo sobre o momento da transmissão da propriedade (“agreement as to the time ownership is to pass”) resta como variante não no sentido de um Princípio da Separação, ao lado de um contrato obrigacional, mas como componente do contrato unitário.

Com o Princípio Unitário, torna-se então a válida “obligation to transfer ownership” um pressuposto do efeito de disposição da propriedade – aqui se rompe, até na redação, com o ideário romanístico. Com essa opção principiológica, arrasta-se inteiramente o caudal de problemas das instáveis e relativas relações obrigacionais para o conteúdo das regras de direitos reais.

O efeito traslativo em contratos unitários nulos, anuláveis ou condicionais torna-se tema de um conjunto de precedentes confuso e complexo: a importância da aquisição de boa-fé aumenta, assim como também o peso prático das regras de usucapião, que, conforme a tradição romana, necessitam de uma disciplina abrangente.

A tentativa de se deduzir a abstração “topicamente” do efeito de disposição na base de um Princípio Unitário dificilmente pode ser considerada como um progresso, muito menos o aumento do potencial de conflitos com o reforço do peso das normas sobre boa-fé e prescrição aquisitiva. Nesse passo é particularmente lamentável que essa opção fundamental possa converter-se também em influência para o direito imobiliário, que pouco desperta a atenção do comparatista.

Essa limitação da visão global é capaz de levar a uma pré-determinação do sistema como um todo e retroceder o direito alemão, grosso modo, em 500 anos, com consequências lastimáveis. Daí ser benéfico um mero caráter de recomendação do CFR, porque ele permite um tempo para um desenvolvimento mais refletido e nenhuma harmonização de cultura jurídica é imposta por uma esperta mistura de maioria de votos.

15 Sobre o assunto: *von Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Common Frame of Reference, 2009; *Stadler* JZ 2010, 380 e ss.; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 64 Rn. 145 e ss.

8 Tentativa de classificar o Código Civil brasileiro

Se tentar-se classificar o modelo brasileiro de aquisição da propriedade, o observador de fora chega à conclusão de que o Brasil, como algumas ordens jurídicas, especialmente dos países ibéricos, consagrou o Princípio Unitário, embora se exija, para a transmissão da propriedade, o ato real do registro (art. 1227, 1245 CC) ou o ato real da tradição (art. 1267 CC). Não é correto falar de um Princípio da Separação, porque, por exemplo, para a compra e venda, não se estabelece nenhum outro negócio jurídico para a transmissão da propriedade, composto por duas declarações de vontade e ato real, mas apenas de um mero ato real de registro ou da aquisição da posse.

Com a extinção do contrato unitário, como fundamento jurídico da aquisição, cai também a propriedade. Já que não há uma separação em dois negócios jurídicos, também não é correto insistir no Princípio da Causalidade no direito brasileiro, porquanto é evidente que a aquisição, sem um contrato válido, não é possível. O Princípio da Causalidade em oposição ao Princípio da Abstração descreve a relação entre dois negócios jurídicos, não a relação entre um único negócio jurídico e um ato real para ocorrência da aquisição.

Até para superação das debilidades do Princípio Unitário, o direito brasileiro parece seguir conhecidas receitas para saná-las. Para obter a separação do contrato obrigacional e seu cumprimento, conhece-se, no direito imobiliário, o contrato de promessa de compra e venda, cuja execução contra o terceiro adquirente pode ser inscrita no Registro de Imóveis (art. 1225, VII CC), mesmo se só o contrato de compra e venda efetivo, com o seu registro imobiliário, for apto a transmitir. As debilidades do contrato de compra e venda, que, por diversas razões, pode extinguir-se, procura o direito brasileiro superar, sobretudo com regras de usucapião, que, especialmente em imóveis, são bastante generosas (art. 1238 e ss. CC), mas também para móveis têm amplo alcance (art. 1261 CC).

Se bem compreendido o art. 1245, pr. 2 do CC, o tráfego jurídico deve confiar na inscrição do que consta como proprietário no Registro de Imóveis até o seu cancelamento, concluindo-se por uma publicidade positiva (confiança na “palavra” do registro de imóveis), que, como no direito espanhol, tutela a aquisição em confiança na inscrição, e, com isso, uma forma de abstração da aquisição da coisa em favor de um segundo adquirente.

9 Observações finais

A ideia da *separação* do acordo e disposição da propriedade impôs-se, mais ou menos, em todos os sistemas jurídicos, mais claramente ali onde existem dois negócios jurídicos inteiramente distintos. Só grosso modo implementa-se a ideia de separação de contrato e disposição, quando há necessidade de um ato real para um negócio jurídico unitário e, assim, alcançar o efeito de transferência.

A proteção do tráfego jurídico pela *abstração* da disposição da propriedade do contrato obrigacional encontra-se em todo o seu rigor, porém, apenas no direito alemão, que admite somente poucas exceções a esse princípio. A maioria das ordens jurídicas parte teoricamente da independência do efeito da disposição em relação ao negócio jurídico que a subjaz e concebe, assim, exceções para a proteção ao tráfego jurídico. Porém, elas são tão numerosas em alguns direitos, que se tornam regra, e a distinção para o Princípio da Abstração se esfumaça.

Tecnicamente, o Princípio da Abstração é mais claro, mais seguro, de construção mais simples e mais previsível nos seus resultados. Entretanto, move-se o desenvolvimento de uma ordem jurídica nem sempre conforme as leis da lógica e da razão prática. Tradições, hábitos e vínculos emocionais às próprias ordens jurídicas desempenham aqui um papel importante nesse contexto. Em algumas culturas jurídicas, a lógica estrita do direito alemão desperta fortes aversões, que influenciam fortemente o direito comparado e a harmonização jurídica, mas regulamentações oriundas de compromissos recíprocos têm boas chances de êxito, apesar de sua falta de clareza.

3 Enunciados aprovados

PARTE GERAL

- 397 Art. 5º: A emancipação por concessão dos pais ou por sentença do juiz está sujeita à desconstituição por vício de vontade.
- 398 Art. 12, parágrafo único: As medidas previstas no art. 12, parágrafo único, do Código Civil podem ser invocadas por qualquer uma das pessoas ali mencionadas de forma concorrente e autônoma.
- 399 Arts. 12, parágrafo único e 20, parágrafo único: Os poderes conferidos aos legitimados para a tutela *post mortem* dos direitos da personalidade, nos termos dos arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do CC, não compreendem a faculdade de limitação voluntária.
- 400 Arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único: Os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 asseguram legitimidade, por direito próprio, aos parentes, cônjuge ou companheiro para a tutela contra lesão perpetrada *post mortem*.
- 401 Art. 13: Não contraria os bons costumes a cessão gratuita de direitos de uso de material biológico para fins de pesquisa científica, desde que a manifestação de vontade tenha sido livre, esclarecida e puder ser revogada a qualquer tempo, conforme as normas éticas que regem a pesquisa científica e o respeito aos direitos fundamentais.
- 402 Art. 14, parágrafo único: O art. 14, parágrafo único, do Código Civil, fundado no consentimento informado, não dispensa o consentimento dos adolescentes para a doação de medula óssea prevista no art. 9º, § 6º, da Lei n. 9.434/1997 por aplicação analógica dos arts. 28, § 2º (alterado pela Lei n. 12.010/2009), e 45, § 2º, do ECA.
- 403 Art. 15: O Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante.
- 404 Art. 21: A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.

- 405 Art. 21: As informações genéticas são parte da vida privada e não podem ser utilizadas para fins diversos daqueles que motivaram seu armazenamento, registro ou uso, salvo com autorização do titular.
- 406 Art. 50: A desconsideração da personalidade jurídica alcança os grupos de sociedade quando estiverem presentes os pressupostos do art. 50 do Código Civil e houver prejuízo para os credores até o limite transferido entre as sociedades.
- 407 Art. 61: A obrigatoriedade de destinação do patrimônio líquido remanescente da associação à instituição municipal, estadual ou federal de fins idênticos ou semelhantes, em face da omissão do estatuto, possui caráter subsidiário, devendo prevalecer a vontade dos associados, desde que seja contemplada entidade que persiga fins não econômicos.
- 408 Arts. 70 e 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: Para efeitos de interpretação da expressão “domicílio” do art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, deve ser considerada, nas hipóteses de litígio internacional relativo a criança ou adolescente, a residência habitual destes, pois se trata de situação fática internacionalmente aceita e conhecida.
- 409 Art. 113: Os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes.
- 410 Art. 157: A inexperiência a que se refere o art. 157 não deve necessariamente significar imaturidade ou desconhecimento em relação à prática de negócios jurídicos em geral, podendo ocorrer também quando o lesado, ainda que estipule contratos costumeiramente, não tenha conhecimento específico sobre o negócio em causa.
- 411 Art. 186: O descumprimento de contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988.
- 412 Art. 187: As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva.
- 413 Art. 187: Os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva.
- 414 Art. 187: A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito.

- 415 Art. 190: O art. 190 do Código Civil refere-se apenas às exceções impróprias (dependentes/não autônomas). As exceções propriamente ditas (independentes/autônomas) são imprescritíveis.
- 416 Art. 202: A propositura de demanda judicial pelo devedor, que importe impugnação do débito contratual ou de cártula representativa do direito do credor, é causa interruptiva da prescrição.
- 417 Art. 202, I: O art. 202, I, do CC deve ser interpretado sistematicamente com o art. 219, § 1º, do CPC, de modo a se entender que o efeito interruptivo da prescrição produzido pelo despacho que ordena a citação é retroativo até a data da propositura da demanda.
- 418 Art. 206: O prazo prescricional de três anos para a pretensão relativa a aluguéis aplica-se aos contratos de locação de imóveis celebrados com a administração pública.
- 419 Art. 206, § 3º, V: O prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual.
- 420 Art. 206, § 3º, V: Não se aplica o art. 206, § 3º, V, do Código Civil às pretensões indenizatórias decorrentes de acidente de trabalho, após a vigência da Emenda Constitucional n. 45, incidindo a regra do art. 7º, XXIX, da Constituição da República.

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

- 421 Arts. 112 e 113: Os contratos coligados devem ser interpretados segundo os critérios hermenêuticos do Código Civil, em especial os dos arts. 112 e 113, considerada a sua conexão funcional.
- 422 Art. 300: (Fica mantido o teor do Enunciado n. 352) A expressão “garantias especiais” constante do art. 300 do CC/2002 refere-se a todas as garantias, quaisquer delas, reais ou fidejussórias, que tenham sido prestadas voluntária e originariamente pelo devedor primitivo ou por terceiro, vale dizer, aquelas que dependeram da vontade do garantidor, devedor ou terceiro para se constituírem.
- 423 Art. 301: O art. 301 do CC deve ser interpretado de forma a também abranger os negócios jurídicos nulos e a significar a continuidade da relação obrigacional originária em vez de “restauração”, porque, envolvendo hipótese de transmissão, aquela relação nunca deixou de existir.

- 424 Art. 303, segunda parte: A comprovada ciência de que o reiterado pagamento é feito por terceiro no interesse próprio produz efeitos equivalentes aos da notificação de que trata o art. 303, segunda parte.
- 425 Art. 308: O pagamento repercute no plano da eficácia, e não no plano da validade como preveem os arts. 308, 309 e 310 do Código Civil.
- 426 Art. 389: Os honorários advocatícios previstos no art. 389 do Código Civil não se confundem com as verbas de sucumbência, que, por força do art. 23 da Lei n. 8.906/1994, pertencem ao advogado.
- 427 Art. 397, parágrafo único: É válida a notificação extrajudicial promovida em serviço de registro de títulos e documentos de circunscrição judiciária diversa da do domicílio do devedor.
- 428 Art. 405: Os juros de mora, nas obrigações negociais, fluem a partir do advento do termo da prestação, estando a incidência do disposto no art. 405 da codificação limitada às hipóteses em que a citação representa o papel de notificação do devedor ou àquelas em que o objeto da prestação não tem liquidez.
- 429 Art. 413: As multas previstas nos acordos e convenções coletivas de trabalho, cominadas para impedir o descumprimento das disposições normativas constantes desses instrumentos, em razão da negociação coletiva dos sindicatos e empresas, têm natureza de cláusula penal e, portanto, podem ser reduzidas pelo juiz do trabalho quando cumprida parcialmente a cláusula ajustada ou quando se tornarem excessivas para o fim proposto, nos termos do art. 413 do Código Civil.
- 430 Art. 416, parágrafo único: No contrato de adesão, o prejuízo comprovado do aderente que exceder ao previsto na cláusula penal compensatória poderá ser exigido pelo credor independentemente de convenção.
- 431 Art. 421: A violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais.
- 432 Art. 422: Em contratos de financiamento bancário, são abusivas cláusulas contratuais de repasse de custos administrativos (como análise do crédito, abertura de cadastro, emissão de fichas de compensação bancária, etc.), seja por estarem intrinsecamente vinculadas ao exercício da atividade econômica, seja por violarem o princípio da boa-fé objetiva.
- 433 Art. 424: A cláusula de renúncia antecipada ao direito de indenização e retenção por benfeitorias necessárias é nula em contrato de locação de imóvel urbano feito nos moldes do contrato de adesão.
- 434 Art. 456: A ausência de denúncia da lide ao alienante, na evicção, não impede o exercício de pretensão reparatória por meio de via autônoma.

- 435 Art. 462: O contrato de promessa de permuta de bens imóveis é título passível de registro na matrícula imobiliária.
- 436 Art. 474: A cláusula resolutiva expressa produz efeitos extintivos independentemente de pronunciamento judicial.
- 437 Art. 475: A resolução da relação jurídica contratual também pode decorrer do inadimplemento antecipado.
- 438 Art. 477: A exceção de insegurança, prevista no art. 477, também pode ser oposta à parte cuja conduta põe, manifestamente em risco, a execução do programa contratual.
- 439 Art. 478: A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato.
- 440 Art. 478: É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato.
- 441 Art. 488, parágrafo único: Na falta de acordo sobre o preço, não se presume concluída a compra e venda. O parágrafo único do art. 488 somente se aplica se houverem diversos preços habitualmente praticados pelo vendedor, caso em que prevalecerá o termo médio.
- 442 Art. 844: A transação, sem a participação do advogado credor dos honorários, é ineficaz quanto aos honorários de sucumbência definidos no julgado.

RESPONSABILIDADE CIVIL

- 443 Arts. 393 e 927: O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida.
- 444 Art. 927: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.
- 445 Art. 927: O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.

- 446 Art. 927: A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade.
- 447 Art. 927: As agremiações esportivas são objetivamente responsáveis por danos causados a terceiros pelas torcidas organizadas, agindo nessa qualidade, quando, de qualquer modo, as financiem ou custeiem, direta ou indiretamente, total ou parcialmente.
- 448 Art. 927: A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência.
- 449 Art. 928, parágrafo único: A indenização equitativa a que se refere o art. 928, parágrafo único, do Código Civil não é necessariamente reduzida sem prejuízo do Enunciado n. 39 da *I Jornada de Direito Civil*.
- 450 Art. 932, I: Considerando que a responsabilidade dos pais pelos atos danosos praticados pelos filhos menores é objetiva, e não por culpa presumida, ambos os genitores, no exercício do poder familiar, são, em regra, solidariamente responsáveis por tais atos, ainda que estejam separados, ressalvado o direito de regresso em caso de culpa exclusiva de um dos genitores.
- 451 Arts. 932 e 933: A responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independente de culpa, estando superado o modelo de culpa presumida.
- 452 Art. 936: A responsabilidade civil do dono ou detentor de animal é objetiva, admitindo-se a excludente do fato exclusivo de terceiro.
- 453 Art. 942: Na via regressiva, a indenização atribuída a cada agente será fixada proporcionalmente à sua contribuição para o evento danoso.
- 454 Art. 943: O direito de exigir reparação a que se refere o art. 943 do Código Civil abrange inclusive os danos morais, ainda que a ação não tenha sido iniciada pela vítima.
- 455 Art. 944: Embora o reconhecimento dos danos morais se dê, em numerosos casos, independentemente de prova (*in re ipsa*), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência.
- 456 Art. 944: A expressão “dano” no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos

e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

- 457 Art. 944: A redução equitativa da indenização tem caráter excepcional e somente será realizada quando a amplitude do dano extrapolar os efeitos razoavelmente imputáveis à conduta do agente.
- 458 Art. 944: O grau de culpa do ofensor, ou a sua eventual conduta intencional, deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral.
- 459 Art. 945: A conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva.
- 460 Art. 951: A responsabilidade subjetiva do profissional da área da saúde, nos termos do art. 951 do Código Civil e do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, não afasta a sua responsabilidade objetiva pelo fato da coisa da qual tem a guarda, em caso de uso de aparelhos ou instrumentos que, por eventual disfunção, venham a causar danos a pacientes, sem prejuízo do direito regressivo do profissional em relação ao fornecedor do aparelho e sem prejuízo da ação direta do paciente, na condição de consumidor, contra tal fornecedor.

DIREITO DE EMPRESA

- 461 Art. 889: As duplicatas eletrônicas podem ser protestadas por indicação e constituirão título executivo extrajudicial mediante a exibição pelo credor do instrumento de protesto, acompanhado do comprovante de entrega das mercadorias ou de prestação dos serviços.
- 462 Art. 889, § 3º: Os títulos de crédito podem ser emitidos, aceitos, endossados ou avalizados eletronicamente, mediante assinatura com certificação digital, respeitadas as exceções previstas em lei.
- 463 Art. 897: A prescrição da pretensão executória não atinge o próprio direito material ou crédito que podem ser exercidos ou cobrados por outra via processual admitida pelo ordenamento jurídico.
- 464 Art. 903: **Revisão do Enunciado n. 52** - As disposições relativas aos títulos de crédito do Código Civil aplicam-se àqueles regulados por leis especiais no caso de omissão ou lacuna.
- 465 Arts. 968, § 3º, e 1.033, parágrafo único: A “transformação de registro” prevista no art. 968, § 3º, e no art. 1.033, parágrafo único, do Código Civil não se confunde com a figura da transformação de pessoa jurídica.

- 466 Arts. 968, IV, parte final, e 997, II: Para fins do Direito Falimentar, o local do principal estabelecimento é aquele de onde partem as decisões empresariais, e não necessariamente a sede indicada no registro público.
- 467 Art. 974, § 3º: A exigência de integralização do capital social prevista no art. 974, § 3º, não se aplica à participação de incapazes em sociedades anônimas e em sociedades com sócios de responsabilidade ilimitada nas quais a integralização do capital social não influa na proteção do incapaz.
- 468 Art. 980-A: A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural.
- 469 Arts. 44 e 980-A: A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado.
- 470 Art. 980-A: O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.
- 471 Os atos constitutivos da EIRELI devem ser arquivados no registro competente, para fins de aquisição de personalidade jurídica. A falta de arquivamento ou de registro de alterações dos atos constitutivos configura irregularidade superveniente.
- 472 Art. 980-A: É inadequada a utilização da expressão “social” para as empresas individuais de responsabilidade limitada.
- 473 Art. 980-A, § 5º: A imagem, o nome ou a voz não podem ser utilizados para a integralização do capital da EIRELI.
- 474 Arts. 981 e 983: Os profissionais liberais podem organizar-se sob a forma de sociedade simples, convencionando a responsabilidade limitada dos sócios por dívidas da sociedade, a despeito da responsabilidade ilimitada por atos praticados no exercício da profissão.
- 475 Arts. 981 e 983: Considerando ser da essência do contrato de sociedade a partilha do risco entre os sócios, não desfigura a sociedade simples o fato de o respectivo contrato social prever distribuição de lucros, rateio de despesas e concurso de auxiliares.
- 476 Art. 982: Eventuais classificações conferidas pela lei tributária às sociedades não influem para sua caracterização como empresárias ou simples, especialmente no que se refere ao registro dos atos constitutivos e à submissão ou não aos dispositivos da Lei n. 11.101/2005.
- 477 Art. 983: O art. 983 do Código Civil permite que a sociedade simples opte por um dos tipos empresariais dos arts. 1.039 a 1.092 do Código Civil. Adotada a forma

de sociedade anônima ou de comandita por ações, porém ela será considerada empresária.

- 478 Art. 997, *caput* e inc. III: A integralização do capital social em bens imóveis pode ser feita por instrumento particular de contrato social ou de alteração contratual, ainda que se trate de sociedade sujeita ao registro exclusivamente no registro civil de pessoas jurídicas.
- 479 Art. 997, VII: Na sociedade simples pura (art. 983, parte final, do CC/2002), a responsabilidade dos sócios depende de previsão contratual. Em caso de omissão, será ilimitada e subsidiária, conforme o disposto nos arts. 1.023 e 1.024 do CC/2002.
- 480 Art. 1.029: **Revogado o Enunciado n. 390 da III Jornada** [“Em regra, é livre a retirada de sócio nas sociedades limitadas e anônimas fechadas, por prazo indeterminado, desde que tenham integralizado a respectiva parcela do capital, operando-se a denúncia (arts. 473 e 1.029)”].
- 481 Art. 1.030, parágrafo único: O insolvente civil fica de pleno direito excluído das sociedades contratuais das quais seja sócio.
- 482 Art. 884 e 1.031: Na apuração de haveres de sócio retirante de sociedade *holding* ou controladora, deve ser apurado o valor global do patrimônio, salvo previsão contratual diversa. Para tanto, deve-se considerar o valor real da participação da *holding* ou controladora nas sociedades que o referido sócio integra.
- 483 Art. 1.033, parágrafo único: Admite-se a transformação do registro da sociedade anônima, na hipótese do art. 206, I, *d*, da Lei n. 6.404/1976, em empresário individual ou empresa individual de responsabilidade limitada.
- 484 Art. 1074, § 1º: Quando as deliberações sociais obedecerem à forma de reunião, na sociedade limitada com até 10 (dez) sócios, é possível que a representação do sócio seja feita por outras pessoas além das mencionadas no § 1º do art. 1.074 do Código Civil (outro sócio ou advogado), desde que prevista no contrato social.
- 485 Art. 1.076: O sócio que participa da administração societária não pode votar nas deliberações acerca de suas próprias contas, na forma dos arts. 1.071, I, e 1.074, § 2º, do Código Civil.
- 486 Art. 1.134: A sociedade estrangeira pode, independentemente de autorização do Poder Executivo, ser sócia em sociedades de outros tipos além das anônimas.
- 487 Arts. 50, 884, 1.009, 1.016, 1.036 e 1.080: Na apuração de haveres de sócio retirante (art. 1.031 do CC), devem ser afastados os efeitos da diluição injustificada e ilícita da participação deste na sociedade.

- 488 Art. 1.142 e Súmula n. 451 do Superior Tribunal de Justiça: Admite-se a penhora do *website* e de outros intangíveis relacionados com o comércio eletrônico.
- 489 Arts. 1.043, II, 1.051, 1.063, § 3º, 1.084, § 1º, 1.109, parágrafo único, 1.122, 1.144, 1.146, 1.148 e 1.149 do Código Civil; e art. 71 da Lei Complementar n. 123/2006: No caso da microempresa, da empresa de pequeno porte e do microempreendedor individual, dispensados de publicação dos seus atos (art. 71 da Lei Complementar n. 123/2006), os prazos estabelecidos no Código Civil contam-se da data do arquivamento do documento (termo inicial) no registro próprio.
- 490 Art. 1.147: A ampliação do prazo de 5 (cinco) anos de proibição de concorrência pelo alienante ao adquirente do estabelecimento, ainda que convencionada no exercício da autonomia da vontade, pode ser revista judicialmente, se abusiva.
- 491 Art. 1.166: A proteção ao nome empresarial, limitada ao Estado-Membro para efeito meramente administrativo, estende-se a todo o território nacional por força do art. 5º, XXIX, da Constituição da República e do art. 8º da Convenção Unionista de Paris.

DIREITO DAS COISAS

- 492 A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela.
- 493 O detentor (art. 1.198 do Código Civil) pode, no interesse do possuidor, exercer a autodefesa do bem sob seu poder.
- 494 A faculdade conferida ao sucessor singular de somar ou não o tempo da posse de seu antecessor não significa que, ao optar por nova contagem, estará livre do vício objetivo que maculava a posse anterior.
- 495 No desforço possessório, a expressão “contanto que o faça logo” deve ser entendida restritivamente, apenas como a reação imediata ao fato do esbulho ou da turbacão, cabendo ao possuidor recorrer à via jurisdicional nas demais hipóteses.
- 496 O conteúdo do art. 1.228, §§ 4º e 5º, pode ser objeto de ação autônoma, não se restringindo à defesa em pretensões reivindicatórias.
- 497 O prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, ressalvadas as hipóteses de má-fé processual do autor.

- 498 A fluência do prazo de 2 (dois) anos previsto pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contemplada tem início com a entrada em vigor da Lei n. 12.424/2011.
- 499 A aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito “abandono do lar” deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião.
- 500 A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas.
- 501 As expressões “ex-cônjuge” e “ex-companheiro”, contidas no art. 1.240-A do Código Civil, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio.
- 502 O conceito de posse direta referido no art. 1.240-A do Código Civil não coincide com a acepção empregada no art. 1.197 do mesmo Código.
- 503 É relativa a presunção de propriedade decorrente do registro imobiliário, ressalvado o sistema Torrens.
- 504 A escritura declaratória de instituição e convenção firmada pelo titular único de edificação composta por unidades autônomas é título hábil para registro da propriedade horizontal no competente registro de imóveis, nos termos dos arts. 1.332 a 1.334 do Código Civil.
- 505 É nula a estipulação que, dissimulando ou embutindo multa acima de 2%, confere suposto desconto de pontualidade no pagamento da taxa condominial, pois configura fraude à lei (Código Civil, art. 1336, § 1º), e não redução por merecimento.
- 506 Estando em curso contrato de alienação fiduciária, é possível a constituição concomitante de nova garantia fiduciária sobre o mesmo bem imóvel, que, entretanto, incidirá sobre a respectiva propriedade superveniente que o fiduciante vier a readquirir, quando do implemento da condição a que estiver subordinada a primeira garantia fiduciária; a nova garantia poderá ser registrada na data em que convencionada e será eficaz desde a data do registro, produzindo efeito *ex tunc*.
- 507 Na aplicação do princípio da função social da propriedade imobiliária rural, deve ser observada a cláusula aberta do § 1º do art. 1.228 do Código Civil, que, em

consonância com o disposto no art. 5º, inc. XXIII, da Constituição de 1988, permite melhor objetivar a funcionalização mediante critérios de valoração centrados na primazia do trabalho.

- 508 Verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, da CRFB e 1.228, § 1º, do CC) e a vedação ao abuso do direito (arts. 187 e 1.228, § 2º, do CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único do art. 1.337 do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal.
- 509 A resolução da propriedade, quando determinada por causa originária, prevista no título, opera *ex tunc* e *erga omnes*; se decorrente de causa superveniente, atua *ex nunc* e *inter partes*.
- 510 Ao superficiário que não foi previamente notificado pelo proprietário para exercer o direito de preferência previsto no art. 1.373 do CC é assegurado o direito de, no prazo de seis meses, contado do registro da alienação, adjudicar para si o bem mediante depósito do preço.
- 511 Do leilão, mesmo que negativo, a que se refere o art. 27 da Lei n. 9.514/1997, será lavrada ata que, subscrita pelo leiloeiro, poderá ser averbada no registro de imóveis competente, sendo a transmissão da propriedade do imóvel levado a leilão formalizada mediante contrato de compra e venda.

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

- 512 Art. 1.517: O art. 1.517 do Código Civil, que exige autorização dos pais ou responsáveis para casamento, enquanto não atingida a maioridade civil, não se aplica ao emancipado.
- 513 Art. 1.527, parágrafo único: O juiz não pode dispensar, mesmo fundamentadamente, a publicação do edital de proclamas do casamento, mas sim o decurso do prazo.
- 514 Art. 1.571: A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial.
- 515 Art. 1.574, *caput*: Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional n. 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual.
- 516 Art. 1.574, parágrafo único: Na separação judicial por mútuo consentimento, o juiz só poderá intervir no limite da preservação do interesse dos incapazes ou de um

dos cônjuges, permitida a cindibilidade dos pedidos com a concordância das partes, aplicando-se esse entendimento também ao divórcio.

- 517 Art. 1.580: A Emenda Constitucional n. 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão.
- 518 Arts. 1.583 e 1.584: A Lei n. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, não se restringe à guarda unilateral e à guarda compartilhada, podendo ser adotada aquela mais adequada à situação do filho, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A regra aplica-se a qualquer modelo de família. **Atualizados os Enunciados n. 101 e 336 em razão de mudança legislativa, agora abrangidos por este enunciado.**
- 519 Art. 1.593: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.
- 520 Art. 1.601: O conhecimento da ausência de vínculo biológico e a posse de estado de filho obstam a contestação da paternidade presumida.
- 521 Art. 1.606: Qualquer descendente possui legitimidade, por direito próprio, para propor o reconhecimento do vínculo de parentesco em face dos avós ou de qualquer ascendente de grau superior, ainda que o pai não tenha iniciado a ação de prova da filiação em vida.
- 522 Arts. 1.694, 1.696, primeira parte, e 1.706: Cabe prisão civil do devedor nos casos de não prestação de alimentos gravídicos estabelecidos com base na Lei n. 11.804/2008, inclusive deferidos em qualquer caso de tutela de urgência.
- 523 Art. 1.698: O chamamento dos codevedores para integrar a lide, na forma do art. 1.698 do Código Civil, pode ser requerido por qualquer das partes, bem como pelo Ministério Público, quando legitimado.
- 524 Art. 1.723: As demandas envolvendo união estável entre pessoas do mesmo sexo constituem matéria de Direito de Família.
- 525 Arts. 1.723, § 1º, 1.790, 1.829 e 1.830: Os arts. 1.723, § 1º, 1.790, 1.829 e 1.830 do Código Civil admitem a concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro sobreviventes na sucessão legítima, quanto aos bens adquiridos onerosamente na união estável.
- 526 Art. 1.726: É possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação.
- 527 Art. 1.832: Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cuius*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida.

- 528 Arts. 1.729, parágrafo único, e 1.857: É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “testamento vital”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.
- 529 Art. 1.951: O fideicomisso, previsto no art. 1.951 do Código Civil, somente pode ser instituído por testamento.

4 Enunciados apresentados

PARTE GERAL

Art. 1º

Autor: Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha

Enunciado: Até mesmo em atenção ao princípio da operabilidade, o Código Civil de 2002 admite o valor **eficiência** dentro das relações privadas e na leitura de seus institutos jurídicos, sem prejuízo, contudo, do valor **justiça**.

Justificativa: O princípio da operabilidade, imaginado por Miguel Reale como um dos paradigmas do Código Civil de 2002, implica na funcionalização de seus institutos jurídicos, que devem assim estar voltados para uma aplicação tão resolutória dos reais problemas das partes quanto possível. Nesse sentido, o princípio da operabilidade parece coadunar-se perfeitamente com um valor de **eficiência** dentro das relações jurídicas e na leitura dos institutos jurídicos. Defendida pela Escola da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) como um de seus pilares maiores, a adoção de um parâmetro de eficiência dentro das relações civis não implica, contudo, menoscabo ao valor **justiça**, tal que se propõe no presente enunciado. Outrossim, parece claro que a adoção do valor **eficiência** concilia-se também com os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, que implicam na adoção de determinada solução jurídica com o menor sacrifício possível da outra posição jurídica que se poderia imaginar aplicável ao caso concreto.

Art. 2º

Autor: André Luís da Silva Marinho

Enunciado: É reconhecida a personalidade civil do nascituro, por força do art. 3º do Pacto de São José da Costa Rica, que prevalece sobre a primeira parte do art. 2º do Código Civil, com ele conflitante, ante seu *status* de norma supralegal.

Justificativa: O nascituro – juridicamente definido como pessoa humana já concebida, mas ainda não nascida (cf. art. 1.798 do Código Civil), ou como pessoa humana a nascer (cf. Enunciado 267 do CJP) –, por ser pessoa humana deve ter sua personalidade civil reconhecida pela legislação brasileira, a teor do art. 3º do Pacto de São José da Costa Rica, haja vista a primeira parte do art. 2º do Código Civil ser inconciliável com aquela norma internacional, que adquire, no Brasil, *status* de norma supralegal, que deve prevalecer sobre qualquer outra norma infraconstitucional, seja anterior seja posterior a ela, conforme decidido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no RE 349703/RS, Rel. Min. Carlos Britto. Além disso, somente as pessoas com personalidade civil podem ter direitos da personalidade, os quais são, inquestionavelmente, deferidos também ao nascituro e, até mesmo, ao natimorto

(Enunciado n. 1 do CJP). Daí porque o aborto estar enquadrado topograficamente entre os “crimes contra a pessoa” no Código Penal.

Art: 2º

Autor: Anderson Freire de Souza

Enunciado: A teoria adotada pelo Código Civil, em seu art. 2º, acerca da aquisição da personalidade jurídica, é a condicionalista.

Justificativa: Não se pode mais justificar a aquisição da personalidade jurídica pela Teoria Natalista, pois, sendo nascituro o ser que ainda não nasceu, como conferir-lhe direitos se não é pessoa? A melhor resposta, é admitir que o nascituro seria pessoa, sob ponto de vista formal, apta a ser titular de direitos conforme sua condição (vida, integridade física, imagem, alimentos etc.). Quando de seu nascimento com vida, passaria a ter, também, a personalidade jurídica **material**, ou seja, aptidão para adquirir direitos e deveres patrimoniais, culminando na aquisição **plena** da personalidade jurídica.

Art. 2º

Autora: Quésia Falcão de Dutra

Enunciado: Entre os direitos do nascituro, encontra-se o direito à vida, desde a concepção.

Justificativa: O art. 2º do Código Civil fala em proteção dos direitos do nascituro desde a concepção. Não esclarece, porém, o artigo em questão quais seriam os direitos do nascituro. A doutrina civilista brasileira diverge quanto ao momento em que começa a vida, logo a partir de quando este direito passa a ser protegido. Ocorre que a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 678/92, em seu art. 4º, item 1, refere que toda pessoa tem direito ao respeito à vida, devendo este direito ser protegido pela lei, desde o momento da concepção. Assim, fixa a concepção como o momento que deve ser considerado legalmente como o início da vida e da proteção a este direito fundamental. O Supremo Tribunal Federal recentemente consolidou o entendimento de que os tratados internacionais sobre direitos humanos não aprovados pelo rito do processo legislativo das emendas constitucionais ou aprovados antes da Emenda Constitucional n. 45/04, caso da Convenção Americana de Direitos Humanos, possuem hierarquia de normas supralegais, inferiores à Constituição e superiores às leis ordinárias (Recurso Extraordinário 466.343-SP). Destarte, as disposições do Código Civil, lei ordinária, devem respeitar o que preceitua o Pacto de São José da Costa Rica, inclusive quanto à determinação do início da vida e sua proteção, nos termos supracitados.

Art. 2º

Autor: André Borges de Carvalho Barros

Enunciado: O art. 2º do Código Civil refere-se apenas à *personalidade jurídica material*, compreendida como a aptidão para ser titular de direitos patrimoniais. A *personalidade jurídica formal*, compreendida como a aptidão para ser titular de direitos da personalidade, tem início com a concepção do ser humano.

Justificativa: Muitas são as teorias que procuram determinar o momento em que o ser humano adquire personalidade jurídica. Na jurisprudência o tema também é objeto de profunda controvérsia, havendo decisões que negam personalidade jurídica ao nascituro e outras que a reconhecem. Neste segundo sentido, aliás, já se posicionou o TJRS: *O nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito apenas à capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais*¹. Procurando compatibilizar as teorias natalista e concepcionista, Maria Helena Diniz propõe uma teoria concepcionista com visão moderada, dividindo a personalidade jurídica dos seres humanos em formal e material (*in* Código Civil Anotado). De acordo com a autora a *personalidade jurídica formal* é adquirida com a **concepção** e garante ao nascituro a aquisição e o exercício dos direitos da personalidade. Por sua vez, a *personalidade jurídica material* é adquirida com o **nascimento com vida** e confere ao ser humano a aquisição de direitos patrimoniais. Na doutrina também podem ser citados como defensores da teoria concepcionista: Giselda Hironaka, Silmara Juny Chinellato, Francisco Amaral, Rubens Limongi França, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Antônio Junqueira de Azevedo e Renan Lotufo. O enunciado proposto procura, assim, adaptar a redação do Código Civil de 2002 à posição doutrinária que consideramos a majoritária na atualidade: a de defesa da teoria concepcionista.

Art. 7º

Autor: Alcir Luiz Lopes Coelho

Enunciado: A justiça estadual é a justiça competente para processar e julgar ação declaratória de morte presumida.

Justificativa: O art. 78 da Lei 8.213/1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social, estabelece o seguinte: *Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta Subseção*. A autoridade judicial competente para declarar, em regra, a morte presumida, sem declaração de ausência, é o juiz de direito, por se tratar de ação concernente ao estado da pessoa, conforme art. 92, II, do CPC (*Art. 92. Compete, porém, exclusivamente ao juiz de direito processar e julgar: II - as ações concernentes ao estado e à capacidade da pessoa*). O juiz

1 BRASIL, TJRS, 6ª C.C., Ap. Cív. 70002027910, Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, julg. 29/03/01. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; CELINA, Maria. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*.

federal, contudo, poderá declarar a morte presumida, **incidentalmente**, em sede de ação de conhecimento em face do INSS, nos casos em que se pede pensão provisória. Nesses casos, a decisão do juiz federal a respeito da morte presumida não faz coisa julgada, conforme prevê o art. 469, III, do CPC. (*Art. 469: Não fazem coisa julgada: III – a apreciação da questão prejudicial decidida incidentalmente no processo*).

Art. 12, parágrafo único

Autor: José Carlos Zebulum

Enunciado: A legitimação conferida às pessoas mencionadas no art. 12, parágrafo único, do Código Civil permanece, ainda que a vítima da lesão esteja viva, havendo esta exercido ou não o direito à reparação, uma vez que cada qual poderá pleitear indenização pelo respectivo dano moral sofrido.

Justificativa: Necessidade de acomodar a redação do referido dispositivo à atual orientação do Superior Tribunal de Justiça, que considera o direito à indenização por danos morais reflexos, titularizado pelo cônjuge e pelos parentes da vítima, um direito próprio, autônomo, e independente do direito da vítima. Com efeito, a jurisprudência daquela Corte tem asseverado que, não obstante a compensação por dano moral ser devida, em regra, apenas ao próprio ofendido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm firmado sólida base na defesa da possibilidade de os parentes do ofendido, a ele ligados afetivamente, postularem, conjuntamente com a vítima, compensação pelo prejuízo experimentado, conquanto sejam atingidos de forma indireta pelo ato lesivo. Trata-se, no caso, dos chamados *danos morais reflexos*, ou seja, embora o ato tenha sido praticado diretamente contra determinada pessoa, seus efeitos acabam por atingir, indiretamente, a integridade moral de terceiros. São também conhecidos como *dano moral por ricochete* ou *préjudice d'affection*, cuja reparação constitui direito personalíssimo e autônomo.

Arts. 12, parágrafo único e 20, parágrafo único

Autor: Daniel Bucar Cervasio

Enunciado: Salvo disposição expressa e em contrário, os poderes conferidos aos legitimados para a tutela dos direitos da personalidade devem ser interpretados restritivamente para acessar ou proibir sua violação, não se compreendendo, nesse rol, a faculdade de sua limitação voluntária.

Justificativa: É reconhecida a limitação voluntária dos direitos da personalidade (Enunciado 4, I Jornadas de Direito Civil) cuja faculdade pode ser exercida por seu titular. No entanto, tendo em vista que (I) o referido poder é exercido em caráter personalíssimo e (II) a lógica patrimonial de transmissão de poderes *causa mortis* não se aplica aos direitos da personalidade, apenas por expressa previsão legal delinea-se as possibilidades e os limites de tutela das

situações existenciais que poderá ser exercida pelos legitimados. Portanto, como não se encontra prevista nos textos do *caput* do art. 12 e do *caput* do art. 20 o poder de limitação voluntária, aos legitimados não cabe exercer tal faculdade que, tampouco em vida ou por ato de última vontade, o falecido não praticou. Com este entendimento pontua-se a divergência de disciplinas incidentes sobre situações patrimoniais e existenciais, privilegiando-se o ato personalíssimo, que deve pautar o exercício destas últimas, como expressão do projeto pessoal de vida único de cada qual.

Arts. 12, parágrafo único e 20, parágrafo único

Autor: Gustavo José Mendes Tepedino

Enunciado: Os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 asseguram legitimidade, por direito próprio, aos parentes, cônjuge ou companheiro, para a tutela contra lesão perpetrada a personalidade do defunto após a sua morte.

Justificativa: A previsão dos parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 do Código Civil assegura legitimidade, por direito próprio, a certos parentes e ao cônjuge (como também, por extensão analógica, ao companheiro ou companheira) para requererem tutela ressarcitória por lesão perpetrada a pessoa morta ou ausente. Esses dispositivos seriam ociosos se pretendessem se referir ao direito próprio do defunto, por conta exatamente do art. 943 do Código Civil. Mas, por outro lado, romperiam o sistema se autorizassem a multiplicação de partes legítimas para pleitearem ressarcimento por lesão desferida em vida à personalidade do falecido. Em se tratando de direito personalíssimo, uma vez atingida a pessoa em sua dignidade, somente esta tem legitimidade para requerer as medidas judiciais cabíveis, por direito próprio. Portanto, os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20, em última análise, somente se justificam para assegurar direito próprio a parente, cônjuge ou companheiro, por lesão perpetrada a personalidade do defunto após sua morte. Assim é que, no âmbito da comunidade familiar, pela proximidade dos vínculos afetivos ali estabelecidos, surge direito próprio em favor dos legitimados, exigindo-se do legislador norma específica, a um só tempo de legitimação e de contenção, ao determinar que algumas pessoas, e somente elas, podem requerer ressarcimento pelos danos que sofreram diante da violação à personalidade do defunto ou ausente; não o podem tantas outras que, a despeito do liame afetivo estabelecido com o falecido – a exemplo de ex-alunos, ex-clientes, ex-leitores, ex-admiradores de artistas ou atores e assim por diante –, não são reconhecidas pelo ordenamento como partes legítimas para a propositura de ações.

Art. 13

Autora: Janaína Lima Penalva da Silva

Enunciado: Não contraria os bons costumes a cessão gratuita de direitos de uso de material biológico para fins de pesquisa científica, desde que a manifestação de vontade tenha sido

livre e esclarecida e puder ser revogada a qualquer tempo, conforme as normas éticas que regem a pesquisa científica e o respeito aos direitos fundamentais.

Justificativa: O enunciado visa interpretar a disposição legal com vistas a esclarecer dúvidas surgidas no cenário do desenvolvimento da biotecnologia e da genética no mundo. O Ministério da Saúde regulamentou, por exemplo, o funcionamento dos biobancos no Brasil. Os biobancos são instituições que armazenam material biológico que alimenta as pesquisas científicas. Os biobancos, assim como a autorização dada a pesquisadores para pesquisa com material biológico, são atos de disposição do próprio corpo sem exigência médica, mas que não importam em diminuição da integridade física. São cessões de material biológico para desenvolvimento científico, atividade que não viola os bons costumes. É preciso esclarecer que essa cessão é diferente da doação de órgãos e é atividade legal no Brasil, sob pena de impossibilitarmos a pesquisa científica e a inovação tecnológica.

Art. 14, parágrafo único

Autor: Silvano José Gomes Flumignan

Enunciado: O art. 14, parágrafo único, do Código Civil, ao trazer o princípio do consenso afirmativo, não dispensa o consentimento dos adolescentes para a doação de medula óssea prevista no art. 9º, § 6º, da Lei n. 9.434/97 por aplicação analógica dos arts. 28, § 2º, e 45, § 2º, do ECA (incluídos pela Lei n. 12.010/2009).

Justificativa: O princípio do consenso afirmativo estabelece que cada doador deve manifestar expressamente sua vontade de disposição do próprio corpo, tendo o direito de, a qualquer tempo, revogar livremente a doação. A doação em vida, embora não prevista expressamente no Código Civil, é permitida por aplicação do art. 13, parágrafo único, que deixa para a legislação extravagante a regulamentação dos transplantes. A Lei n. 9.434/97 estabelece as condições para a doação em vida. Dentre as quais, menciona-se: gratuidade, órgãos duplos e capacidade do doador. A regra, portanto, é a capacidade do doador, mas a Lei n. 9.434/97 excepciona a previsão geral ao permitir a doação em vida de medula óssea para incapazes (art. 9º, § 6º). A capacidade do doador é substituída pelo consentimento de ambos os pais ou responsáveis legais e autorização judicial. Todavia, não se pode desprezar a vontade do incapaz. A capacidade civil, adquirida aos 18 anos, não significa a desconsideração completa da vontade de pessoa com idade inferior. O ECA estabelece em diversos dispositivos a necessidade de consentimento do adolescente (art. 28, § 2º e art. 45, § 2º). Tal previsão, por analogia, pode ser aplicada à doação de medula óssea. O adolescente deve ser ouvido quando da manifestação judicial, que não poderá desconsiderar sua vontade. O consentimento do doador real, mesmo que incapaz, se sobrepõe à vontade dos pais, responsáveis e até mesmo do juiz sob pena de afronta direta à dignidade da pessoa humana, tutelada pela Constituição da República em seu art. 1º, III.

Art. 20

Autor: Fábio de Oliveira Azevedo

Enunciado: A interpretação do art. 20 do CC precisa incluir a liberdade dos meios de comunicação como outra possibilidade de utilização da imagem de uma pessoa, a ser casuisticamente confrontada e ponderada, uma vez que esses dois interesses são individualmente merecedores de proteção, havendo uma presunção relativa de legitimidade no exercício da liberdade dos meios de comunicação.

Justificativa: O art. 20 do CC prevê apenas três casos em que a imagem de uma pessoa pode ser utilizada: 1º) se houver autorização do seu titular; 2º) quando necessária a administração da justiça; e 3º) se for preciso para manter a ordem pública. Do modo como está redigido, o dispositivo assinala uma inconstitucionalidade material, pois existe uma outra relevante situação de licitude na utilização da imagem, prevista no art. 220 da Constituição da República, ao estabelecer o direito à liberdade de informação, pensamento e expressão. Proíbe o § 1º, inclusive, qualquer intervenção estatal que, de qualquer modo, limite o alcance desse direito. O art. 20 precisa ser interpretado extensivamente para incluir a liberdade dos meios de comunicação como uma quarta exceção a proteção do direito à imagem, a ser casuisticamente ponderado, pois os dois interesses são individualmente merecedores de tutela. Essa interpretação promove a democracia e o estado de direito, uma vez que a liberdade dos meios de comunicação possui uma função instrumental para esse modelo. A norma a ser extraída do art. 20 do CC não pode deixar de observar a sua legalidade civil-constitucional, ou seja, o texto desse artigo precisa ser conformado com os desejos e compromissos constitucionais, entre os quais a autolimitação imanente ao estado de direito e o corolário acesso à informação, necessários ao exercício da democracia. Interpretar o art. 20 do CC, em seu sentido literal, significaria reconhecer, aprioristicamente, a supremacia do direito à imagem no confronto com a liberdade dos meios de comunicação. A relevância axiológica dessa liberdade, no entanto, justifica presumir, relativamente a legitimidade no seu exercício.

Art. 20

Autor: Alcides Leopoldo e Silva Junior

Enunciado: A mera utilização desautorizada da imagem de pessoa viva ou morta, fora das hipóteses legais de necessidade da administração da justiça ou da administração da ordem pública, ou de livre captação, em face de certas circunstâncias especiais, como a notoriedade da pessoa, do cargo ou atividade profissional que exerce, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a imagem for captada em lugares públicos, ou se referir a fatos de interesse público ou que hajam ocorrido publicamente, caracteriza dano à imagem, ainda que não haja fim comercial ou lesão à honra.

Justificativa: O dispositivo legal não prevê as inúmeras possibilidades de livre captação e utilização da imagem alheia consagradas na doutrina e na jurisprudência.

Art. 20

Autor: Alcides Leopoldo e Silva Junior

Enunciado: O dano à imagem é indenizável, ainda que do fato não decorra dano material e moral.

Justificativa: O inc. V do art. 5º da Constituição Federal assegura a indenização por dano material, moral ou à imagem, não deixando dúvida quanto à autonomia deste. Distingue-se do direito à honra, pois pode haver violação do direito de imagem, ainda que não ofensivo à honra, boa fama ou decoro da pessoa.

Art. 21

Autor: Daniel Bucar Cervasio

Enunciado: Compreendem-se, na tutela da privacidade da pessoa humana, os controles espacial, contextual e temporal de seus dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem, ou potencialmente possam versar, sobre estado de saúde, condição sexual, origem racial ou étnica, convicções religiosas, filosóficas e políticas, ou de qualquer outro gênero que importe em estigmatização do indivíduo.

Justificativa: Para nortear a tutela da privacidade, é necessário explicitar a existência de, ao menos, três nuances de controle de dados pela pessoa humana, que venham a tocar, sobretudo, as escolhas existenciais (dados/informações sensíveis). O controle espacial de dados importa na ciência quanto aos locais em que as informações da pessoa serão utilizadas; o controle contextual compreende o conhecimento da razão e do contexto em que serão tratados os dados; e o controle temporal (também já conhecido como direito ao esquecimento) significa conceder à pessoa a faculdade de obstar o uso de seus dados após o transcurso de certo tempo (art. 43, §1º, do Código de Defesa do Consumidor). É importante notar que o controle deve ser exercido por meio da ciência e do consentimento a ser outorgado pela pessoa, sendo que tais requisitos podem ser supridos mediante a incidência, no caso concreto, de outros interesses constitucionalmente tutelados e que venham a prevalecer sobre a autonomia existencial após a aplicação da técnica de ponderação (como exemplo, Enunciado 279 da IV Jornada de Direito Civil).

Art. 21

Autora: Janaína Lima Penalva da Silva

Enunciado: As informações genéticas são parte da vida privada e não podem ser utilizadas para fins diversos daqueles que motivaram seu armazenamento, registro ou uso, salvo com autorização do detentor.

Justificativa: O enunciado visa interpretar a disposição legal de forma a esclarecer dúvidas surgidas no cenário do desenvolvimento da biotecnologia e da genética no mundo. É preciso fixar que as informações genéticas são parte da vida privada e precisam contar com a devida proteção legal, de forma a se evitar um cenário de discriminação genética ou de utilização indevida das informações genéticas. Assim como as demais informações da vida privada, as informações genéticas precisam ter proteção legal no contexto das garantias de privacidade.

Art. 43

Autor: André Vasconcelos Roque

Enunciado: A responsabilidade da pessoa jurídica de direito público interno prevista no art. 43 do Código Civil não afasta a responsabilidade direta e subjetiva do agente causador do dano em face da vítima.

Justificativa: O art. 43 do Código Civil não afasta a possibilidade de que a vítima possa, caso assim prefira, se voltar diretamente contra o agente público, em vez de responsabilizar o Estado. As dificuldades enfrentadas por aqueles que formulam pretensões indenizatórias contra a Fazenda Pública já são conhecidas, tendo em vista especialmente a exigência constitucional de expedição de precatório, ressalvadas as pretensões pecuniárias de montante reduzido, que satisfaçam os limites da Requisição de Pequeno Valor (RPV). Assim, nada impede que, eventualmente, a vítima prefira se voltar diretamente contra o agente, em especial se visualizar que este possui patrimônio suficiente para suportar a indenização postulada. O dispositivo em análise deve ser interpretado de forma favorável à vítima, não já em favor do agente causador do dano. Nesta hipótese, esclareça-se, a responsabilidade do agente será subjetiva. Para corroborar a interpretação ora proposta, insta ressaltar que a doutrina já tem sustentado a possibilidade de responsabilização direta do agente público². Da mesma forma, em julgamento recente, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a responsabilização direta de um promotor decorrente de divulgação televisiva de fatos e circunstâncias constantes de processo em segredo de justiça.³

Art. 44, parágrafo único

Autor: Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha

Enunciado: Muito embora possuam liberdade de criação, organização, estruturação interna e funcionamento, estipulados no art. 44, parágrafo único, do Código Civil, as organizações religiosas não podem obstacular a frequência a seus cultos de indivíduos que não sigam a totalidade de seus dogmas (como, por exemplo, a doação mensal do dízimo), seja por

2 Ver, por exemplo, Gustavo Tepedino *et al.* (Coord.). *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 114.

3 BRASIL, STJ, REsp 1162598/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 02/08/2011, DJe 08/08/2011.

constituírem espaço público não estatal, seja porque tal conduta implicaria violação à cláusula geral de proteção ao livre desenvolvimento da pessoa humana, da qual a liberdade religiosa, independentemente da formatação dogmática de determinada igreja, é um de seus componentes.

Justificativa: O parágrafo único do art. 44 do Código Civil, introduzido pela Lei n. 10.825/2003 e uma de suas primeiras modificações (§ *1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento*) possui inteira concordância com a proteção estatal dos cultos religiosos, locais de culto e liturgias estabelecida no inc. VI, art. 5º, da Constituição (*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*). Contudo, a principal proteção fundamental desse inciso constitucional advinda é antes de tudo a liberdade religiosa e de crença. Na verdade, a proteção da organização religiosa e de seus cultos e liturgias existe para a garantia dessas. Tal ocorre porque a religiosidade é um dos principais componentes da individualidade e personalidade humana, sendo componente, portanto, da cláusula geral de proteção da pessoa humana espalhada dentro da CF e do ordenamento jurídico brasileiro. Por outro lado, apesar da proteção aos seus locais de culto e da liberdade de organização de funcionamento, as igrejas, expostas socialmente ao grande público, também podem ser vistas como um “*espaço público não estatal*”, na feliz expressão utilizada quando da admissão pelo Supremo Tribunal Federal da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas no Direito brasileiro.⁴ Por esses dois argumentos apresentados, tem-se em suma que, muito embora possuam as igrejas liberdade de funcionamento e organização interna, não podem proibir a frequência de indivíduos em suas dependências físicas ou em cultos religiosos por não seguirem totalmente os seus dogmas, como, por exemplo, a doação mensal do dízimo.

Art. 50

Autora: Juliana Brites Gomes

Enunciado: Por ser direito potestativo, a qualquer tempo é possível pleitear a desconsideração da personalidade jurídica, observado o disposto no art. 50 do CC.

Justificativa: O direito potestativo é a prerrogativa de impor a outrem, unilateralmente, sujeição ao seu exercício, como se dá na revogação de um mandato. O direito subjetivo contrapõe-se a um dever jurídico, que pode ser ou não cumprido, tal como o direito a alimentos. A importância prática da distinção está no fato de que a prescrição afeta apenas os direitos subjetivos, enquanto que a decadência atinge os direitos potestativos. Com isso, entende-se que o disposto no art. 50 do CC é expressão de um direito potestativo, ainda que haja argumento no sentido de sua semelhança com as ações revocatória falencial e pauliana,

⁴ BRASIL, STF, RE 201819/RJ - Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes - Julg.: 11/10/2005 - Órgão Julgador: Segunda Turma - Publicação: DJ 27-10-2006, p. 64

que apresentam, respectivamente, o prazo de 3 e 4 anos para sua propositura. A alegada semelhança estaria na extensão das obrigações, anteriormente assumidas apenas pelas pessoas jurídicas, aos sócios. Isso não é aceitável, na medida em que, da desconsideração da personalidade jurídica, não decorre a extinção da pessoa jurídica ou sequer a decretação de ineficácia/nulidade de atos, mas apenas a supressão pontual da personalidade do ente moral. Daí se conclui que o disposto no art. 50 do CC traduz um direito potestativo, abrigado por prazo decadencial que, não previsto em lei, mostra-se passível de alegação a qualquer tempo, tal como decidido no REsp n. 1.180.191/RJ, julgado em 05/04/2011. A instituição do Enunciado proposto é importante, pois visa atribuir mais efetividade ao disposto no art. 50 do CC, reafirmando a sua aplicabilidade a qualquer tempo, permitindo que outros casos tenham o mesmo e justo desfecho acima, sobretudo porque o recurso em testilha não foi conhecido na sistemática dos recursos repetitivos.

Art. 50

Autor: Douglas Camarinha Gonzales

Enunciado: A desconsideração da personalidade jurídica alcança os grupos de sociedade quando presentes os pressupostos do art. 50 do Código Civil e houver prejuízo aos credores, até o limite transferido entre as sociedades.

Justificativa: Justamente para conferir eficácia ao art. 50 do Código Civil e aos fundamentos da Teoria da Desconsideração da Personalidade – *Disregard of Legal Entity* – sua interpretação alcança os grupos de sociedade, quando presentes os legais pressupostos. Exige-se, contudo, que as sociedades pertençam ao mesmo grupo econômico, de forma que sejam controladas e geridas pelo mesmo grupo. A *ratio* interpretativa busca, assim, alcançar a sua real interpretação e alcance, uma vez configurado o abuso do direito, a simulação ou a fraude. Enfim, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica busca reequilibrar numa situação concreta, a distribuição dos riscos da atividade empresarial, segundo os objetivos estipulados pelo ordenamento jurídico⁵. Fundado na premissa de que o direito não tolera a má-fé, deve-se dar eficácia a essa interpretação, forte ainda no princípio de que os bens do devedor respondem pela sua dívida, de sorte que não é admissível a interposição de meios fraudulentos societários para afastar a aplicação da lei. Resgata-se, assim, a essência jurídica e comercial que se baseia e sustenta a relação entre sociedades a autonomia patrimonial baseada na legítima separação patrimonial. Ora, quando não se constatar a legitimidade dos atos de separação patrimonial entre as sociedades, essas se confundem. *Derradeiramente, a par e em conseqüência das conclusões impostas, justifica-se a aplicação da teoria da desconsideração no sistema jurídico brasileiro, à guisa de verdadeiro princípio geral do Direito, em sede de pessoas, tendo em vista os contornos modernos de sua figura, refletida em várias das disposições, mencionadas, encontradas em nosso ordenamento positivo. Cabe, pois, sua invocação, quando se verificarem seus pressupostos, a teor do art. 4º da LICC, que tem*

5 MUNHOS, Eduardo Secchi. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* v. 43, n. 134, abr/jun 2004, p. 41.

*servido de conduto para a integração de institutos modernos outros que se compatibilizam com nossa sistemática, assim o da vedação do enriquecimento sem causa.*⁶

Art. 50

Autor: André Melo Gomes Pereira

Enunciado: O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, que fechou o estabelecimento empresarial sem comunicação aos órgãos competentes, caracteriza abuso de personalidade jurídica, por desvio de finalidade social.

Justificativa: Sugere-se o cancelamento do Enunciado n. 282, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do CJF/STJ. Primeiro, porque o fechamento do estabelecimento empresarial, sem comunicação aos órgãos competentes, e sem pagamento aos credores, é típico exemplo de abuso de personalidade jurídica, por desvio de finalidade, inclusive, na seara tributária, com entendimento cristalizado no Enunciado 435 da Súmula do STJ. Segundo, porque o enunciado nos termos agora propostos contribui para inibir a irresponsabilidade empresarial, uma vez que os sócios administradores não continuarão celebrando negócios jurídicos temerários, na certeza de que os respectivos patrimônios pessoais não serão atingidos. Terceiro, será prestada homenagem ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional, com o mais fácil atingimento de um processo de resultado.

Art. 50

Autor: Sidney Hartung Buarque

Enunciado: É cabível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, para determinar a condenação e a responsabilidade solidária do sócio, quando comprovada a prática de ato fraudulento (art. 50 do Código Civil), ou subsidiária, quando o patrimônio da sociedade não bastar para satisfação de créditos derivados de relações ambiental e consumeirista.

Justificativa: A teoria da desconsideração consiste em desprezar os efeitos da personificação jurídica, em casos concretos, e penetrar na sua estrutura formal, verificando-lhe o substrato, a fim de impedir que, por simulação e fraude, alcance sua finalidade, bem assim solucionar todos os outros casos em que o respeito à forma societária levaria a soluções contrárias à sua função social e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico⁷. O art. 50 do Código Civil positivou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso da

6 Nesse mesmo sentido, perfilha Luis Doldão de Freitas Gomes em *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, *Revista de Direito Civil* n. 46, p. 27/49:

7 ASSUMPÇÃO, Alexandre Ferreira. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. *Op. cit.*, p. 86, *apud* NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Op. cit.*, p. 44.

personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. A doutrina admite a divisão da teoria da desconsideração em teoria maior e menor. Para os adeptos da teoria maior, de concepção subjetiva, a personalidade jurídica da sociedade pode ser desconsiderada sempre que se provar a fraude (em sentido lato) praticada pelo sócio. Para a teoria menor, a fraude é irrelevante, bastando para a desconsideração a simples insatisfação do crédito. O enunciado tem a vantagem de fixar juridicamente duas soluções para a desconsideração, sobre as quais não há consenso na doutrina ou na jurisprudência. Nos casos de fraude (teoria maior), consagra a responsabilidade solidária; nos casos em que não se cogita de fraude (teoria menor), mas insuficiência ou inexistência de patrimônio do devedor, responsabilidade subsidiária dos sócios. A teoria maior firma-se na exigência do mau uso da sociedade pelos sócios; à menor, basta a comprovação da insolvabilidade da sociedade nas hipóteses do art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor e art. 4º da Lei n. 9.605/1998.

Art. 50

Autora: Ana Frazão

Enunciado: A desconsideração da personalidade jurídica tem como pressuposto necessário a insolvência da pessoa jurídica. (a aprovação do presente enunciado implica o cancelamento do Enunciado 281, que apresenta sentido oposto).

Justificativa: Após muitos debates sobre a extensão da desconsideração da personalidade jurídica, tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que, qualquer que seja a hipótese de aplicação da teoria, há de se observar o pressuposto da insolvência da pessoa jurídica. Basta ver que o critério distintivo entre as hipóteses de aplicação da teoria maior e da teoria menor tem sido a constatação do abuso da personalidade jurídica – desvio de finalidade ou confusão patrimonial – exigido apenas para a primeira, sendo a insolvência da pessoa jurídica pressuposto de ambas. A exigência da insolvência da pessoa jurídica, nos termos ora propostos, é corolário necessário do próprio instituto da pessoa jurídica, pois não se justifica o afastamento da separação patrimonial na hipótese em que a pessoa jurídica é solvente e, portanto, capaz de honrar suas dívidas. Ressalta-se, ainda, que o requisito da insolvência é mais favorável aos interesses dos credores sociais do que o da insuficiência patrimonial. Não é sem razão que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do famoso REsp 279.273/SP (caso “Shopping de Osasco”, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 29.03.2004), entendeu que mesmo a teoria menor exige a *prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial*, entendimento que tem sido mantido nos precedentes supervenientes do Tribunal⁸.

⁸ São exemplos o REsp 1267232 (Rel. Mauro Campbell, DJe 08/09/2011), o REsp 737000 (Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 12/09/2011), o REsp 1180714 (Rel. Luís Felipe Salomão, DJe 06/05/2011) e o REsp 1200850 (Rel. Massami Uyeda, DJe 22/11/2010).

Art. 52

Autor: Alcides Leopoldo e Silva Junior

Enunciado: Os direitos da personalidade são próprios da pessoa humana. A pessoa jurídica, por extensão, tem proteção dos direitos atinentes ao nome, sigilo, privacidade, boa-fama, bem como da sua honra objetiva, podendo pleitear danos morais e materiais.

Justificativa: Os direitos da personalidade aplicam-se às pessoas jurídicas apenas por extensão, e mesmo assim, somente aqueles que não são próprios do ser humano.

Art. 61

Autor: Daniel Cordeiro Peracchi

Enunciado: A obrigatoriedade na destinação do patrimônio líquido remanescente da associação à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes, em face da omissão do estatuto, possui caráter subsidiário, devendo prevalecer a vontade dos associados, desde que seja contemplada entidade que persiga fins não econômicos.

Justificativa: O art. 61 do Código Civil impõe a regra de que o patrimônio líquido remanescente, quando de dissolução da associação, e desde que inexista previsão estatutária, deve, mediante deliberação dos associados, necessariamente ser destinado à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes. A regra ignora que a associação, desde que persiga fins não econômicos, possui ampla liberdade na conformação de suas finalidades institucionais, podendo inclusive ser constituída tendo por objeto o interesse exclusivo dos associados. Considerando que a Constituição da República assegura plena liberdade de associação para fins lícitos (CR/1988, art. 5º, XVII), essa liberdade, que compreende a possibilidade de criar a associação, nela ingressar, permanecer associado e eventualmente se desligar, deve necessariamente envolver a autorização para que os associados, quando da dissolução da pessoa jurídica, decidam a respeito do patrimônio líquido remanescente, que poderá ser destinado a qualquer entidade de fins não econômicos. Assim, a obrigatoriedade de destinação do patrimônio líquido remanescente da associação à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes, possui caráter residual, só se aplicando na hipótese de omissão dos associados, quanto ao destino do acervo patrimonial, no momento da dissolução.

Arts. 70 e 7º da LICC

Autor: Jorge Antônio Maurique

Enunciado: Tratando-se de litígio que envolva criança ou adolescente e que envolva direito internacional, a regra de competência é a do juiz da residência habitual da criança ou adolescente, pois, em termos de direito internacional, quando se fala de domicílio, tem-se na

realidade como preceito a residência habitual, que é uma situação fática internacionalmente aceita e conhecida.

Justificativa: Com a facilidade das comunicações e transportes dos tempos pós-modernos, tornou-se muito comum a existência de casamentos e uniões entre pessoas de diferentes países, gerando filhos de múltiplas nacionalidades. Quando há litígio entre os pais, em caso de separação, que envolva a guarda ou pensão, a regra de competência conhecida e aceita internacionalmente é que o juiz competente é o da residência habitual da criança ou adolescente, porquanto está mais próximo ao centro de interesses e vida dessa pessoa e assim pode aquilatar melhor sobre seu maior interesse. Dessarte, a regra do domicílio, como posta no art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, deve ser interpretada à luz dos preceitos internacionais, como, por exemplo, a Convenção da Haia de 1980, de que o Brasil é signatário, que estabelece a competência como sendo do país da residência habitual, porquanto esse é um critério fático, facilmente distinguível e internacionalmente aceito.

Art. 108

Autor: Douglas Camarinha Gonzales

Enunciado: A dispensa da escritura pública para a validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 vezes o maior salário mínimo vigente no País, autorizada pelo art. 38 da Lei Federal n. 9.514/97, somente é deferida quando as entidades autorizadas a operar no Sistema de Financiamento Imobiliário, assim definidas no art. 2º da mesma lei, participem do negócio jurídico.

Justificativa: Para que seja possível a dispensa da escritura pública, mister se faz que uma das entidades previstas no art. 2º da Lei n. 9.514/97 participe ativamente como parte no negócio jurídico. Estas receberam tal autorização tendo em vista a responsabilidade de atuação como fiscal do ato, de modo a assegurar a sua segurança, nos mesmos moldes em que ocorre no Sistema Financeiro de Habitação. Em sendo lavrado instrumento particular de negócio jurídico de venda e compra com alienação fiduciária – figurando, como outorgantes e outorgados, pessoas físicas – relativo a imóveis com valor superior a 30 salários mínimos, não há como se dispensar a escritura pública, pois de rigor prevalece a regra geral inscrita no art. 108 do Código Civil. Isto porque não há sentido a permissiva legal acerca da instrumentação particular da compra e venda acompanhada de alienação fiduciária em garantia e, ao mesmo tempo, a exigência da escritura pública para os negócios de compra e venda desacompanhada dela. Assim não fosse, seria de extrema facilidade a burla ao art. 108 do Código Civil, bastando às partes contratantes estipular pequeno valor a título de financiamento para que a escritura pública fosse dispensada, e, por conseguinte, a fiscalização sobre a idoneidade e segurança jurídica do ato por parte de um tabelião. Abrir-se-iam portas para negócios jurídicos evitados de vícios, tais como simulações e fraudes,

posteriormente questionados judicialmente, de modo a trazer indesejáveis prejuízos e insegurança à sociedade. Tratar-se-ia de negócio jurídico nulo, nos termos do art. 166, IV, do Código Civil.

Art. 113

Autora: Vera Fradera

Enunciado: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé, os usos do lugar de sua celebração e **as práticas estabelecidas entre as partes.**

Justificativa: Ainda que a boa-fé em sentido subjetivo e também no objetivo tenha estado presente no CC/1916, as referências aos usos, nesse diploma foram sempre parcimoniosas. Várias foram as causas dessa escolha do legislador, como por exemplo, o rigoroso espírito positivista legalista, então predominante, que atribuía pouco relevo aos usos, relegando-os prioritariamente à esfera do Direito Comercial. Hoje a situação se revela distinta, sobretudo porque o CC/02 unificou as obrigações civis e comerciais, trazendo, por uma espécie de contaminação do civil pelo comercial, maior relevo aos usos como critério interpretativo. Não obstante, ainda havendo, na prática, a sua invocação, a doutrina e jurisprudência todavia não perceberam todo o seu potencial interpretativo. Para corroborar essa assertiva, basta verificar a parcimônia de artigos, livros e julgados relativos a esse tema⁹. Em nosso entendimento, além dos usos a que se refere o legislador neste art. 113, existem outros recursos, merecendo galgar o *status* de fonte interpretativa dos negócios jurídicos, mormente em se tratando de contratos. Estamos aludindo às práticas desenvolvidas entre as partes em relação ao seu contrato, tomando por base o reconhecimento do princípio da autonomia privada, um dos alicerces do direito privado. Nosso objetivo, ao sugerir este enunciado, é o de contribuir para uma melhor e mais extensa interpretação dos negócios jurídicos, sobretudo a dos contratos, sua mais notável espécie, trazendo para o âmbito do art. 113 as práticas estabelecidas entre as partes no seu contrato. Buscando inspiração no texto da CISG¹⁰, especificamente na 1ª parte do seu art. 9º, ali encontramos o seguinte: *as partes se obrigam por qualquer uso a que tenham convencionado e por qualquer prática estabelecida entre elas*¹¹. Franco Ferrari, um dos mais importantes comentaristas da CISG, define as práticas como sendo aquelas que, à diferença dos usos, não resultam de uma praxe generalizada no interior de determinado setor do tráfico, mas sim do comportamento individual, mantido pelas próprias partes, por ocasião de anteriores relações negociais mantidas entre elas¹². Acreditamos que os

9 Merece ser destacada a excelente obra de Marcos de Campos Ludwig, *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

10 Convenção de Viena de 1980 sobre Venda Internacional de Mercadorias.

11 No original: *The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.*

12 *La rilevanza degli usi nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili*, in *Contrato e Impresa*, anno X, n.1, 1994, p. 239 e segs., sobretudo p. 245.

termos deste art. 9º, em sua primeira parte, podem representar uma relevante contribuição da CISG para a interpretação dos negócios jurídicos, e a abundante jurisprudência internacional neste sentido corrobora nosso entendimento. Podemos iniciar nossas reflexões pela definição do vocábulo *práticas*, tal como resulta do texto do art. 9º da CISG: *Práticas são estabelecidas mediante uma conduta regular, a qual cria uma expectativa de que essa conduta será mantida.*¹³ Os professores **Schlechtriem** e **Schwentzer**, em seu comentário da CISG¹⁴, artigo por artigo, explicam serem relevantes as práticas seguidas pelas partes, desde que tenham uma *certa frequência e duração* e cuja ocorrência não tenha se dado dentro de uma circunstância particular, ou seja, de forma excepcional. Revelando um entendimento um tanto quanto insólito, a jurisprudência internacional nesta matéria, selecionada por esses autores, admite que um ato de boa vontade possa criar efeitos obrigatórios, conforme os termos deste art. 9, inc. I¹⁵. **Bianca e Bonnell**, ao comentarem o mesmo artigo destacam serem tais práticas aplicáveis não somente para suprir termos do acordo contratual, mas também para determinar a intenção das partes¹⁶. É de ser destacado ainda o fato de que as práticas não podem ser estabelecidas sem que um contrato (no caso da CISG, seria de natureza comercial) precedente tenha sido entre elas entabulado. Como resultado dessas práticas, surge, entre os membros da relação contratual, uma expectativa legítima de que elas continuarão a ser mantidas nas suas futuras relações, resultando daí a necessidade de elas reconhecerem determinada conduta como uma prática¹⁷. Contudo, em determinado momento, é possível que as partes venham a desinteressar-se pela manutenção de uma prática, desta sorte, deverão realizar uma mudança de comportamento no seu agir contratual. Se a renúncia a determinada prática ocorrer de maneira unilateral, isso importará mudança apenas em relação ao futuro. Para alterar-se a prática no curso do contrato, é preciso o acordo de ambos os participantes do contrato. Neste mesmo sentido, encontramos julgado do nosso TJRS, cuja ementa não deixa dúvida a respeito do entendimento esposado pelo seu relator, o eminente Des. **Armínio Lima da Rosa**, em ação de resolução contratual, onde ocorrera cessão de direitos de comercialização de determinados bens, e, face à ausência de regramento convencional expresso quanto a uma determinada situação, de natureza transitória, assim foi decidido: *não tendo as partes cuidado de regrar situação transitória, relativamente ao interregno situado entre contrato e implemento de condição suspensiva, cumpre observar o comportamento delas, como fator revelador da composição de interesses e respectiva normatização que terminou por se estabelecer, dando a melhor interpretação possível ao que fora*

13 HONNOLD, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3. ed. 1999 Kluwer Law International, p. 124-13.

14 *Commentary on the UN Convention on the international Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford, 2010, p. 182 e segs.

15 V., por exemplo, **HGer Zurich, 24 de outubro de 2003, CISG on line 857**

16 *Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milan, 1987, p. 106.

17 Ao invocar a existência de determinada prática em relação a seu parceiro no contrato, a parte necessita comprová-la.

pactuado.¹⁸ Cumpre esclarecer que essas partes estiveram vinculadas por contratos relativos os mesmos bens, firmados já em 1971. Neste exemplo jurisprudencial, fica evidente a função interpretativa desempenhada pelas práticas estabelecidas entre os contratantes ao longo do tempo. Fica igualmente ressaltada a importância do texto da CISG como uma espécie de *língua franca* de origem legal ou *background Law*, fonte inspiradora para a interpretação de nosso Código Civil, tal como ocorreu e segue ocorrendo no direito interno dos 74 países que a adotaram.

Arts. 116, 117 e 119

Autor: Edilson Pereira Nobre Júnior

Enunciado: É válido o negócio jurídico celebrado pelo representante consigo mesmo, salvo se decorrer prejuízo para o representado.

Justificativa: O instituto da representação tem como nota singular permitir a prática de ato ou negócio jurídico que produzam efeitos sobre a esfera jurídica de terceiro. A atuação em nome de outrem é, pois, inseparável da figura jurídica em referência, o que decorre seja da função que a justifica, ou igualmente de expressa referência pelo legislador, conforme resulta, entre nós, do art. 116 do Código Civil.

Daí se pode afirmar que a representação se volta a tutelar o interesse do representado, não se admitindo, assim, que o representante, no exercício de suas tarefas, logre vantagem de sua ação perante aquele de cujos interesses é curador.

Interessante indagação consiste em saber se há possibilidade do instituto albergar função distinta, concebendo-se hipóteses nas quais haja satisfação de interesse concorrente do representante.

Um ponto, de logo, deve ser ressaltado: afigura-se inadmissível que o exercício da representação opere exclusivamente no interesse do representante.

Atento à realidade prática, o Código Civil trouxe dois dispositivos envolvendo o tema. O primeiro deles, no caso o art. 117, ao preceituar que o negócio jurídico do representante consigo mesmo não será anulado caso o permita a lei ou haja a manifestação da vontade do representado nesse sentido¹⁹.

Por sua vez, o art. 119, do mesmo diploma, apesar do seu âmbito de aplicação mais genérico, dispõe ser suscetível de anulação o negócio jurídico no qual o representante vier a realizar em conflito com os interesses do representado.

18 BRASIL, TJRS, Apelação Cível n. 70008000275, 20ª Câmara Cível, apelante/apelada Associação Cristã de Moços de Porto Alegre e Apelante/Apelado José Elias Flores, julgado em 03 de mar. de 2004.

19 Na hipótese de mandato em causa própria, disciplinada pelo art. 685 do Código Civil, pressupõe-se que houve manifestação de vontade do representado em favor do autonegócio.

O dispositivo acima, interpretado em sentido contrário, justifica o entendimento consoante o qual haverá negócio válido caso não haja dita oposição de interesses.

Uma interpretação sistemática, bem como teleológica, mostra que a celebração de autocontrato pelo representante, ainda que sem permissibilidade legal ou assentimento específico do representado, apresenta-se válida quando não restar a este prejuízo.

A doutrina oferece suporte para tanto. A pena de Oliveira Ascensão²⁰, antes de lançar uma resposta, acentua que a representação é um negócio jurídico incompleto, de maneira que o seu significado integral somente é suscetível de ser fielmente captado, situando a procuração perante as circunstâncias da relação fundamental em razão da qual emana, pois somente assim se permite conferir relevo à função global do negócio.

O vínculo de representação – diz o autor – integra-se como elemento não autônomo a serviço da função do negócio jurídico global. Desse modo, e não pelo sopesar isolado do nexo de representação, é que se admite a validade da representação em causa própria.

Partindo, mais uma vez, da necessidade de análise da relação fundamental em causa, é preciso – frisa ainda o autor – que haja um interesse do representado no próprio objeto do negócio, não bastando, portanto, mero interesse pecuniário no recebimento de remuneração pelo desempenho dos poderes outorgados.

Em escrito que se tornou clássico, José Paulo Cavalcanti²¹ afasta os óbices normalmente apontados como impeditivos do autocontrato. Deixando à margem do debate, por irrelevante, o óbice da falta do concurso de duas vontades, o autor afasta o critério que requer a inexistência de conflitos de interesses para a admissibilidade da contratação em comento.

Argumentou que o fundamento da inadmissibilidade do contrato, em tela, deveria recair noutro motivo, porquanto o conflito de interesses, só por só, não pode ser considerado razão bastante para invalidade de qualquer negócio, haja vista que, em sendo condição normal da vida em sociedade, está suposto em todos os contratos onerosos.

Remata que, para a invalidade do autocontrato, é necessário algo mais do que a simples e pura oposição de interesses, ou a simples e pura possibilidade de enriquecimento de uma das partes em prejuízo da outra, sendo necessário a caracterização do enriquecimento do representante às custas do representado e que esse enriquecimento seja ilícito, ou melhor, que se configure como enriquecimento sem causa, resultante da falta de vigilância e do policiamento da parte em favor da qual se realiza o negócio²².

20 *Direito civil – teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Vol. II, p. 276-277.

21 *O contrato consigno mesmo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 33-41.

22 Eis relevante passagem que permite sintetizar o pensamento do autor: *Em síntese: a razão fundamental que proíbe os contratos consigo mesmo é o risco de enriquecimento indevido às expensas do representado, e não o simples e puro conflito de interesses, porque esse, ainda que resolvido com sacrifício de uma das partes, tendo justa causa, nunca foi pelo direito (loc. cit., p. 40).*

Essa, no seu entender, a razão de ser que determinou as proibições constantes do art. 1.395 do Código Civil italiano²³ e o §181 do BGB²⁴, raciocínio que, por imperativo da lógica, deveria ser estendido para o art. 261 do Código Civil português de 1967²⁵.

Tanto assim é que Betti²⁶ alude ao abuso do poder de representação, existente quando o desempenho da representação, embora formalmente escoreita, encontra-se substancialmente desvirtuado da finalidade da representação, qual seja a tutela do representado. Especialmente quanto ao requisito do conflito de interesses, consignado no texto do art. 1.395 do Código Civil itálico, o autor diz, ratificando a linha aqui exposta, ser exigível que aquele seja capaz de desqualificar o exercício dos poderes conferidos, ou seja, que se mostre abusivo, situação inexistente quando o conteúdo do negócio tenha sido predeterminado pelo interessado.

Nesse diapasão doutrinário, tem-se decisivo que, para o reconhecimento da invalidação do negócio jurídico consigo mesmo não basta a simples colisão dos interesses das partes, o que até será comum em virtude da conatural divergência de objetivos das partes dos contratos, mas sim pelo conflito de interesses que se manifeste em prejuízo indevido, injustificado, ao representado, a denotar de abuso de confiança por parte do representante. De conseguinte, àquele deve ser aplicado o disposto no art. 685 do Código Civil.

Art. 121

Autora: Luciane Curty Romero Veloso

Enunciado: Considera-se também condição suspensiva a cláusula, tácita ou expressa, em negócio jurídico que subordine seu aperfeiçoamento à regularização de pendências de natureza formal ou material, legais ou contratuais, que impeçam a formalização do instrumento ou o registro, a averbação ou protesto do instrumento no cartório ou repartição pública respectiva.

23 Art. 1.395. É anulável (1.471 e seguintes) o contrato que o representante conclua consigo mesmo, em nome próprio ou como representante de terceiro, salvo se o representado o tinha autorizado especificadamente, ou o conteúdo do contrato seja determinado de modo a excluir a possibilidade de conflito de interesses (1735). A impugnação somente pode ser proposta pelo representado (1471). Tradução livre a partir do texto original disponível em: www.studiocelebrano.it. Acesso em: 12 mar. 2002.

24 § 181 (**Contrato consigo mesmo. Autocontrato**). Um representante não pode, sem permissão, empreender um negócio jurídico em nome do representado consigo mesmo, em seu próprio nome, ou como representante de um terceiro, a menos que o negócio jurídico consista exclusivamente no cumprimento de uma obrigação. Tradução livre de versão em espanhol constante de Emílio Eiranova Encinas (*Código Civil alemán comentado – BGB*. Madri: Marcial Pons, 1998, p. 1998).

25 Art. 261 (**Negócio consigo mesmo**). 1. É anulável o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, seja em nome próprio, seja em representação de terceiro, a não ser que o representado tenha especificadamente consentido na celebração, ou que o negócio exclui por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses. 2. Considera-se celebrado pelo representante, para o efeito do número precedente, o negócio realizado por aquele em quem tiverem sido substabelecidos os poderes de representação. Versão disponível em: www.stj.pt.

26 *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Colmares, 2000, p. 525-527. Tradução de A. Martín Pérez.

Justificativa: A doutrina é unânime em eleger o negócio jurídico como o principal instrumento de concretização do princípio da liberdade jurídica e como tal o art. 121 do CC/02 estabelece que condição seria a **cláusula derivada unicamente da vontade das partes** pela qual o negócio subordina-se a evento futuro e incerto. Há hipóteses em que há eventos futuros e incertos afetando a regularidade do instrumento (regularidade formal) ou do próprio negócio jurídico (regularidade material), nos termos da legislação de regência, e mesmo assim os contratantes preferem realizar o negócio, cientes dos entraves legais ao seu aperfeiçoamento. A liberdade jurídica – e, portanto, a natureza condicional do negócio – se apresenta pela **manifesta vontade de realizar o negócio antes da regularização** prevista na lei. Como a lei é imperativa, tais negócios só podem ser considerados condicionais e sob condição suspensiva, pois, se a regularização não ocorrer, eles não poderão ter seus efeitos concretizados. No caso em que a pendência a ser regularizada é estabelecida pelo próprio contrato, não há dúvida quanto à natureza condicional do negócio (isto é, derivada unicamente da vontade das partes).

Art. 148

Autor: Anderson Freire de Souza

Enunciado: O dolo acidental de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento, a despeito de não causar a anulabilidade do negócio, enseja a responsabilidade solidária de ambos pelos prejuízos experimentados pela parte ludibriada.

Justificativa: O dolo causador da invalidade do negócio jurídico é o principal. O acidental, por sua vez, apenas autoriza a satisfação das perdas e danos. Contudo, o artigo não é claro acerca da responsabilidade do terceiro e da parte beneficiada pelo dolo acidental praticado por aquele. Assim, em se tratando de ato ilícito, é de ter-se a responsabilidade solidária de ambos nos termos do art. 942 do Código Civil.

Art. 157

Autor: Adriano Marteleto Godinho

Enunciado: A inexperiência a que se refere o art. 157 não deve necessariamente significar imaturidade ou desconhecimento em relação à prática de negócios jurídicos em geral, podendo ocorrer também quando o lesado, ainda que estipule contratos costumeiramente, não tenha o hábito de celebrar especificamente a modalidade negocial em causa.

Justificativa: De acordo com os termos do art. 157 do Código Civil, *ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta*. A precisa conceituação dos elementos subjetivos que caracterizam o vício da lesão origina dúvidas intrincadas. Quanto à inexperiência, cabe entender que ela reflete ora a ausência de conhecimento das coisas da vida em geral, ora a falta

de discernimento necessário para a prática de um determinado contrato. A inexperiência pode configurar-se, assim, tanto em relação ao sujeito completamente imaturo ou inculto, quanto em casos mais específicos, como se dá quando uma pessoa celebra uma modalidade negocial a cuja prática não esteja habituada. Por isso, até mesmo um indivíduo de distinto saber, diante de certas circunstâncias, pode ser considerado inexperiente para o efeito da lei. Deve-se averiguar as especificidades características do contrato realizado e levar em consideração as condições psíquicas do agente, para que caiba identificar a sua vivência ou conhecimento acerca das circunstâncias fáticas em que se insere, e, conseqüentemente, apurar se cabe ou não considerá-lo inexperiente para fins da caracterização do vício da lesão.

Art. 178, inc. II

Autora: Luciane Curty Romero Veloso

Enunciado: No caso dos negócios jurídicos relativos a bens imóveis, o termo *a quo* do prazo decadencial é a data do registro do instrumento no Registro de Imóveis.

Justificativa: Uma vez que somente com o registro sob a matrícula do imóvel ocorre a transferência do bem imóvel e outros efeitos reais visados pelo negócio jurídico imobiliário que se busca anular, como a oponibilidade *erga omnes*, o direito de sequela, o direito de preferência, ou o direito real à aquisição do imóvel, seria sem sentido retroagir o início do prazo decadencial para a anulação por vício negocial a data anterior ao registro. Em caso contrário, se o prazo fosse contado da data de formalização do instrumento (compromisso ou escritura pública), poderia ocorrer a caducidade do direito de anular o negócio imobiliário antes que qualquer direito real houvesse surgido. Nesse sentido, REsp 546.077-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 2/2/2006. O entendimento acima exposto também está em consonância com o disposto no art. 501 do CC/2002 (prazo decadencial para anulação da compra e venda de imóvel com área inferior à contratada).

Art. 186

Autor: Flávio Tartuce

Enunciado: O descumprimento de um contrato pode gerar dano moral presumido, quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988.

Justificativa: A jurisprudência do STJ em muito evoluiu com relação ao dano moral que decorre do descumprimento do contrato. Como é notório, prevalece o entendimento de que o mero inadimplemento não gera, em regra e por si só, o dano moral indenizável tratado pelo art. 186 do CC.²⁷ Entretanto, aquele mesmo Tribunal Superior tem admitido danos

27 BRASIL, STJ, REsp. 876.527/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJ 28.4.2008 e STJ, AgRg no AgRg no Ag 1033070/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 16/09/2010, DJe 30/9/2010.

morais presumidos ou *in re ipsa* decorrentes do inadimplemento, quando o negócio envolver valores fundamentais protegidos pela Constituição Federal. Destaque-se que as principais hipóteses envolvem a saúde e a moradia, amparadas pelo art. 6º do Texto Maior. A título ilustrativo cumpre colacionar duas decisões publicadas no recente Informativo n. 468 do STJ. A primeira, relativa à incorporação imobiliária, deduz que a entrega do imóvel muito tempo após o prazo acordado, extrapola o mero aborrecimento cotidiano.²⁸ A segunda decisão aplica a mesma premissa de reparação para o seguro-saúde, em que a seguradora, sem justo motivo, nega a cobertura ao segurado, fazendo com que o último tenha que buscar o Poder Judiciário a fim de obter o cumprimento do contrato.²⁹

Art. 187

Autor: Márcio Mello Casado

Enunciado: O abuso de direito do art. 187 do Código Civil tem como uma de suas fontes constitucionais o princípio do devido processo legal, art. 5º, LIV, da Constituição Federal, em sentido material e processual.

Justificativa: Ao examinar o princípio do devido processo legal (CF, 5º, LIV), o operador se depara com as duas faces dessa cláusula: material e processual. Nos sistemas jurídicos estrangeiros, encontram-se notáveis estudos acerca do denominado abuso de direito processual. O traço comum de todos eles é a justificativa da vedação ao abuso de direito (dentro do processo) a partir da cláusula do devido processo legal. Na Alemanha, para ficar em um exemplo de destaque, além de se considerar que há infração ao devido processo legal, na hipótese de abuso de direito no processo, levam-se em consideração as regras do 226 (proibição da chicana) e 242 (cláusula geral de boa-fé), do BGB. Boa-fé e devido processo legal são conceitos jurídicos que caminham juntos para que se impeçam condutas excessivas. A boa-fé (que também pode ser vista na Constituição Federal, art. 3º, I) e o devido processo legal (seja qual for a sua face, material ou processual) servem como limitadores da liberdade de exercer algum direito. Sob o aspecto material, ambos atuam como limitadores da liberdade de contratar. No curso da relação obrigacional (a obrigação vista como um processo, polarizado pelo adimplemento, na feliz expressão de Clóvis do Couto e Silva³⁰, boa-fé e devido processo legal são fontes de deveres de conduta (lealdade e transparência, por exemplo). No processo civil também se vê a coligação da boa-fé e do devido processo legal na vedação ao abuso de direito, na medida em que há limitação ao exercício de direitos, bem como fiscalização da conduta das partes, a fim de que o processo possa alcançar o fim desejado, qual, seja a distribuição da justiça.

28 BRASIL, STJ, REsp 617.077/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 5/4/2011.

29 Precedentes citados: STJ, AgRg no Ag 1.186.345/RS, DJe 2/12/2009, e REsp 257.036/RJ, DJ 12/2/2001; STJ, REsp 721.647-SC, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 5/4/2011.

30 SILVA, Clóvis do Couto. *A Obrigação como Processo* (BUSHATSKY, 1976).

Art. 187**Autor:** Márcio Mello Casado

Enunciado: A vedação ao abuso de direito fixada no art. 187 do Código Civil comunica-se com o abuso de direito processual, oxigenando-o e impondo a responsabilidade objetiva pela conduta ilícita dentro do Código de Processo Civil.

Justificativa: A regra do art. 187 do Código Civil, cláusula geral e de ordem pública, constitucionalmente amparada pelo princípio do devido processo legal, aplica-se a todas as realidades jurídicas e a todos os ramos do direito. As regras do Código de Processo Civil, art. 17, por exemplo, que tratam de abuso de direito processual, foram oxigenadas pelo art. 187 do Código Civil. A gênese constitucional do instituto, tanto no âmbito do direito privado, como no direito processual está, em grande parte, ligada ao conceito de devido processo legal (o que não exclui, ao contrário, complementa a sua origem também no princípio da boa-fé). O *substantive due process* tem a dimensão que alcança a liberdade de contratar, as garantias fundamentais do cidadão e a garantia do direito adquirido, manifestando-se em todos os campos do direito. O *procedural due process* serve como justificativa para limitar o excesso dentro do processo civil, sob pena de desvirtuar-se o objetivo fundamental que é a distribuição da justiça. As regras de vedação ao abuso de direito são de ordem pública, tanto no âmbito do direito civil, como na lei adjetiva. O objetivo do instituto do abuso de direito é o mesmo no direito privado e no direito público: impedimento do exercício abusivo de posições jurídicas. A visão do abuso do direito, dentro de um sistema harmônico, impõe que a vontade do agente seja irrelevante para incidência das regras, sob pena de criar-se uma situação jurídica torta. O fenômeno da múltipla incidência das regras jurídicas a um só suporte fático explica a necessidade de que o abuso de direito tenha uma só regra, a da responsabilidade objetiva. A responsabilidade pelo abuso de direito no Código de Processo Civil, nessa medida, é indubitavelmente objetiva, tal qual ocorre no direito material.

Art. 187**Autor:** Fábio de Oliveira Azevedo

Enunciado: As diversas possibilidades de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tal como *a supressio*, *a tu quoque*, *a surrectio* e o *venire contra factum proprium*, encontram fundamento na teoria do abuso de direito, pois são formas de exercício ou não exercício violadores da boa-fé objetiva que possui, também, a função de controlar axiologicamente essas condutas.

Justificativa: Frequentemente têm sido citadas essas categorias jurídicas, que são maneiras variadas de exercer uma posição jurídica de modo inadmissível, sem haver, no entanto, uma sistematização precisa e segura no seu emprego, preocupada com o seu conteúdo e função. O exercício (ou não exercício) abusivo das situações subjetivas exige o exame não apenas formal da sua estrutura, mas também, casuisticamente, verificação da conformidade com o próprio fundamento valorativo da situação jurídica. Na hipótese, verificar a compatibilidade

com a boa-fé objetiva, em sua função de controle. A necessidade de estruturação científica do tema recomenda encontrar um ou mais fundamentos legais para o controle desses exercícios, em atenção ao princípio da segurança jurídica, por meio dos seus vieses da estabilidade das relações sociais e proteção da confiança. Afasta-se, assim, o risco de recorrer a princípios civis de função meramente integrativa. O emprego da cláusula geral do abuso de direito, seguida da argumentação jurídica, também atua como fator de legitimidade democrática das decisões que aplicam essas variações, diminuindo a desconfiança contra a utilização das cláusulas gerais. Essa visão realça o ideal da operabilidade, elevado a paradigma do CC por Miguel Reale. A partir do momento em que se consolida um fundamento para a possibilidade de controle dessas situações, a preocupação se volta ao exame epistemológico da estrutura de cada uma dessas variações do abuso de direito, permitindo criar critérios seguros e objetivos para iluminar a solução casuística e difícil na identificação da frustração, ou não, de uma expectativa legítima porventura criada, a merecer tutela do ordenamento jurídico.

Art. 187

Autor: Fábio Lopes Alfaia

Enunciado: O art. 187 do Código Civil encerra cláusula geral da figura do abuso de direito e tem fundamento constitucional no princípio da proteção da confiança, aplicando-se aos atos e negócios jurídicos em geral.

Justificativa: A noção de abuso de direito tem sido cada vez mais relacionada com a necessidade de tutela da confiança, de caráter constitucional, explicitando-lhe a aplicação não apenas no campo das relações privadas, mas nas relações jurídicas em geral, abrangendo, até mesmo, os atos e negócios da Administração Pública Direta e Indireta, dos Poderes Legislativo e Judiciário, em seus diversos aspectos e fenômenos (*venire contra factum proprium, exceptio doli, tu quoque, suppressio, surrectio*, entre outros), afigurando-se como constitucionalmente adequada técnica hermenêutica que realce o caráter de cláusula geral do art. 187 do Código Civil não apenas como base infraconstitucional de aplicação dos princípios da socialidade e da eticidade, mas de forma de tutela constitucional fundada nos princípios do art. 1º da CF/1988.

Art. 194, do Código Civil (revogado pela Lei n. 11.280, de 16.2.2006, que introduziu no art. 219, § 5º, do CPC, a possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição).

Autor: Marcelo Antonio de Oliveira Alves de Moura

Enunciado: A incidência do art. 219, § 5º, do CPC, na Justiça do Trabalho, afronta o art. 7º, *caput*, da CF, pois não promove qualquer melhoria na condição social dos trabalhadores, como propõe a própria norma constitucional, além de ferir os princípios da proteção do empregado, valorização do trabalho e do emprego, da norma mais favorável e da submissão da propriedade a sua função socioambiental.

Justificativa: Há incompatibilidade da referida norma processual civil com o art. 7º, *caput*, da CRFB/88. O reconhecimento da prescrição de ofício, na Justiça do Trabalho, só favorece os empregadores e, portanto, não promove nenhuma melhoria da condição social dos empregados, como exige a redação do *caput*, do art. 7º, da CRFB/88. Há de se emprestar ao art. 219, § 5º, interpretação conforme a Constituição, quando em jogo sua possível aplicação ao processo do trabalho. A interpretação conforme a Constituição, neste caso, equipara-se a uma declaração de nulidade sem redução de texto, porque o preceito, na prática, é nulo quando invocado em sede processual trabalhista³¹. Maurício Godinho Delgado, além de apontar violação ao princípio da proteção, também alinha os seguintes argumentos contrários à aplicação da regra no processo do trabalho: choque com o princípio da valorização do trabalho e do emprego, da norma mais favorável e da submissão da propriedade à sua função socioambiental, sem prejuízo de confronto com vários princípios constitucionais (Curso, jan. 2009, p. 258). Ademais, a declaração da prescrição de ofício, pelo julgador, sem permitir ao reclamante qualquer possibilidade de manifestação, ocasiona ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa insertos no inc. LV do art. 5º da Constituição de 1988, tendo em vista impedir a parte de demonstrar possíveis ocorrências legais que impeçam a incidência da prescrição pronunciada³².

Art. 202

Autor: André Vasconcelos Roque

Enunciado: A propositura de demanda judicial pelo devedor, que importe impugnação do débito contratual ou de cártula representativa do direito do credor, é causa interruptiva da prescrição.

Justificativa: O art. 202 do Código Civil relaciona as diversas hipóteses de interrupção da prescrição, quase todas por iniciativa do credor, em enumeração que se considera, em princípio, taxativa. A prática demonstra, todavia, que é bastante frequente o devedor se antecipar ao credor e ingressar em juízo com ação inversa contra o credor, destinada a impugnar o crédito. Nesta situação, o credor sairá da inércia e defenderá seu direito, antes de mais nada, apresentando resposta na ação inversa proposta pelo devedor. Como bem destacado por Antônio Luiz da Câmara Leal, em sua clássica obra *Da prescrição e da decadência*³³, a interrupção da prescrição ocorre *sempre que o titular pleiteia em juízo, o reconhecimento do direito prescribendo, quer por meio de ação, quer por meio de defesa*. A ausência de disciplina expressa no Código Civil neste caso cria insegurança jurídica, obrigando o credor diligente a já ingressar com ação em face do devedor antes de uma decisão definitiva na ação inversa, em prejuízo à economia processual. Desse modo, assegurar a interrupção da prescrição em tal caso mediante interpretação extensiva do inc. I do art. 202 (cuja redação não afasta a hipótese de

31 Neste sentido: Romita, Revista Trabalhista: direito e processo, LTr, ano 07, n. 26, abril/maio/junho/2008, p. 18.

32 Neste sentido: RR - 1080/2007-013-09-00.2, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 20/02/2009.

33 LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 193

ação inversa) privilegia a lealdade das partes e alivia a sobrecarga do Poder Judiciário. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a interrupção da prescrição no caso de ação inversa em diversos precedentes³⁴.

Art. 202, inc. I

Autor: Fábio de Oliveira Azevedo

Enunciado: O art. 202, I, do CC, deve ser interpretado sistematicamente com o art. 219, § 1º, do CPC, de modo a se entender que o efeito interruptivo da prescrição, produzido pelo despacho que ordena a citação, possui efeito retroativo até a data da propositura da demanda.

Justificativa: O art. 219 do CPC trata dos efeitos materiais e processuais produzidos pela citação válida. No primeiro caso, inclui-se a interrupção da prescrição. De modo diverso, e por isso revogado tacitamente por esse art. 219 do CPC, previa o art. 172, I, do CC/16, que apenas a citação pessoal, ainda que ordenada por juiz incompetente, produziria o efeito interruptivo. O legislador do CC, uma vez mais, alterou o momento interruptivo, para antecipá-lo, ao prever que basta o denominado despacho liminar de conteúdo positivo, usualmente identificado pela expressão “cite-se”. Determinou, porém, que o interessado promovesse a citação no prazo e forma da lei processual, cumprindo-lhe, assim, fornecer os emolumentos judiciais, contra-fé e o endereço da diligência. Essa alteração, porém, não teve o condão de modificar o § 1º do art. 219, por não haver incompatibilidade e por não ter sido a matéria tratada pelo CC, que são as hipóteses de revogação tácita pelo art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução as leis). Portanto, interpretando sistematicamente o art. 202, I, do CC, com o art. 219, §1º, do CPC, conclui-se que o “cite-se” será o ato processual interruptivo da prescrição, mas com efeito retroativo a **data da propositura** da demanda, ou seja, aplica-se a regra geral, da distribuição da petição inicial, prevista no art. 263 do CPC. Para a posição doutrinária que defende que o art. 202, I, do CPC, em nada alterou a sistemática do CPC, ao exigir não apenas o “cite-se”, mas também que a parte promova a citação, o resultado prático será o mesmo, pois a interrupção da prescrição também ocorrerá na data da propositura da demanda, em desejável uniformização das soluções concretas.

Art. 206

Autor: André Vasconcelos Roque

Enunciado: O prazo prescricional de três anos para a pretensão relativa a aluguéis se aplica aos contratos de locação de imóveis celebrados com a Administração Pública.

34 Como se verifica em REsp 216.382/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 03/08/2004, DJ 13/12/2004 e em REsp 167779/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 10/10/2000, DJ 12/02/2001.

Justificativa: Discute-se, no que se refere à pretensão relativa a aluguéis com origem em contratos de locação de imóveis celebrados com a Administração Pública, se o seu prazo seria trienal, nos termos do art. 206, § 3º, I, do Código Civil, ou quinquenal, com amparo na regra contida no art. 1º do Decreto n. 20.910/32, que regula a prescrição contra a Fazenda Pública. O que se defende na presente proposta é uma interpretação sistemática, no sentido de que o prazo quinquenal estabelecido no Decreto n. 20.910/32 somente se aplica a relações jurídicas tipicamente de Direito Público, não regendo as relações jurídicas de direito privado, nas quais a Administração atua sem as prerrogativas que lhe são inerentes. A locação de imóveis, ainda que para a instalação de uma repartição pública, consiste em relação jurídica tipicamente de Direito Privado, como ilustra Celso Antônio Bandeira de Mello: *Atos regidos pelo Direito Privado, como, por exemplo, a simples locação de uma casa para nela instalar-se uma repartição pública. O Direito Administrativo só lhe regula as condições de emanção, mas não lhes disciplina o conteúdo e correspondentes efeitos*³⁵. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que o prazo de prescrição na hipótese ora comentada (aluguéis decorrentes de locação de imóveis para a Administração Pública) é de três anos³⁶.

Art. 206

Autor: André de Freitas Iglesias

Enunciado: Art. 206. A pretensão de restituição do pagamento indevido, como espécie do gênero da pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa, nasce com o efetivo pagamento indevido e prescreve em três anos, nos termos do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil.

Justificativa: 1. Do “pagamento indevido” como espécie do gênero “enriquecimento sem causa”: O Código Civil trata do enriquecimento sem causa a partir do art. 884, mas podem ser encontradas, por todo o Código, espécies desse gênero, como a indenização do obtido por avulsão, a indenização de benfeitorias necessárias ao possuidor de má-fé etc. A repetição do pagamento indevido é espécie do gênero “vedação do enriquecimento sem causa”, como se vê nas lições de Antonio Chaves³⁷, Carlos Roberto Gonçalves³⁸, Vilson Rodrigues Alves³⁹, entre outros. Neste sentido é o entendimento do STJ⁴⁰. 2. Da prescrição da pretensão fundada no enriquecimento sem causa: Assim determina o art. 206 do CC: *Prescreve: [...] § 3º Em três anos: [...] IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa.* Também é nesse prazo que deve prescrever qualquer pretensão fundada em cada uma de suas espécies. 3. Do termo

35 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2008.

36 Como se verifica em STJ, REsp 685.717/RO., Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 04/02/2010, DJe 01/03/2010.

37 CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*. 3. ed., v. 2, São Paulo, RT, 1984, p. 217.

38 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2004, v. III, p. 580

39 ALVES, Vilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência no Código Civil de 2002*. 4. ed., Campinas, Servanda, 2008, p. 373

40 BRASIL, STJ, REsp 453782/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., DJ 24/02/2003, p. 246.

inicial do prazo prescricional: *O lapso prescricional de três anos da pretensão no enriquecimento sem causa (art. 206, § 3º, IV) é contado a partir do momento em que houve o desembolso*^{41 42}. Esse é, inclusive, o entendimento do STJ com citação de inúmero precedentes⁴³.

Art. 206

Autor: Fábio Leite de Farias Brito

Enunciado: Os prazos prescricionais do art. 206 do Código Civil aplicam-se em benefício da Fazenda Pública quando lhe forem mais favoráveis.

Justificativa: O Decreto n. 20.910/32 fixa o prazo de 5 anos para a prescrição das pretensões contrárias à Fazenda Pública. Esse prazo, todavia, não impede a fixação de prazos menores, desde que disciplinados em lei, conforme a orientação do art. 10, do referido Decreto. Exemplos de prazos prescricionais menores encontram-se no art. 1º, da Lei n. 7.144/83 e no art. 11, do Decreto-Lei n. 2.320/87. O Código Civil de 2002 fixou novos prazos para a prescrição em geral, em regra, menores e mais adaptados à realidade da sociedade atual. Além disso, a prescrição é um instrumento de proteção do devedor contra a inércia do credor. Nesse contexto, os prazos consignados no art. 206 devem ser aplicados em benefício da Fazenda Pública quando lhe forem mais favoráveis, prevalecendo sobre o prazo do art. 1º, do Decreto n. 20.910/32. A jurisprudência em geral tem sido vacilante sobre o tema, aplicando, em certos casos, os prazos prescricionais relativos à responsabilidade civil do art. 206, § 3º, V (REsp. n. 1.137.354-RJ) e deixando de aplicar, injustificadamente, os demais prazos, como por exemplo, aqueles relativos às prestações de alimentos (art. 206, § 2º). Não há qualquer fundamento que justifique essa distinção, pois os prazos do art. 206 do Código Civil devem ser aplicados indistintamente às pretensões de qualquer natureza deduzidas contra a Fazenda Pública, desde que mais favoráveis do que o prazo de cinco anos previsto no Decreto n. 20.910/32.

Art. 206, § 3º, IV

Autor: Marcelo Antonio de Oliveira Alves de Moura

Enunciado: Na Justiça do Trabalho, a data do evento danoso define o prazo para as ações indenizatórias decorrentes de acidente do trabalho. Tendo o acidente ocorrido na vigência da EC n. 45/2004, de 8/12/2004 (DOU 31/12/2004), aplica-se a regra do art. 7º, XXIX, da CF; antes desta data, incide a norma do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, observada a regra transitória do art. 2028 do mesmo Código.

Justificativa: Com o advento da EC 45/2004, alterando o art. 114 da CF, atribuindo à Justiça do Trabalho competência para apreciação das ações indenizatórias decorrentes do acidente

41 CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*, São Paulo, RT, 2008, p. 163

42 No mesmo sentido: Vilson Rodrigues Alves, op. cit., p. 374-375.

43 BRASIL, STJ, REsp 1110578/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 21/05/2010.

de trabalho (STF, SV n. 22), instaurou-se enorme controvérsia quanto ao prazo prescricional destas ações. A fixação da competência da Justiça do Trabalho não altera a ideia de que a prescrição, instituto de Direito Civil, é regulado pela lei material. Tendo a Constituição da República, em seu art. 7º, XXIX, instituído o prazo de prescrição *quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho*, deve ser aplicada esta norma também para reger os prazos das ações indenizatórias decorrentes de acidentes do trabalho. Contudo, a fim de se preservar a segurança das relações jurídicas, quanto às ações fundadas em acidentes ocorridos antes da promulgação da EC n. 45/2004, quando a competência para julgamento destas demandas era da Justiça Comum Estadual (art. 109, I, da CF), a lei material aplicável é o Código Civil, especificamente o art. 206, § 3º, IV, que cuida do prazo das ações indenizatórias, observada a regra transitória do art. 2.028 do mesmo Código⁴⁴.

Art. 206, § 3º, inc. V

Autor: Paulo César Morais Pinheiro

Enunciado: Prescreve em três anos a pretensão de reparação civil relativa às ações indenizatórias ajuizadas em face da Fazenda Pública.

Justificativa: Até o advento do CC/2002 era pacífico que o prazo prescricional para a propositura de ações condenatórias em face da Fazenda Pública era de cinco anos, conforme prescreve o art. 1º do Dec. n. 20.910/32. Dentre essas ações destacam-se aquelas fundadas no pedido de reconhecimento de responsabilidade civil do Estado. Nesses casos, a pretensão reparatória deveria se submeter, assim como ocorre com qualquer outra causa de natureza condenatória, ao prazo prescricional de cinco anos. Contudo, após o CC/2002 restou consagrado no art. 206, § 3º, V, que as pretensões formuladas visando à reparação civil prescrevem em três anos, independentemente de quem venha a ser a parte ré, já que não há ressalva no dispositivo. Nesse sentido, cumpre-nos destacar, que o art. 10 do Dec. n. 20.910/32 é uma **norma de abertura** que permite a aplicação de prazos menores, fixados em outras leis, em benefício da Fazenda Pública. Assim, as ações indenizatórias, quando manejadas em face do Poder Público, devem ser feitas dentro do prazo de três anos, a contar do evento danoso, sob pena do feito ser extinto pela prescrição. Ademais, o prazo mais benéfico para a Fazenda Pública, estabelecido pelo CC/2002, deve ser preferido não só por força do art. 10 do Dec. n. 20.910/32, mas também por ser norma posterior e privilegiar a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Esse é o ensinamento de Leonardo José Carneiro da Cunha (*A Fazenda Pública em Juízo*) e José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de Direito Administrativo*). Por fim, no julgamento do REsp n. 1137354, DJE 17/09/2009, o STJ reconheceu ser de três anos o prazo prescricional para ajuizar ação de reparação civil contra a Fazenda Pública.

⁴⁴ Neste sentido a jurisprudência do TST (SBDI-1/TST, E-RR-99517/2006-659-09-00.5, julg. 28/05/2009, DJ 05/06/2009).

Art. 206, § 3º, inc. V**Autor:** Edilson Pereira Nobre Júnior**Enunciado:** A pretensão de reparação civil da Fazenda Pública em face do particular, não agente público, prescreve em três anos, na forma do art. 206, § 3º, V, do Código Civil.**Justificativa:** A proposta ostenta viabilidade e relevância prática. Contra o seu exame, não conspira suposta imprescritibilidade das ações de ressarcimento, que estaria consagrada pelo § 5º do art. 37 da Constituição Federal. Isso porque o estabelecimento de uma imprescritibilidade, no campo de direito patrimonial, ainda que o titular da pretensão seja o Poder Público, é medida legislativa excepcionalíssima, conforme se tem da abalizada doutrina⁴⁵, cuja leitura muitas vezes se afigura indispensável para a compreensão dos textos normativos. Disso decorre que a interpretação do dispositivo, ainda que de porte sobranceiro, há de ser realizada de forma restritiva⁴⁶. Assim, o vocábulo “agente”, empregado em seu texto, não pode albergar outro significado senão o de agente público, o qual pode ser servidor ou não⁴⁷. Confere alento a esse ponto de vista, sob o prisma de uma exegese sistemática, a circunstância de possível imprescritibilidade em comento anteceder § 4º, contendo a previsão de sanção por ato de improbidade administrativa, disciplina em torno da qual tais parágrafos se acham entrelaçados⁴⁸. Por outro lado, o tema enfocado tem, na atualidade do cotidiano forense, alcançado ponderável importância, conforme demonstra o ajuizamento de inúmeros pedidos de indenização contra particulares, não agentes públicos, podendo-se apontar, à guisa de exemplificação, as ações regressivas movidas contra empregadores, na forma do art. 120 da Lei 8.213/91, bem como aquelas promovidas contra aqueles que, indevidamente, perceberam benefício de seguro desemprego.

Envolvendo tais situações pretensões prescritíveis, afigura-se mais correta a incidência do art. 206, § 3º, V, do Código Civil, ao enunciar:

Art. 206. Prescreve:

45 Digna de transcrição a lição do primeiro dos autores: *A prescrição, em princípio, atinge a todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos. A imprescritibilidade é excepcional. A prescrição submetem-se todas as pretensões, inclusive as que correspondem a direitos reais, ao direito de família e ao direito de sucessões.* (Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo VI, p. 163-164; Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Vol. I, p. 439; Serpa Lopes. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. Vol. I, p. 502.

46 Consoante Jorge Barcelar Gouveia (*O valor positivo do acto inconstitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade Direito Lisboa, 1992, p. 21), mesmo as normas constitucionais, quando traduzem previsões excepcionais, devem se pautar pela senda da interpretação estrita. Por essa razão, entende que o art. 11º do Código Civil português, apesar de inserto em codificação civilista, há de ter sua aplicação generalizada a todos os ramos do ordenamento lusitano, inclusive o direito constitucional.

47 É sabido que, no vasto campo dos agentes públicos, há categorias que não são servidores públicos, tais como os agentes políticos e os particulares em colaboração com a Administração Pública. Ver, no particular, a lição, já tornada clássica, de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 222-226).

48 Esse é o entendimento uniformizado pelo Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção, EREsp 662.844, v.u., rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJE de 01/02/2001), no sentido de serem prescritíveis as pretensões de indenização não resultantes de atos de improbidade administrativa.

[...]

§ 3º *Em três anos:*

[...]

V - a pretensão de reparação civil

[...]

Penso que não se aplica o art. 1º do Decreto 20.910/32, uma vez que o seu texto se refere às pretensões, de natureza pessoal, deduzidas pelo administrado. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao compreender que a pretensão da Administração contra o administrado dever-se-ia, à ausência de lei específica, ser exercitada em cinco anos, com base no art. 1º do Decreto 20.910/32, derivou da circunstância de consagrar o Código Civil de 1916, então vigente, o prazo de 20 anos para o exercício das ações pessoais no seu art. 177, estando nestes compreendidas demandas de reparação de danos⁴⁹. Tal ocorreu nas hipóteses da cobrança da taxa de ocupação e dos foros antes da Lei 9.636/98. O fundamento principal foi a isonomia, levando, assim, à aplicação da norma de Direito Público que favorecia a Fazenda Pública, em face de evidente disparidade de tratamento⁵⁰.

Haveria aí evidente desproporção entre os prazos de prescrição relativos aos administrados e à Administração, o que mais se agravava pela circunstância desta possuir órgãos (procuradorias) com atribuição para representá-la em juízo, enquanto que a maioria daqueles nem mesmo recursos possuía para constituir advogados. Essa desproporção já não mais existe, quando se confrontam os prazos de cinco e três anos, principalmente, por a Fazenda Pública, que, na atualidade, consta com procuradorias jurídicas bem mais estruturadas do que outrora, não se encontrar em posição de desproporcional desvantagem em relação ao particular, em face de submeter-se, à míngua de disposição específica, ao prazo prescricional de três anos quando se encontra a reclamar do administrado reparação civil.

A aplicação do princípio da isonomia pressupõe, antes de tudo, a análise da realidade fática, razão pela qual não se pode admitir que a Fazenda Pública possua o direito à invocação, em detrimento do administrado, do art. 1º do Decreto 20.910/32, quando há na legislação a favorecer o particular o disposto no art. 206, § 3º, V, do atual Código Civil. Não desconheço que, no mencionado EREsp 662.844, o Superior Tribunal de Justiça propendeu pela aplicação do art. 21 da Lei 4717/65, o qual fixa prazo prescricional de cinco anos.

Penso que tal não afeta a presente proposição, uma vez que o caso concreto envolveu apuração da ilegalidade ou lesividade de ato administrativo (decisão administrativa), ou de contrato administrativo, por violação aos valores constitucionais enumerados no art. 5º, LXXIII, da CF (moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultural), o que pode, em tese, muitas vezes ensejar a caracterização de ato de improbidade

49 1ª Seção, REsp 1.044.320 – PE, mv, rel. Min. Eliana Calmon, DJE de 17/07/2009.

50 Eis passagem de relevo do voto da relatora: *Ora, se, para os administrados exercerem o direito de ação em desfavor da Fazenda Pública, o prazo prescricional é de cinco anos, conforme previsão do art. 1º do Decreto 20.910/32, esse mesmo prazo, na ausência de previsão legal específica em sentido diverso, deve ser aplicado à Administração Pública, na cobrança dos créditos relativos à taxa de ocupação de terreno de marinha, em atenção ao princípio da isonomia, até a edição da Lei 9.636/98, a partir de quando a questão passou a ter disciplina própria.*

administrativa. Trata-se, mais uma vez, de norma específica e que, por isso, deve ter sua interpretação restrita à hipótese para a qual foi elaborada. Não abrange, assim, a grande generalidade dos pleitos de indenização formulados pela Fazenda Pública, os quais não guardam conexão com comportamentos que possam evidenciar improbidade administrativa, ou ato ou contrato administrativo que enseje o ajuizamento de ação popular.

Sendo assim, impossível se obscurecer a incidência das regras do Direito Civil – principalmente quando sitas na parte geral do Código Civil – em face da generalidade que se reconhece àquele ramo jurídico, derivada da precedência de sua sistematização, característica reconhecida pela doutrina civilista⁵¹ e, igualmente, pela do Direito Público material⁵².

Portanto, afigura-se inelutável que, em não se tratando de prejuízo decorrente de ato ou contrato administrativo capaz de caracterizar improbidade administrativa, ou suscetível de invalidação por ação popular, a correspondente pretensão de ressarcimento se sujeita ao intervalo prescricional do art. 206, § 3º, V, do Código Civil.

Art. 206, § 3º, V

Autor: Gustavo José Mendes Tepedino

Enunciado: O prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual.

Justificativa: O Código Civil estabeleceu drástica redução dos prazos prescricionais, especialmente no tocante à reparação civil, reduzindo-se o prazo prescricional de vinte para três anos, consoante o disposto no art. 206, § 3º, V. O dispositivo não traz qualquer restrição relativa à natureza contratual ou extracontratual da reparação. O prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil abrange, portanto, tanto as hipóteses de responsabilidade contratual como extracontratual, tendo em vista sua dicção ampla, inexistindo qualquer fundamento axiológico para a distinção entre tais hipóteses, e a coerência com a redução de prazos para a prescrição em geral, especialmente diante do prazo quinquenal do CDC no caso de acidentes de consumo. Ademais, enquanto no caso do prazo para o adimplemento contratual o prazo quinquenal (art. 206, § 5º, I) prestigia e favorece a execução específica, na hipótese de inadimplemento absoluto o credor já se encontra apto a promover imediatamente a ação de ressarcimento por perdas e danos, não se justificando

51 Nesse sentido, Menezes Cordeiro sustenta: *Pelas suas características, pelas suas tradições, o Direito Civil não é apenas o Direito comum do privatismo: ele opera como Direito comum de toda a ordem jurídica. Quando, nas mais diversas situações, falhem conceitos ou quadros de referência, o Direito civil, enquanto repositório mais geral da instrumentação jurídica, pode acorrer, sendo utilizável, no mínimo, como referência ordenadora.* CORDEIRO, Menezes. *Tratado de direito civil português – parte geral, introdução, doutrina geral, negócio jurídico*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. Tomo I, p. 33

52 Eis o ensinamento de Seabra Fagundes: *Os princípios gerais expressos no Código Civil são também valiosos para o Direito Administrativo. O ordenamento sistemático e completo de preceitos gerais, traduzidos em linguagem sempre escorreita e as mais das vezes precisa, fazem tais preceitos de grande préstimo para a urdidura e o desate das relações entre Administração e administrado.* FAGUNDES, Seabra. Da contribuição do Código Civil para o direito administrativo, *Revista Forense*, ano 62, p.7, jan./fev. 1965.

lapso temporal mais amplo para a prescrição, o que poderia acarretar o ajuizamento de ações quando as provas já não mais estivessem preservadas.

Art. 206, § 3º, V

Autor: Leonardo Oliveira Soares

Enunciado: À luz do princípio constitucional da isonomia, prescreve em três anos a pretensão indenizatória exercitável contra o Poder Público, suas autarquias e fundações de direito público.

Justificativa: A aprovação do enunciado⁵³ proposto reclama o afastamento de duas objeções. A primeira consiste no entendimento de que a abertura propiciada pelo art. 10 do Decreto-lei 20.910/32 somente pode ser preenchida por normas do direito público, sob pena de desprezar-se a autonomia científica do direito administrativo. A outra envolve conhecida regra de interpretação de leis no tempo, segundo a qual norma específica prevalece sobre norma geral. Sob essa ótica, como há norma **específica** quanto ao prazo de exercício de pretensões contra o Poder Público (art. 1º do Decreto em tela) restaria afastada a regra geral, no caso, o disposto no art. 206, § 3º, V, do CC/2002. Ocorreu-me, então, de sugerir interpretação conforme a CF/88. Para tanto, considerei o princípio vetor do Estado democrático de Direito brasileiro, qual seja, o da isonomia. Daí sustento que não há nenhuma justificativa racional, peculiaridade, que autorize dispensar tratamento privilegiado ao particular em relação ao Poder Público (leia-se à sociedade, pois, sobre ela, ao fim e ao cabo, recairá a imutabilidade do dispositivo de decisão condenatória do Estado). **Ou seja, viola o princípio constitucional da isonomia a regência de prazo para exercício de pretensões indenizatórias diferente em benefício do particular.** Assim, a partir de diálogo das fontes (infraconstitucionais e constitucionais), conclui-se que a redução de prazo prescricional prevista no art. 206, § 3º, V, do CC/2002 alcança o Poder Público. Com essa interpretação conforme a CF/88, consegue-se vencer ambas objeções apresentadas, pois a autonomia do direito administrativo, como de resto de qualquer outro ramo do direito, assim como as regras de interpretação de leis no tempo não podem, em absoluto, representar obstáculo à incidência do princípio constitucional ora destacado.

Art. 206, § 5º, I

Autora: Vânia Petermann

Enunciado: A expressão “dívida líquida”, inobstante o fato jurídico que lhe deu origem, tem significado de obrigação certa e determinada quanto ao seu objeto, sujeito e condição de implementação, desde que prevista em instrumento público ou particular, estes

53 A proposta acima condensada foi objeto de artigo científico intitulado *O prazo prescricional das ações (pretensões) indenizatórias propostas contra o Poder Público no Estado Democrático de Direito brasileiro*, publicado na renomada Revista de Processo, a Repro, vol. 195, maio de 2011. No dia 29 de setembro último, o artigo em questão foi aprovado, de modo unânime, na forma de tese, no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores, que ocorre na capital mineira entre os dias 27 a 30 de setembro do presente ano.

compreendidos como a causa jurídica que ensejou o dever de prestação claramente definido ou determinado.

Justificativa: A expressão “dívida líquida constantes de instrumento público ou particular” necessita interpretação, de modo que seja mais bem entendida e aplicada. Isso porque dívida, *prima facie*, está relacionada ao dinheiro, o que poderia gerar interpretação reducionista e não teleológica da norma. Dessa forma, o enunciado visa aclarar a expressão dívida líquida, entendida como toda e qualquer *obrigação certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto, que não somente a de pagar*⁵⁴. Além disso, o significado não está encerrado às obrigações decorrentes de negócio jurídico. Independentemente do fato jurídico que lhe deu origem, toda obrigação líquida definida em instrumento público ou particular se enquadra na mencionada previsão prescricional, de modo a possibilitar tratamento isonômico às obrigações igualmente líquidas, sem divisão dumas ao prazo geral e a uma minoria ao prazo específico. Verifica-se, dessarte, que no sentido da norma, como bem dispôs a Min. Nancy Andrigui em voto vencedor que aplicou este prazo às dívidas condominiais (REsp 1139030), *in verbis: A expressão “dívida líquida” deve ser compreendida como obrigação certa, com prestação determinada.[...] a palavra “instrumento” deve ser interpretada como documento formado para registrar um dever jurídico de prestação.[...] Assim, na linha dessa perspectiva hermenêutica, o art. 206, § 5º, I, do CC/02 incide nas hipóteses de obrigações líquidas – independentemente do fato jurídico que deu origem à relação obrigacional –, definidas em instrumento público ou particular.*

Art. 221

Autora: Fátima Diniz Castanheira

Enunciado: Adequação do código civil ao sistema registral brasileiro inserção do inc. II ao art. 221 para os contratos imobiliários. II – Quando o instrumento particular tiver por objeto a alienação de bens imóveis, deverá ser subscrito por duas testemunhas, com reconhecimento de firmas destas e também das partes, dispensando-se o reconhecimento quando se tratar de atos praticados por entidades vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação – SFH.

Justificativa: Em nosso ordenamento jurídico, a transmissão da propriedade imóvel só se opera pelo registro do título translativo na matrícula do imóvel (art. 1.245 do Código Civil de 2002). Partindo dessa premissa, todo contrato particular deve ser registrado. Como a Lei de Registros Públicos não mudou, as duas testemunhas continuam sendo exigidas. A legislação processual, por sua vez, também não mudou e exige as testemunhas em caso de execução. A presente proposta tem por objeto a adequação do Código Civil Brasileiro às exigências da Lei de Registros Públicos – Lei n. 6015/73 para fins de registro das transmissões imobiliárias (art. 221, II), bem como às exigências do Código de Processo Civil – Lei n. 5869/73 para fins de execução (art. 585, II).

54 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Obrigações*. v. II. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 127.

Arts: 1.314 e seguintes**Autor:** Marcelo Cintra Zarif

Enunciado: As associações civis que não se revestem da condição jurídica de condomínios, nos termos da Lei n. 4.591/64 e do capítulo próprio do Código Civil de 2002, não podem ser consideradas ‘condomínios atípicos’ e também estão proibidas de cobrar mensalidades ou taxas, a qualquer título, dos proprietários de terrenos e edificações, especialmente daqueles que manifestarem desinteresse na associação voluntária às mesmas.

Justificativa: Em recente manifestação, o Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento no sentido que associação de moradores, sendo entidade civil, com participação voluntária de associados, não poderia compelir o proprietário de lotes ou edificações a associar-se ou impor-lhe contribuições compulsórias, já que não é um condomínio em edificações ou incorporações imobiliárias regido pela Lei n. 4.591/64. (Decisão divulgada no dia 20/09/2011, relativa ao Recurso Extraordinário n. 432106). A repercussão do quanto decidido foi imediata e veículos sérios, como O Estado de São Paulo, já em 22/09/2011 expôs pesquisa relativa apenas à realidade de São Paulo onde informa a considerável quantidade de casos envolvendo esse tema tão relevante. Ademais, em se tratando de verdadeira privatização de bem público de uso comum do povo, qual seja, ruas, o enunciado termina por servir de fator de desestímulo a que novas restrições indevidas sejam realizadas e que se perpetuem associações que se travestem de condomínios. Ainda releva justificar que o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento em Embargos de Divergência que as mesmas associações não podem ser consideradas “condomínios atípicos”, com o que hoje converge a orientação com a forma de pensar do STF (conferir EREsp 444931/SP): *CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. CONDOMÍNIO ATÍPICO. COTAS RESULTANTES DE DESPESAS EM PROL DA SEGURANÇA E CONSERVAÇÃO DE ÁREA COMUM. COBRANÇA DE QUEM NÃO É ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE. I. Consoante entendimento firmado pela Eg. Segunda Seção desta Corte Superior, as taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo*⁵⁵.

55 BRASIL, STJ, EREsp n. 444.931/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, DJU de 01/02/2006.

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Arts. 255 e 256

Autor: José Jairo Gomes

Enunciado: Na obrigação alternativa, se a prestação se impossibilitar por culpa do credor, por similitude com o art. 255, tem-se que: 1) se se impossibilitar uma das prestações: 1.1) e a escolha couber ao devedor, poderá ele, o devedor, desfazer o negócio ou entregar a outra prestação, e, neste último caso, exigir o valor da que se perdeu, e, em ambos os casos, exigir perdas e danos; 1.2) e a escolha couber ao próprio credor, este poderá exigir a obrigação remanescente, pagando ao devedor o valor da outra, mais perdas e danos; 2) se se impossibilitarem ambas as prestações, fica a obrigação extinta, por perda de objeto, devendo o credor ressarcir o devedor pelo equivalente mais perdas e danos.

Justificativa: O art. 255 do Código Civil dispõe sobre a obrigação alternativa nas situações em que, cabendo a escolha ao credor, uma ou ambas as prestações se tornem impossíveis ou inexequíveis **por culpa do devedor**. Nesse caso, impossibilitando-se uma das prestações, terá o credor direito de exigir *a prestação subsistente ou o valor da outra, com perdas e danos*. Se ambas se impossibilitarem, *poderá o credor reclamar o valor de qualquer das duas, além da indenização por perdas e danos*. No entanto, o Código nada diz quanto à prestação impossibilitada por culpa do próprio credor; essa omissão se verifica tanto quando a escolha couber ao devedor, quanto ao credor. Nesse quadro, o presente enunciado, a partir de uma visão sistemática do problema, procura apresentar soluções razoáveis para a lacuna, as quais se encontram em sintonia com os preceitos do Direito de Obrigações.

Art. 301

Autor: Thiago Luís Santos Sombra

Enunciado: O art. 301 do CC deve ser interpretado de forma a também abranger as obrigações nulas e, no sentido da continuidade da relação obrigacional originária, ao invés da sua restauração, uma vez que, por envolver hipótese de transmissão, esta nunca deixou de existir.

Justificativa: A assunção de dívida encerra uma das espécies de transmissão das obrigações, e, como tal, acarreta a **conservação do negócio originário**. Como consequência de tal aspecto, em linhas gerais o devedor é excluído da obrigação, *sem que isso importe na extinção da relação preexistente* (art. 299), sob pena de se configurar uma hipótese de **novação subjetiva passiva**. Por outro lado, não há qualquer alteração no conteúdo da relação obrigacional, pois ao revés ter-se-ia uma novação objetiva. Nesse sentido, o art. 301 contém duas impropriedades técnicas que atingem as premissas básicas de compreensão do instituto.

Em primeiro lugar, se refere exclusivamente às situações de anulação da substituição do devedor, quando o mais apropriado seria mencionar invalidação, com o escopo de também abranger os casos de nulidade. Em segundo lugar, o art. 301 emprega equivocadamente o termo “restaura-se”, de forma a induzir o intérprete à compreensão de que a substituição do devedor por outro importaria na extinção da relação obrigacional originária e no surgimento de uma nova, tal como ocorre na novação. Por suposto, não se restaura algo que nunca deixou de existir. A rigor, pertinente seria que a redação mencionasse que a invalidação da substituição promoveria a continuidade da relação obrigacional originária, na medida em que a assunção de dívida envolve uma hipótese de transmissão, e não de extinção das obrigações.

Art. 303

Autora: Maria Izabel Gomes Sant’Anna

Enunciado: Em homenagem ao princípio da boa-fé e da função social do contrato, a reiterada aceitação do pagamento por pessoa diversa do contratante, desde que crie situação de confiança no terceiro, implica em aceitação tácita pelo credor da assunção de dívida operada pelo adquirente do imóvel hipotecado, ainda que sem notificação expressa.

Justificativa: A *surrectio*, instituto oriundo da boa-fé objetiva, implica no surgimento de direito que não existe juridicamente, mas que tem existência na efetividade social. A *supressio* é o contraposto da *surrectio*, consubstanciando-se no perecimento de um direito. Por um lado, segundo a função social do contrato, este deve ser interpretado de acordo com os padrões socialmente reconhecidos para aquela modalidade de negócio. Assim, em uma aplicação prática dos institutos, diz-se que a aceitação pelo credor de reiterados pagamentos efetuados pelo terceiro adquirente do imóvel hipotecado, desde que crie uma situação de confiança no terceiro, tem como consequência o perecimento do direito do credor em rejeitar a assunção da dívida. Isto porque, por meio da *surrectio*, busca-se proteger as legítimas confianças criadas pelos contratantes. Por outro lado, tal situação, por provocar importantes reflexos na comunidade, representa terreno fértil para a aplicação dos ditames da função social do contrato. Sobre o tema, observa-se a intenção do legislador em regularizar as assunções de dívida no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional realizadas sem a anuência expressa do credor, prevendo, no art. 20 da Lei n. 10.150/2000, a regularização dos denominados **contratos de gaveta**.

Art. 303

Autora: Clarissa Mendes

Enunciado: O art. 303 também se aplica aos imóveis hipotecados vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação.

Justificativa: A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça bem como a doutrina pátria divergem a este respeito embora haja uma tendência à aplicação do art. 303 aos imóveis financiados pelo Sistema Financeiro Habitacional. Alguns doutrinadores acrescentam que há legislação específica para tratar do SFH, qual seja, a Lei n. 8.004/90. Entretanto, cabe lembrar que o Código Civil é posterior e disciplina a matéria. Além disso, não há justificativa plausível para negar aplicação de tal dispositivo no que se refere ao SFH. Isto porque, em 30 dias é plenamente possível que o agente financiador se manifeste recusando a transferência da posição do contrato de financiamento apresentando justificativa idônea, consoante preceitua o Enunciado 353 do Conselho da Justiça Federal. Ademais, tal enunciado poderá conferir segurança jurídica às cessões de posição contratual em imóveis hipotecados com disciplina do SFH fomentando a negociação de tais imóveis. Em um mercado extremamente aquecido e dinâmico como agora se apresenta o mercado imobiliário brasileiro não cabe mais obstar as transferências contratuais que apenas prejudicam os mutuários sem trazer prejuízo ao mutuante, pois a garantia do adimplemento está assegurada pelo próprio imóvel, ou seja, a hipoteca.

Art. 306

Autor: Thiago Luís Santos Sombra

Enunciado: A figura do terceiro, referida no art. 306 do CC, somente pode ser a do não interessado que efetua o pagamento em nome próprio, uma vez que, para efetuar o pagamento em nome do devedor, deve obter impreterivelmente o seu consentimento.

Justificativa: A figura do terceiro interessado deve ser compreendida como aquele que poderia suportar as consequências da inexecução da obrigação por estar indiretamente ligado ao débito. Por esta razão, sempre terá legitimidade para efetuar o pagamento, ainda que a isso se oponham o devedor e o credor. De outro modo, o terceiro não interessado também pode quitar o débito mediante duas formas de intervenção: 1) pagará por conta e em nome do devedor, circunstância em que se equipara ao pagamento feito pelo terceiro interessado; ou 2) poderá efetuar o pagamento em seu próprio nome, hipótese em que poderá ter direito ao reembolso. No que se refere ao art. 306, a corrente doutrinária dominante entende que o preceito se associa ao terceiro não interessado, que paga em nome próprio, por uma simples razão: a oposição do devedor pode acarretar prejuízos diretos ao terceiro interessado em caso de inadimplemento, ainda que o devedor almeje efetuar pessoalmente o pagamento. Ademais, para a recusa do terceiro interessado, que paga em nome do devedor, já há a disciplina normativa no parágrafo único do art. 304. Isso sem mencionar que, quando o legislador tratou do terceiro interessado, conferiu-lhe a sub-rogação, ao passo que, quando tratou do terceiro não interessado que paga em nome próprio apenas assegurou-lhe o reembolso por meio da *actio in rem verso*. A interpretação que ora se propõe ao art. 306 do CC é consentânea com a perspectiva de que a posição do devedor, em uma ordem cooperativa de valores, também é merecedora de permanente tutela.

Art. 308

Autor: Thiago Luís Santos Sombra

Enunciado: O pagamento, enquanto ato-fato jurídico, repercute no plano da eficácia, e não no plano da validade como se refere o art. 308 e seguintes do Código Civil.

Justificativa: O pagamento deve ser associado a cumprimento espontâneo. Segundo Larenz, o pagamento contempla a execução real da prestação, ou seja, ato real de extinção do débito que libera o devedor, independentemente da manifestação de vontade do credor. O pagamento é um ato-fato, que se insere no plano da eficácia e não no da validade, como se alude de forma inadequada no art. 308 e seguintes da Seção II do Capítulo I do Título III (*Daqueles a quem se deve pagar*). Isso significa que a vontade não é elemento essencial do adimplemento. É possível ocorrer adimplemento ainda que sem o consentimento do credor em algumas hipóteses, como se verifica na consignação em pagamento. Não se deve excogitar, pois, de pagamento válido ou nulo, mas de pagamento eficaz, na medida em que desnecessário o consentimento como seu requisito.

Art. 317

Autora: Clarissa Mendes

Enunciado: O disposto no art. 317 se aplica a todas as obrigações inclusive às decorrentes dos contratos.

Justificativa: A doutrina pátria diverge a respeito da aplicação do art. 317 aos contratos. Aqueles que defendem a não aplicação afirmam que os contratos têm disciplina específica nos moldes do art. 478. Ocorre que, diante dos novos paradigmas do Direito Civil, eticidade, socialidade e operabilidade, não é possível restringir a aplicação da teoria da imprevisão às obrigações e excepcionar os contratos. A restrição é indevida por alguns motivos, entre eles vale lembrar que os contratos geram obrigações contratuais, espécies do gênero obrigação, e, portanto, o disposto nos Títulos I, II, III e IV se aplica aos contratos. Os contratos, Título V, fazem parte do Livro I da Parte Especial, do Direito das Obrigações. O princípio da preservação dos contratos orienta a mantê-los sempre que possível diante do interesse das partes e da função social do contrato. O paradigma da eticidade cria a ideia de cooperação recíproca contrária ao comando de resolução direta sem tentativa anterior de reequilíbrio. A socialidade e a operabilidade justificam a aplicação de mais um instrumento conservador da obrigação à disposição de ambas as partes, autor e réu. Desta maneira seria possível ao autor propor a revisão contratual, com reequilíbrio, e não estaria obrigado a pedir, desde logo, a resolução como comanda o art. 478.

Arts. 317 e 478

Autora: Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Enunciado: A menção à imprevisibilidade, inserta nos arts. 317 e 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato de gerar o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz, no âmbito interno e externo da relação contratual, a fim de alcançar as peculiaridades das partes contratantes e, principalmente, a função social dos contratos.

Justificativa: O enunciado proposto visa à modificação do já consagrado n. 175 da III Jornada de Direito Civil. De início há a supressão do requisito **extraordinariedade** restando apenas menção à **imprevisibilidade**. Justamente pela fragilidade contemporânea de tal pressuposto ante a evolução tecnológica, urge aproximar tais mandamentos legais às relações que produzem as mais variadas consequências. Nesse diapasão, *a noção de imprevisibilidade se vincula, por força da função social dos contratos, não a um dever geral de reconhecimento do que seja previsível, mas ao contrário, pela avaliação concreta, do indivíduo situado, sobre suas condições de prever ou não o fato que ensejará o desequilíbrio.*¹ A atividade hermenêutica do magistrado deve observar elementos internos como a autonomia privada, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual, e externos como o bem comum². Não obstante, a temática não deve girar apenas em torno daquilo que é ou não previsível de forma genérica. É preciso verificar se, às partes contratantes, o fato era previsível, na medida e nos limites de suas particularidades, e se os efeitos internos e externos dessa relação jurídica, passiva de revisão ou quicá da resolução, atenderão à função social do contrato. Este último como *standard* do direito negocial, propositalmente alocado na parte final do enunciado, figura como meta a ser observada quando da intervenção estatal e também da análise das consequências produzidas pelo desequilíbrio contratual, assim como já previu o Enunciado n. 175.

Art. 335

Autores: Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva

Enunciado: O depósito efetuado como condição de recorrer ou para garantir o juízo não afasta a mora.

Justificativa: Pagamento é o cumprimento voluntário de uma obrigação, ou seja, a execução de uma prestação pelo devedor na forma estabelecida no contrato ou na lei, de acordo com as normas fixadas quanto ao modo, tempo e lugar de sua realização. Por meio do pagamento, portanto, o devedor voluntariamente entrega aquilo que o credor esperava receber no tempo, modo e lugar avençados. O pagamento pode ocorrer mediante depósito nas hipóteses expressamente estabelecidas pelo legislador, em que o devedor coloca a prestação devida à disposição do credor através do depósito. A consignação em pagamento tem o efeito de liberar o devedor do vínculo obrigacional, desde que julgada procedente, isto é, desde que seja realmente necessário o depósito para o pagamento. Justamente pela relevância do seu

1 MIRAGEM, Bruno. *Diretrizes interpretativas da função social do contrato*. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2005. p. 43.

2 SANTOS, Eduardo Sens dos. *A função social do contrato: Elementos para uma conceituação*. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2003. p. 109.

efeito, não pode a consignação ser admitida em qualquer hipótese, mas apenas naqueles casos em que o devedor de boa-fé, não obstante os seus esforços, vê-se impossibilitado de efetuar o pagamento por fato alheio. Não é possível, por isso mesmo, que o devedor que se recusa a satisfazer a prestação avençada, ou seja, que não quer pagar, deposite o montante devido em juízo enquanto discute com o credor para, ao final, se este sair vencedor, aduzir o devedor que o depósito teria afastado a mora e que portanto o credor deveria se contentar com o montante depositado sem juros de mora e sem os demais efeitos desta.

Art. 356

Autora: Clarissa Mendes

Enunciado: Na dação em pagamento a prestação diversa pode ser de qualquer natureza, inclusive pecuniária.

Justificativa: A doutrina pátria diverge a respeito da aplicação do art. 317 aos contratos. Aqueles que defendem a não aplicação afirmam que os contratos têm disciplina específica nos moldes do art. 478. Ocorre que, diante dos novos paradigmas do Direito Civil, eticidade, socialidade e operabilidade, não é possível restringir a aplicação da teoria da imprevisão às obrigações e excepcionar os contratos. A restrição é indevida por alguns motivos, entre eles vale lembrar que os contratos geram obrigações contratuais, espécies do gênero obrigação, e, portanto, o disposto nos Títulos I, II, III e IV se aplica aos contratos. Os contratos, Título V, fazem parte do Livro I da Parte Especial, do Direito das Obrigações. O princípio da preservação dos contratos orienta a mantê-los sempre que possível diante do interesse das partes e da função social do contrato. O paradigma da eticidade cria a idéia de cooperação recíproca contrária ao comando de resolução direta sem tentativa anterior de reequilíbrio. A socialidade e a operabilidade justificam a aplicação de mais um instrumento conservador da obrigação à disposição de ambas as partes, autor e réu. Desta maneira seria possível ao autor propor a revisão contratual, com reequilíbrio, e não estaria obrigado a pedir, desde logo, a resolução como comanda o art. 478.

Art. 389

Autor: Cesar Calo Peghini

Enunciado: Os honorários contratuais advocatícios integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos, porém o valor cobrado pela atuação do advogado não pode ser abusivo, cabendo ao magistrado analisar as peculiaridades de cada caso e, se for preciso, arbitrar outro valor, podendo para isso utilizar como parâmetro a tabela de honorários da OAB.

Justificativa: Quanto aos honorários advocatícios, parte da doutrina entende que aqueles previstos nos arts. 389 e 404 do CC, em caso de atuação jurisdicional estão abrangidos pelas verbas de sucumbência, sob pena de *bis in idem* e enriquecimento sem causa quando

da cumulação dos honorários contratuais. Esta proposição foi formulada pelo magistrado José Ricardo Alvarez Viana, na IV Jornada, porém não aprovada pela maioria dos presentes. Quais seriam estes honorários? Os sucumbenciais ou os contratados? A questão não é pacífica, pois com a nova redação dos arts. 389, 395 e 404 do CC, verifica-se a possibilidade de inclusão dos honorários contratados verificando a reparação integral do dano. Neste sentido o REsp 1.134.725-MG Rel. Min. Nancy Andriighi assevera que o CC/2002, nos arts. 389, 395 e 404, determinam, de forma expressa, que os honorários advocatícios integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos. Todavia, se verifica ainda que, embora os honorários convencionais componham os valores devidos pelas perdas e danos, o valor cobrado pela atuação do advogado não pode ser abusivo, cabendo ao juiz analisar as peculiaridades de cada caso e, se for preciso, arbitrar outro valor, podendo para isso utilizar como parâmetro a tabela de honorários da OAB. Por fim, pode-se afirmar que a inclusão dos honorários contratados na reparação integral do dano, prestigia os princípios da restituição integral do dano, a equidade, bem como a justiça no caso concreto.

Art. 389

Autora: Maria Izabel Gomes Sant'Anna

Enunciado: O inadimplemento antecipado se diferencia do risco de descumprimento na medida em que, no primeiro caso, o devedor não quer adimplir, ou existe grande dificuldade, ou impossibilidade da prestação. No segundo caso, existe interesse de ambas as partes e possibilidade na prestação, existindo apenas um risco – maior ou menor, mas sempre presente – de não cumprimento do avençado.

Justificativa: O inadimplemento antecipado consubstancia-se em uma forma de violação ao dever de lealdade, imposto pela adoção da boa-fé objetiva, em fase anterior ao termo final da obrigação. Isso porque, tomando-se a obrigação no seu aspecto dinâmico, não se pode resumir o adimplemento a um momento pontual. Deste modo, nota-se uma diferença de graus entre os conceitos. No inadimplemento antecipado a gravidade é máxima, sendo clara a frustração do pacto. No risco, como o próprio nome diz, há uma possibilidade de inadimplemento e, por isso, se permite adotar medidas de garantia. Em ambos se busca o sinalagma, mas o inadimplemento não se restringe a ele, sendo amparado também pela boa-fé. Como meio de defesa do risco de descumprimento, entende-se que o credor pode praticar atos de conservação do direito, como a ação pauliana e reivindicatória, pleitear o vencimento antecipado da dívida e opor exceção do contrato não cumprido. Nessa hipótese, a parte que cumprirá primeiro a prestação, ao ver a outra contratante sofrer diminuição em seu patrimônio, pode suspender a execução da sua obrigação até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la. Recomenda-se, entretanto, antes de suspender a prestação devida, que se notifique o devedor para que ofereça garantias da execução. Isso porque eventual interrupção na prestação pode gerar a impossibilidade no cumprimento da obrigação do devedor, já que muitas vezes as prestações dos contratantes são correspectivas.

Art. 389**Autor:** Christiano Cassettarri

Enunciado: Os honorários advocatícios previstos no art. 389 do Código Civil como consectário legal para a hipótese de inadimplemento das obrigações, não se confunde com as verbas sucumbenciais, que, por força do art. 23 da Lei 8.906/94 pertencem ao advogado, pois se referem àqueles que são previstos em contrato firmado entre o advogado e o cliente para que este defenda seus interesses em juízo. A plena reparação dos danos na responsabilidade civil contratual ou extracontratual exige que se inclua nas perdas e danos do credor ou vítima os honorários fixados em contrato pagos ao advogado para defender o cliente judicialmente.

Justificativa: Os honorários advocatícios não podem ser um empecilho para o credor ou vítima de danos conseguirem a plena reparação indenizatória na responsabilidade civil contratual e extracontratual. Por esse motivo, quem causa dano precisa ser condenado a pagar, além do valor dos mesmos, os honorários advocatícios contratados pelo vencedor da ação, para que tal demanda possa tornar indene o prejuízo sofrido, consoante o art. 389 do Código Civil que determina a reparação indenizatória não apenas das perdas e danos, mas, também, dos honorários advocatícios. Sendo assim, os honorários previstos no referido artigo, para tornarem-se indenés, não se podem confundir com aqueles que são incluídos na condenação, pois, por força do art. 23 da Lei 8.906/94, tais honorários fixados judicialmente por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nessa parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor. Esse é o entendimento do STJ ao julgar o REsp 1.134.725-MG, relatado pela Ministra Fátima Nancy Andrichi, em 14/06/2011, *in verbis*: *Aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos pela outra parte com os honorários contratuais, que integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02*. Assim sendo, em ação indenizatória, deverá o autor provar os danos que sofreu em decorrência do inadimplemento, e incluir no seu pedido os honorários advocatícios contratados, para que no final da demanda possa ser ressarcido do seu efetivo prejuízo, ficando para o advogado as verbas sucumbenciais, quando devidas, por força do art. 23 da Lei 8.906/94.

Art. 389, 395 e 404**Autor:** Alexandre Corrêa Leite

Enunciado: Os honorários advocatícios mencionados nos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil são aqueles contratuais, despendidos pela parte com seu advogado para a consecução de seu direito material ou para sua defesa em juízo, reservado ao juiz o arbitramento, se abusivos.

Justificativa: O princípio do *restitutio in integrum* determina que aquele que cause dano a outrem o indenize completamente pelos prejuízos sofridos, de forma a garantir, o máximo

possível, a restituição das partes ao *statu quo ante*. Por esse prisma, se, em razão da lesão ao seu direito, a parte, por não deter capacidade postulatória, necessita contratar profissional que a represente em juízo, pagando-lhe por isso, é evidente que essa conta não lhe pode ser imputada, mas sim ao causador do dano, sob pena de que, devendo ser descontada da indenização recebida, esta não reflita apropriadamente o prejuízo suportado pela vítima, nem seja suficiente para repará-lo. Entretanto, não se pode olvidar que anteriormente à nova ordem de tratamento dos honorários sucumbenciais estabelecida pelo atual Estatuto da OAB (Lei 8.904/94), o seu valor pertencia à parte vencedora que, assim, poderia ocasionalmente se ressarcir daquilo que pagou ao seu advogado para patrociná-la em juízo. Atualmente, como a mencionada verba não mais pertence à parte, mas sim ao seu advogado, sem prejuízo dos honorários eventualmente contratados, isso *objetivamente, impôs uma restrição financeira, na verdade uma inafastável perda patrimonial, ao demandante vencedor, o qual ao ver pronunciado o seu direito, mesmo assim, passou a ter que suportar o pagamento de honorários profissionais, conquanto nada tenha realizado no campo da ilicitude*³. Acresça-se decorrer de conclusão lógica que o legislador, ao se referir nos artigos em questão à obrigação do devedor de pagar honorários advocatícios, quis significar os honorários contratuais; isso porque dos sucumbenciais não haveria necessidade de dizer, haja vista o disposto no art. 20 do CPC. Em apoio, recente julg. do STJ no REsp 1.134.725.

Arts. 389, 395 e 404

Autora: Marília de Ávila e Silva Sampaio

Enunciado: Os honorários contratuais integram o valor devido a título de perdas e danos.

Justificativa: O inadimplemento das obrigações enseja o pagamento pelas perdas e danos causados ao credor, nos termos do art. 389 do CC/02. O art. 395 estabelece, ainda, que o devedor deve responder pelos prejuízos causados, incluídos aí os honorários de advogado, comando reiterado pelo art. 404, que trata das perdas e danos nas obrigações pecuniárias. Sobre o tema verifica-se que a jurisprudência majoritária dos tribunais tem entendido que os honorários ali mencionados seriam somente os honorários sucumbenciais e não os contratuais. Ocorre que, se as perdas e danos se destinam à reparação dos prejuízos sofridos, a reparação há que ser integral, de modo a efetivamente restabelecer a situação do credor à situação anterior ao inadimplemento. É de se registrar ainda que não se fala em *bis in idem* em relação a eventual condenação do devedor ao pagamento de honorários de sucumbência, pois são verbas destinadas à compensação de gastos distintos, sendo os honorários de sucumbência devidos pela parte que perdeu a demanda e os honorários contratuais destinados à restituição integral do prejuízo sofrido pelo autor, em observância do princípio da *restitutio in integrum*, que norteia a reparação de prejuízos materiais.

3 BRASIL, TJSP – Apelação n. 992.09.088431-0, Rel. Des. Dimas Rubens Fonseca, 27ª Câmara de Direito Privado, julgamento: 26/10/2010 – trecho do voto condutor.

Arts. 389, 395, 404, 418, 772 e 884**Autor:** Gilberto da Silva Melo**Enunciado:** Princípios da correção monetária:

- A correção monetária é matéria de ordem pública, constitui pedido implícito e pode ser tratada pelo Tribunal sem que conste na decisão e sem necessidade de prévia provocação da parte;
- A correção monetária deve ser plena, sem expurgos inflacionários e deve incidir a partir do momento histórico da constituição do débito, do vencimento, do desembolso, da data a que o valor se refere, para não ter prejudicada sua função precípua de preservar o poder aquisitivo da moeda;
- No período de aplicação da correção monetária não pode haver lacunas ou *bis in idem*.

Justificativa: A despeito de ter sido implantada pela Lei 4357/64, somente em 1981, por meio da Lei 6.899/91, a correção monetária foi definitivamente admitida na liquidação dos débitos decorrentes de decisão judicial. A partir daí percorremos uma verdadeira *via crucis* até que a jurisprudência, enfim, solidificou o entendimento de que correção monetária não é um *plus*, que se acrescenta, mas um *minus*, que se evita. A manifestação mais precisa nos enunciados do CJF, diminuiria as intermináveis discussões em matéria de correção monetária que entulham o Judiciário com pilhas de processos. Os princípios da correção monetária acima consolidarão, portanto, o seu caráter de matéria de ordem pública, o fato de que ela só cumpre o seu papel se for plena, sem lacunas ou *bis in idem* e incidente sobre todo o período em que o capital teria ficado indisponível. Previsão no Código Civil: no Código Civil de 1916 nada se fala sobre a correção monetária, pois o Código é anterior às leis sobre a matéria, que se iniciaram com a Lei 4357/64. O Novo Código Civil vigente a partir de 11/01/2003, entretanto, reconhece a correção monetária nos arts. 389, 395, 404, 418, 772 e 884, com destaque para os dois primeiros. Recursos repetitivos do STJ: Repetitivo do STJ que considera a correção monetária como de ordem pública (EDcl no Agrg no REsp 938645/SC) e repetitivo que considera a inclusão dos percentuais expurgados no cálculo da correção monetária como matéria de ordem pública (REsp. 1112524/DF).

Art. 393**Autor:** Francisco Antônio Paes Landim Filho

Enunciado: Em razão da presunção de inocência, consagrada no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, a prisão cautelar ou provisória constitui fato necessário, cujos efeitos não se podem evitar ou impedir, apto a excluir a responsabilidade do devedor que haja inadimplido determinada prestação, por impossibilidade decorrente da restrição à liberdade, salvo se, expressamente, se houver responsabilizado pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior.

Justificativa: Para a configuração do **motivo de força maior** ou do **caso fortuito**, examina-se a **necessariedade do fato**, que *deve ser compreendida “situadamente”, de maneira que o fato será ou não “necessário”, caracterizando o fortuito ou força maior, conforme a concreta situação em que verificado*⁴ [...]. Nesse contexto, a prisão provisória e cautelar, que impeça o devedor de adimplir a obrigação, consiste em **fato necessário**, já que, em razão do **princípio da presunção de inocência** – polo de atração dos elementos fático-jurídicos que gravitam em torno de tais hipóteses – **não se pode atribuir ao preso a causa de sua prisão**. Pelo contrário, toda prisão anterior à condenação transitada em julgado, reveste-se dos caracteres de provisoriedade e cautelaridade, servindo como mera medida instrumental, em favor do exercício da jurisdição, para garantir a utilidade do processo penal. Enquanto medida determinada pelo poder jurisdicional do Estado, a prisão – a par das considerações em torno de sua legalidade, que são indiferentes para o caso em julgamento – tem causa no juízo formulado por uma autoridade judiciária competente, isto é, um agente estatal, no exercício de suas atribuições institucionais, não podendo ser tomado, o ato prisional, para qualquer fim, como um fato provocado pelo imputado, mas, como já se disse, só pode ser visto como **fato que se tornou necessário**, por força do decreto judicial de prisão preventiva. Bem ao contrário, antes de condenação passada em julgado, toda prisão é a **prisão de um inocente**, que não é determinada como resposta a esta ou aquela conduta do preso, mas em nome da preservação da persecução penal.

Art. 397, parágrafo único.

Autor: Marcelo Guimarães Rodrigues

Enunciado: É válida a notificação extrajudicial promovida perante Serviço de Registro de Títulos e Documentos de circunscrição judiciária diversa do domicílio do devedor.

Justificativa: A mora ex-persona, inexistindo termo, se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial. A notificação extrajudicial resulta aquela efetivada pelo oficial registrador do Serviço de Registro de Títulos e Documentos (art. 160 e seus parágrafos, da Lei 6.015, de 1973 c.c. art. 5º, V e art. 12, ambos da Lei 8.935/94) e opera todos os efeitos dela esperados ainda que registrada e emitida em serviço situado em comarca diversa daquela onde reside o devedor. Essa posição é corroborada pela doutrina. O disposto no art. 9º da Lei. 8.935/94 diz respeito tão somente ao Tabelião de Notas, que não se confunde com Oficial Registrador. Não menos importante, repercute como uma não conformidade exigir territorialidade – notadamente em situações na lei não previstas –, em plena era do direito – e da tecnologia – virtual.

4 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. v. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações, 2003, p. 200, n. 1.

Art. 405**Autor:** Marcos Catalan

Enunciado: Os juros de mora, nas obrigações negociais, fluem a partir do advento do vencimento da prestação, estando a incidência do disposto no art. 405 da codificação limitada às hipóteses em que a citação representa o papel de notificação do devedor ou àquelas em que o objeto da prestação não tem liquidez.

Justificativa: Tendo-se por premissa a constatação de que a mora do devedor impõe-lhe suportar (entre outras verbas) os juros moratórios incidentes sobre o valor devido e não adimplido, nos exatos termos do art. 395 da codificação, esses juros devem fluir, quando o prazo para adimplemento tenha sido ajustado entre as partes (ou fixado por lei), do momento em que há a violação do direito subjetivo do credor (que faz surgir a pretensão), ou seja, quando alcançada a data para o pagamento. Os juros moratórios devem fluir, portanto, desde o advento do termo e não a partir da citação do devedor após o exercício do direito de ação (de direito processual) por parte do credor. Pensar de outro modo é beneficiar o devedor que retarda o desempenho de prestação cujo vencimento fora fixado entre as partes, pela lei ou que tenha sido notificado do vencimento da obrigação. Sendo a obrigação líquida e certa e, conhecido seu termo – por ter sido: (a) ajustado previamente entre os parceiros negociais, (b) notificado ao devedor, nos moldes do art. 331 da codificação ou (c) imposto por lei – ou o advento da condição à qual se encontra subordinada, o desempenho da prestação – objeto daquela – é exigível no momento em que o termo é alcançado e, não havendo pagamento, mora haverá, impondo-se ao devedor, além do pagamento do valor devido, o dever de arcar com os juros dela decorrentes, desde aquela data. Assim, nas obrigações a termo há de imperar a regra do *dies interpellat pro homine*. E, se como exposto, a mora tem seu início quando do vencimento do termo, não há como negar que o art. 405 do Código Civil deva ser compreendido restritivamente, pois, em perspectiva sistêmica, é possível perceber que a regra apenas tem serventia nas hipóteses em que a obrigação não tem liquidez ou não pode ser exigida por não haver prazo para o adimplemento.

Art. 406**Autor:** André Melo Gomes Pereira

Enunciado: É inconstitucional, por afrontar o princípio da isonomia, o art. 1º – F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09, que prevê os acréscimos incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública, devendo-se aplicar o art. 406 do Código Civil e o art. 1.062 do Código Civil de 1916, conforme o caso, e a correção monetária cabível.

Justificativa: O dispositivo em apreço é inconstitucional porque atenta contra o princípio da isonomia previsto na Constituição da República, pois, em consonância com o citado princípio, impõe-se aplicar ao particular a mesma disciplina legal que rege os créditos da

Fazenda Pública. Apresenta-se anti-isonômico, nas condenações que lhe são impostas, a Fazenda Pública pagar a atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, incidindo uma única vez; ao passo que o cidadão, em situação idêntica, pagará atualização monetária e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês. Na situação aqui retratada, diferentemente das conhecidas prerrogativas/privilégios processuais conferidos à Fazenda Pública, a inconstitucionalidade opera no plano do direito material, sem nenhum fundamento que justifique a discriminação. Além da inconstitucionalidade apontada, a incidência dos índices aplicáveis à poupança não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem juros e correção monetária com termos iniciais não coincidentes. Nesse sentido, o padrão do art. 406 do Código Civil, com a interpretação explicitada no Enunciado n. 20, da Primeira Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, deve-se aplicar às relações entre particulares e entre estes e a Fazenda Pública, independentemente de quem figure como credor e devedor.

Art. 406

Autor: Rogério Roberto Gonçalves de Abreu

Enunciado: Às empresas públicas e sociedades de economia mista, quando exploradoras de atividade econômica, aplica-se a sistemática de juros legais prevista no Código Civil. Quanto a prestadoras de serviço público, aplica-se a sistemática de juros prevista em lei para a Fazenda Pública.

Justificativa: As empresas públicas e sociedades de economia mista podem ser criadas tanto para a prestação de serviço público quanto para a exploração de atividade econômica. Às primeiras, aplicam-se as normas e princípios pertinentes aos serviços públicos e aos bens públicos. Atuam, portanto, como Fazenda Pública, fazendo jus ao regime jurídico pertinente. Às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, atuando em regime de concorrência com os agentes econômicos privados, aplicam-se as mesmas regras e princípios que regem a atividade desses últimos. De acordo com a CF/88, art. 173, possuem, todas elas, idêntico regime jurídico no que concerne a suas obrigações civis, empresariais, tributárias e trabalhistas. Daí que, em conclusão, a despeito da natureza orgânica da empresa estatal, seu regime jurídico disciplinador dos juros de mora incidentes sobre suas obrigações será definido pelo objeto de sua prestação: mesmas regras da Fazenda Pública para prestadoras de serviço público e mesmas regras dos agentes econômicos privados para as exploradoras de atividade econômica. É o que ocorre com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Se o fato gerador da obrigação disser respeito a *correspondência* (serviço público) ou a *encomenda* (atividade econômica), os juros de mora serão disciplinados como para a Fazenda Pública ou para os agentes privados, respectivamente.

Art. 407

Autor: Marcelo Guimarães Rodrigues

Enunciado: Os juros moratórios, nas ações de responsabilidade extracontratual, incidem desde a decisão que arbitra o valor da indenização por danos morais.

Justificativa: Não há como considerar em mora o devedor, se ele não tinha como satisfazer obrigação pecuniária ainda não estabelecida por sentença ou acórdão judicial, arbitramento ou transação entre as partes. O art. 1.064 do Código Civil de 1916 e o art. 407 do Código Civil de 2002, estabelecem que os juros de mora se contem desde que seja fixado o valor da dívida. Antes disso, seria impossível ao devedor purgar a mora, posto que sequer valor existiria que viabilizasse a tanto. Evidenciada a impossibilidade material de o devedor purgar a mora antes do arbitramento do valor devido, os juros moratórios somente podem ser aplicados a partir da decisão condenatória que estabelece – e traduz em moeda corrente – o valor da respectiva indenização.

Arts. 407 e outros

Autor: Gilberto da Silva Melo

Enunciado: Princípios dos juros moratórios:

- Os juros moratórios são matéria de ordem pública, constituem pedido implícito e podem ser tratados pelo Tribunal sem que conste da decisão e sem necessidade de prévia provocação da parte;
- Os juros moratórios são simples, regra geral;
- A base para a aplicação de juros moratórios é o valor já atualizado, visto que correção monetária não é acréscimo.

Justificativa: A matéria já foi exaustivamente discutida e pacificada nas cortes superiores, entretanto, considerando que a parte dispositiva das decisões não é sempre clara quanto a parâmetros liquidatórios, o estabelecimento de princípios em muito auxiliará no suprimento de decisões lacunosas e na uniformização dos procedimentos. Previsão no Novo Código Civil: O Novo Código Civil vigente a partir de 11/01/2003, entretanto, reconhece a correção monetária nos arts. 389, 395, 404, 418, 772 e 884, e em todos eles, com exceção apenas do art. 884, fala-se também de juros moratórios, com ênfase nos dois primeiros. Os seguintes artigos tratam especificamente da mora: 398, 405 e 407, com ênfase neste último. Já o art. 406 do NCC trata das taxas de juros. Previsão no Código de Processo Civil: os arts. 219 e 293 do CPC também tratam de juros. O primeiro quanto à constituição em mora na citação e o segundo do cabimento implícito de juros. Jurisprudência: Súmula 254 STF – Incluem-se os juros moratórios, mesmo se omissa o pedido ou a condenação⁵.

⁵ Recurso repetitivo STJ no REsp 1111117-PR e acórdão nos EDcl nos EDcl no Resp 998.935-DF, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), julgado em 22/2/2011.

Art. 413

Autor: Daniel Ustárroz

Enunciado: Quando manifestamente irrisória a cláusula penal compensatória fixada no contrato e caracterizado o abuso (art. 187, CCB), pode o juiz atender requerimento do interessado e majorá-la, em homenagem aos princípios do equilíbrio e da boa-fé objetiva.

Justificativa: O Código Civil, em seu art. 413, autoriza expressamente a redução judicial da cláusula penal. Esta permissão é justificada pela doutrina e pela jurisprudência em face dos princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva. Não seria razoável oferecer ao credor a penalidade integral, quando cumprida em parte e com proveito a obrigação principal, tampouco adequado constranger o devedor a suportar um valor manifestamente excessivo. O raciocínio acima desenvolvido ampara a parte inadimplente, a qual incide na penalidade desarrazoada. Contudo, se mostra de todo irrelevante para o contratante adimplente, o qual também pode ser prejudicado pela desproporção da pena (irrisória) com o prejuízo. Com razão, em diversos casos, a prática demonstra que a pena compensatória inserida no contrato de forma alguma repara razoavelmente o dano oriundo do inadimplemento. Pode a cláusula penal, nessas situações, constituir-se em manifestação de um abuso, na medida em que um contratante, com maior poder negociatório, de antemão, afasta ou reduz sensivelmente os efeitos de seu próprio inadimplemento. Por conseguinte, o mesmo raciocínio que autoriza a redução da cláusula penal excessiva, para reequilibrar o processo obrigacional, deve permitir a majoração da cláusula penal manifestamente irrisória, a qual não espelha um encontro de vontades. Do contrário, poderá o contratante livrar-se dos efeitos de seu próprio inadimplemento, lançando mão de penas ínfimas para a compensação do par, o que também se mostra ilegal à luz dos arts. 187 e 422 do CCB.

Art. 413

Autor: Daniel Ustárroz

Enunciado: Um dos critérios para se aferir a pena manifestamente excessiva é a comparação entre as cláusulas penais existentes no contrato, estipuladas em favor de cada uma das partes.

Justificativa: O art. 413 autoriza a redução judicial da cláusula penal, a qual é justificada pela doutrina à luz do princípio do equilíbrio e da boa-fé. Com efeito, não seria razoável oferecer ao credor a penalidade integral, quando cumprida em parte e com proveito a obrigação principal, tampouco adequado constranger o devedor a pagar uma quantia indiscutivelmente excessiva. Interpretando o dispositivo, a doutrina sugere uma série de critérios para guiar o magistrado na aferição da exorbitância da pena, tais como: (a) a identificação da espécie e da modalidade da cláusula penal; (b) a apuração da diferença entre o valor do prejuízo efetivo e o montante da pena; (c) o interesse do credor; (d) a gravidade da infração ao contrato

e o grau de culpa do devedor; (e) efetivo poder negociatório das partes; (f) as vantagens que o incumprimento pode trazer ao devedor⁶. Em determinados casos, outro critério que permite visualizar a abusividade é a comparação das próprias cláusulas penais inseridas no contrato. Deve o juiz observar a dimensão das penas atribuídas aos contratantes, com o fito de verificar a eventual quebra de equilíbrio do contrato. Com os olhos no caso concreto, reputando injustificada a manifesta desproporção entre elas, estará autorizado a reduzir equitativamente o montante da pena excessiva, podendo inclusive utilizar as demais cláusulas penais como parâmetro em seu arbitramento. Desta forma, um indício da abusividade pode ser a radical e injustificada diferença entre as cláusulas penais fixadas em favor de uma e de outra parte, o que autoriza o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, aplicar o art. 413, para adequá-las.

Art. 413

Autor: Marcelo Antonio de Oliveira Alves de Moura

Enunciado: As multas previstas nos Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho, cominadas para impedir o descumprimento das disposições normativas previstas nestes instrumentos, resultado da negociação coletiva dos sindicatos e empresas, têm natureza de cláusula penal moratória e, portanto, podem ser reduzidas pelo juiz do trabalho, diante do cumprimento parcial da cláusula ajustada, ou quando se tornaram excessivas para o fim proposto, nos termos do art. 413 do Código Civil.

Justificativa: A regra do art. 613 da CLT cuida dos aspectos formais das Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho, determinando a fixação de *penalidades para os Sindicatos convenentes, os empregados e as empresas em caso de violação de seus dispositivos*. (inc. VIII, do art. 613). O conteúdo da Convenção Coletiva de Trabalho, bem como do Acordo Coletivo, observa a classificação quanto à natureza das cláusulas convencionadas. A mais aceita é aquela proposta por Alonso Garcia e adotada, entre outros, por Ruprecht⁷. Segundo Alonso

6 GARCIA, Alonso, *Relações Coletivas de Trabalho*, 1995, p. 419; Godinho, *Curso*, jan-2009, p. 1270/1271; Rodrigues Pinto, *Direito Sindical*, 2002, p. 235

7 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 189. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2008, v. 4, p. 405. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 763. AZEVEDO, Álvaro Villaça. 10. ed. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Atlas, p. 267. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MORAES, Renato Duarte Franco de. *Direito das Obrigações*. São Paulo: RT, 2008, p. 103. TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2011. v. 2. p. 270. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 394. NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Gz Editora, 2009, p. 430-431. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 564. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 471. ANDRADE JÚNIOR, Átila de Souza Leão. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 312. LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, v. 2, p. 397. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, p. 324. FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.

Garcia, apud Ruprech (1995, p. 419), as cláusulas de um ajuste coletivo se classificam em obrigacionais, normativas, e de garantia, esta última com a finalidade de assegurar o cumprimento e a eficácia das anteriores, v.g., cláusulas sobre a vigência, multas e denúncia da Convenção ou do Acordo. Portanto, segundo Garcia, a multa convencionada para coibir o descumprimento das cláusulas obrigacionais e normativas (art. 622, *caput*, da CLT), é espécie de cláusula de garantia, cuja finalidade é assegurar o cumprimento e a eficácia das anteriores. No que diz respeito ao alcance e aplicação desta multa, se observará a teoria das obrigações do direito civil, como já defendeu Christiano Cassetari, referindo-se expressamente ao art. 622 da CLT: *Como se trata de cláusula penal que garantirá o cumprimento de cláusula contratual em convenção coletiva de trabalho, deverão ser aplicadas todas as regras descritas no Código Civil*⁸. Seguindo exatamente a ótica do direito civil, a multa fixada com o objetivo de compelir o devedor ao cumprimento da convenção ou do acordo coletivo de trabalho é classificada como cláusula penal moratória, atraindo a incidência do art. 413 do Código Civil.

Art. 416, parágrafo único

Autores: Pablo Malheiros da Cunha Frota e Lucas Abreu Barroso

Enunciado: Os princípios da primazia do interesse da vítima, da máxima reparação do dano e da solidariedade social autorizam o credor a exigir indenização suplementar, tanto de natureza material quanto extramaterial, quando o prejuízo exceder ao previsto na cláusula penal, mesmo que tal reparação não esteja previamente convencionada, tendo em vista a flagrante inadequação constitucional e infraconstitucional da primeira parte do parágrafo único do art. 416 do Código Civil. *Contrario sensu*, admite-se também que, se o devedor provocar um prejuízo menor do que aquele estipulado pela cláusula penal, esta poderá ser reduzida, como medida de concretização do princípio da igualdade.

Justificativa: A manualística obrigacional brasileira referenda a primeira parte do parágrafo único do art. 416 do CC considerando a cláusula penal um limite máximo para a reparação, salvo convenção em contrário,⁹ tendo em vista resultar de avença prévia consoante a vontade das partes que a fixaram como modo reparador de dano contratual por inadimplemento, devendo-se supô-la justa,¹⁰ sendo que o credor e o devedor assumem riscos ao prefixar os

522. FIUZA, César. *Direito civil*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 454. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: RT, 2007, p. 287; ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 129-136; CASTRO FILHO; ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos; MESQUITA, Eduardo Melo de; SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Comentários ao código civil brasileiro*. In: Alvim, Arruda; Thereza Alvim (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 4, p. 577-580. Na jurisprudência: STJ - REsp 1127721/RS; TJGO – AC 115922-1/188..

8 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.

9 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5. t. 2. p. 482.

10 CASSETTARI, Christiano. *Multa contratual*. São Paulo: RT, 2009, p. 123-127.

danos na cláusula penal.¹¹ Christiano Cassetari,¹² em obra específica sobre o tema, diverge em parte da doutrina brasileira¹³ e entende ainda não ser possível o credor deixar de lado a cláusula penal previamente fixada e ajuizar demanda por perdas e danos no caso de prejuízo excedente, porque as partes, ao pactuarem a cláusula penal, renunciam implicitamente à discussão judicial acerca dos prejuízos. Cassetari sustenta também que é inconstitucional, por violação à isonomia, a possibilidade das partes convencionarem a cláusula penal e ainda a indenização suplementar, pois o dispositivo legal não confere a possibilidade do devedor pagar menos se o dano for menor do que a cláusula firmada. Se ambas as hipóteses existissem, a cláusula penal não teria razão de existir.¹⁴ Concorde-se na essência com as ideias suscitadas pelo referido autor. Em outra perspectiva, discorda-se da impossibilidade da parte pleitear a cláusula penal e a reparação suplementar, uma vez que o risco sobre a prefixação não pode levar a situações de desequilíbrios contratuais, em razão de o foco atual ser a vítima, a ética da alteridade e a integral reparação para cada caso concreto (direito de danos), haja vista a necessária densificação dos princípios da primazia do interesse da vítima, da máxima reparação do dano e da solidariedade social. É perfeitamente possível que a justiça contratual se realize com a cumulação da cláusula penal e a reparação suplementar, conjugada com a redução da mesma cláusula penal em caso do prejuízo ser menor do que nela restou estipulado.

Art. 416, parágrafo único

Autor: Carlos Santos de Oliveira

Enunciado: O prejuízo comprovado que exceder ao previsto na cláusula penal compensatória poderá ser exigido pelo credor, independentemente da convenção, com base no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.

Justificativa: A cláusula penal decorre da manifestação de vontade das partes e se classifica como moratória e compensatória. Em ambas as modalidades, de acordo com a melhor doutrina, não há a necessidade de comprovação do prejuízo para que a reparação seja exigida pelo credor, bastando, apenas que seja caracterizado o descumprimento culposo da obrigação por parte do devedor. Quando a cláusula penal se referir simplesmente à mora do devedor, esta será classificada como moratória. De outra vertente, quando se referir à inexecução completa da obrigação, será compensatória. Quando moratória poderá ser exigida juntamente com a exigência do cumprimento da obrigação principal, considerando que esta ainda possui utilidade para o credor. Mas, quando compensatória, esta se converterá em alternativa a benefício do credor, ou seja, este poderá exigir o valor

11 Ver GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2. p. 384. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2. p. 371. OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Novo código civil anotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 2. p. 278.

12 CASSETTARI, Christiano. *Multa contratual*. São Paulo: RT, 2009, p. 123-127.

13 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1972, p. 289.

14 BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*. 2. ed., Napoli, Camerino/Scientifiche, 1994, p. 55.

da cláusula penal ou, poderá exigir o pagamento das respectivas perdas e danos, neste caso, comprovando o prejuízo sofrido em razão do inadimplemento culposos da obrigação por parte do devedor. Não há hipótese, na cláusula penal compensatória, de o credor pretender exigir a cláusula penal conjuntamente com a exigência de cumprimento da obrigação. Dentre as funções da cláusula penal pode-se destacar a de **forçar o devedor ao cumprimento da obrigação assumida em contrato**, bem como aquela relativa à **pré-fixação das perdas e danos**. Neste sentido destaca-se a inovação trazida pelo legislador civil, com a redação do parágrafo único, do art. 416 do Código Privado. Este dispositivo se refere à cláusula penal compensatória, que é fixada para a hipótese de inexecução completa e culposa da obrigação pelo devedor. A cláusula penal compensatória opera como um valor pré-fixado que poderá ser cobrado pelo credor, independentemente de comprovação de qualquer prejuízo, apenas comprovando a inexecução completa da obrigação, de forma culposa pelo devedor. O referido parágrafo único dispõe a respeito da possibilidade da exigência pelo credor de uma “indenização suplementar”, no caso de o valor fixado a título de cláusula penal compensatória não se mostrar suficiente para cobrir o prejuízo comprovado do credor. Exige o legislador civil, que as partes hajam estipulado esta possibilidade contratualmente, para que esta possa ser exigida pelo credor. É importante destacar que o código anterior sequer previa a possibilidade de indenização suplementar, uma vez pactuada a cláusula penal compensatória. A simples possibilidade de o credor exigir a denominada indenização suplementar já constitui um avanço significativo em nosso ordenamento civil, na medida em que privilegia a adoção do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. Contudo, não se pode olvidar que o mesmo legislador civil fez inserir expressamente na novel codificação, mais precisamente nos arts. 884, 885 e 886, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. Este princípio, embora amplamente adotado em nossos tribunais, não continha previsão expressa na codificação anterior, estando previsto no Código Civil em vigor. Este fato, por si só, seria suficiente para informar a filosofia adotada pelo legislador civil, no sentido de não permitir que qualquer lesão fique sem a respectiva e justa reparação. O princípio da “reparabilidade ampla”, hoje adotado na responsabilidade civil, tem perfeita aplicabilidade no caso em estudo, considerando que a inexecução da obrigação decorre de contrato assinado entre credor e devedor. A hipótese, sem sombra de dúvida, é de responsabilidade civil contratual. A interpretação sistemática de ambos os institutos, no entender deste signatário, também se mostra suficiente para fundamentar a possibilidade de o credor exigir a denominada “indenização suplementar”, independentemente da convenção, bastando a comprovação do prejuízo superior ao valor da cláusula penal compensatória, bem como a comprovação da inexecução completa da obrigação pelo devedor. Eventual entendimento em contrário vem de encontro e viola expressamente o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. Ademais, não se pode conceber, diante do princípio da reparabilidade ampla, que um prejuízo efetivamente comprovado, fique sem o respectivo ressarcimento. Não se pode permitir que o devedor aumente seu patrimônio, sem causa que justifique, em detrimento da diminuição do patrimônio (empobrecimento) do credor. Na clássica e atual definição de Orlando Gomes: *Há*

enriquecimento ilícito quando alguém, a expensa de outrem, obtém vantagem patrimonial sem causa, isto é, sem que tal vantagem se funde em dispositivo de lei, ou em negócio jurídico anterior. São necessários os seguintes elementos: a) o enriquecimento de alguém; b) o empobrecimento de outrem; c) o nexo causal entre o enriquecimento e o empobrecimento de outrem; d) a falta de causa justa¹⁵. Aduza-se, por oportuno e relevante, que o requisito **empobrecimento de outrem** é questionado pela doutrina pós-moderna, na forma do Enunciado n. 35, da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, de 2002: *A expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento.*

Arts. 416, parágrafo único

Autor: Christiano Cassettarri

Enunciado: A parte final do parágrafo único do art. 416 do Código Civil, que permite a inserção no contrato de cláusula autorizando ao credor exigir indenização suplementar ao valor da cláusula penal, é inconstitucional, por flagrante violação ao princípio da isonomia.

Justificativa: O CC de 2002 inovou ao permitir, no parágrafo único do art. 416, que mesmo o prejuízo excedendo ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado, adotando, assim, a solução italiana prevista no art. 1.382 do CC. Havendo essa convenção, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente. Tal possibilidade esvazia por completo a cláusula penal, na qual se pactua que o devedor concorda em pagar mais do que os danos causados, e o credor em receber menos do que os prejuízos sofridos, já que tal estipulação é feita antes da ocorrência do inadimplemento. Esse “risco” assumido pelas partes não acarretará problema para os contratantes desde que haja uma teoria adequada e preocupada com possíveis abusos que possam ocorrer, motivo pelo qual o legislador fixou uma limitação para a cláusula penal. Mas, se as partes entenderem que isso não as satisfaz, devem celebrar o contrato sem inserir nele nenhuma penalidade para a hipótese de inadimplemento, o que permitirá, na hipótese, a propositura da ação indenizatória para apurar o real valor dos prejuízos sofridos. Com base na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, entendemos que a possibilidade aberta no CC para se convencionar a possibilidade de se pleitear a indenização suplementar é inconstitucional por flagrante afronta ao princípio da isonomia, esculpido no art. 5º da CF. Essa inconstitucionalidade ocorre em razão de o Código permitir que o credor possa ter no negócio jurídico cláusula que permita pleitear a indenização suplementar se o valor da multa for insuficiente para remunerar as perdas e danos, mas não dá ao devedor a possibilidade de pagar menos se o inverso ocorrer, ou seja, a pena convencional for maior que os danos causados. Aliás, se ambas as hipóteses fossem admitidas, o instituto da cláusula penal não teria razão de existência. Pleitear indenização suplementar poderia, inclusive, autorizar a parte a pedir valor maior que o da obrigação principal, contrariando o

15 BETTI. Causa del negozio giuridico, *Novissimo Digesto Italiano*, 3. ed., Torino: UTET, 1957, p. 33.

art. 412 do CC, e afastaria a possibilidade de redução equitativa da penalidade, consoante norma *jus cogens* do art. 413 do CC.

Art. 421

Autor: André Luiz Santa Cruz Ramos

Enunciado: As regras do Código Civil sobre contratos, notadamente a que consagra o princípio da autonomia da vontade, não devem ser aplicadas indistintamente aos contratos cíveis e empresariais (relações entre empresários, relativas ao exercício de empresa); nestes, em homenagem à livre iniciativa e à livre concorrência, princípios constitucionais da ordem econômica, e em reconhecimento à simetria natural das relações inter-empresariais, a autonomia da vontade deve ser plena e o dirigismo contratual deve ser evitado.

Justificativa: Após a infeliz tentativa de unificação formal do direito privado, levada a cabo pela edição do Código Civil de 2002, contratos cíveis e empresariais (estes entendidos como aqueles firmados entre empresários, no exercício de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços) passaram a se submeter às mesmas regras gerais, o que a doutrina comercialista, praticamente de forma unânime, tem criticado severamente, a ponto de ter sido iniciado intenso movimento em defesa da edição de um novo Código Comercial, já tendo sido apresentado à Câmara dos Deputados, inclusive, projeto de lei nesse sentido (PL n. 1572/2001, de autoria do Deputado Federal Vicente Cândido, do PT-SP). Enquanto tal diploma legislativo não vem, é urgente que, pela via da interpretação, seja feita a imprescindível distinção entre os contratos cíveis e empresariais, dada a nítida diferença que há entre eles. Com efeito, os contratos empresariais se caracterizam pela simetria natural entre os contratantes, não sendo justificável aplicar a eles certas regras e princípios que limitam ou relativizam a autonomia da vontade. Ademais, em homenagem aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, os empresários devem ter autonomia da vontade plena para celebrar negócios – desde que lícitos, obviamente –, bem como assumir os riscos de contratações mal feitas. A regra de ouro do livre mercado é a seguinte: o empresário que acerta, ganha; o empresário que erra, perde. A intervenção estatal prévia (dirigismo contratual) ou posterior (revisão judicial) nos contratos empresariais deturpa a lógica natural do livre mercado, cria risco moral e traz insegurança jurídica para as relações inter-empresariais.

Art. 421

Autor: Luciano de Camargo Penteado

Enunciado: A função social do contrato permite exame da causa contratual, quer para qualificar o tipo contratual, quer para identificar coligação com outras operações contratuais (causa sistemática ou da rede), quer para identificar *nomen iuris* diverso do atribuído às partes, o que sempre é questão de direito e não de fato e, por ser a função social de ordem pública,

permite conhecimento de ofício, independentemente de alegação expressa do interessado.

Justificativa: O Brasil não adota a causa como elemento do negócio, como França (art. 1.131 do *Code*) e Itália (art. 1.325 do *Codice*). A função social do contrato (Enunciado CJF 22), entretanto, permite o exame da causa do contrato. O negócio pode ser visto a partir do **que ele é, como ele é e para que ele serve**, ou função social¹⁶. A causa do contrato é útil no exame de tipo e qualificação¹⁷. A causa é invocada por tribunais¹⁸ que, embora alterada a orientação pela Súmula STJ 293, mostra a relevância do assunto, como também outras várias decisões¹⁹. As decisões requalificam contratos, avaliam coligações e examinam o objeto a partir da causa. O art. 421, portanto, adota a teoria da causa contratual. O exame sistemático da lei confirma a tese, vide exceção do contrato não cumprido (art. 476), lesão (art. 157), revisão judicial do pagamento (art. 317), resolução por onerosidade excessiva (art. 478) e limites ao exercício da denúncia (art. 473, parágrafo único). A função social do contrato, de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único) independe de alegação expressa, podendo o magistrado pronunciar-se sobre a causa de ofício.

Art. 421

Autor: Luciano de Camargo Penteadó

Enunciado: Os terceiros a que se refere o Enunciado CJF n. 21, sobre a tutela externa do crédito por meio da função social do contrato podem ser designados no contrato, integrados posteriormente à estrutura da relação contratual, ter direito oponível ao decorrente do contrato, serem por ele protegidos em conjugação com a boa-fé objetiva (art. 422) ou, ainda, estarem adstritos a respeitar o contrato e a relação contratual, não podendo ser cúmplices no inadimplemento da parte.

Justificativa: Os efeitos contratuais perante terceiros permitem uma tipologia dos terceiros conforme a proximidade com a estrutura da relação contratual, ou conteúdo das posições ou situações jurídicas em confronto com as posições jurídicas dos contratantes²⁰. Há terceiros designados no contrato, como na estipulação a favor de terceiros (art. 436) e promessa de fato de terceiro (art. 439), terceiros a serem integrados na relação ou no contrato, como no contrato com pessoa a declarar (art. 467) ou adesão posterior, como nos contratos coletivos, a exemplo dos seguros e planos de saúde em grupo, terceiros com direitos oponíveis aos

16 BRASIL, TJSP, Ap. n. 0119546-41.2008.8.26.0011, rel. Francisco Loureiro, j. 09/06/2011, v.u.; TJSP, Agr. Instr. n. 1256060-0, j. rel. Benedito Ribeiro Pinto, j. 17/04/2009, v.u., STJ REsp. 185.287/RS, Rel. Waldemar Zveiter, j. 14/11/2000.

17 E.g. CC. n. 34.504/SP, rel. para o ac. Ruy Rosado de Aguiar, j. 12/03/2003, m.v; REsp. n. 419.362/MS, rel. para o ac. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17/06/2003, m.v.) e STF (Rextr. n. 79.562, rel. Rodrigues de Alckmin, j. 10/02/1976, v.u. e Rextr. n. 111.121-3/SP, rel. Octávio Gallotti, j. 11/10/2000, m.v.

18 Ver Alpa *et alii*, *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, Milano, Giuffrè, 2000, *passim* e Penteadó, *Efeitos contratuais perante terceiros*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, *passim*.

19 Cf. *usucapio libertatis, como em REsp 716.753/RS, Rel. João Otávio de Noronha, j. 15/12/2009*.

20 BRASIL, STJ, REsp 302.906/SP, Rel. Herman Benjamin, j. 26/08/2010 e REsp. n. 106.485/AM, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 13.06.2000, v.u.

das partes, quer contratuais, quer decorrentes de outros fatos jurídicos *lato sensu*, como no direito de preferência (art. 513 do CC e art. 27 da Lei n. 8.245/91), na cláusula de vigência na locação (art. 8º da Lei n. 8.245/91), nos efeitos da usucapião sobre a hipoteca já constituída pelo registro do contrato de garantia na matrícula²¹ e no compromisso de compra e venda (Súmulas 84 e 239 do STJ), ou ainda estarem no círculo de proteção do contrato, devendo o contratante respeitar a pessoa e o patrimônio dos terceiros²² e, por fim, podem ter o dever de respeitar o contrato, derivado da boa-fé objetiva, não podendo obstar ou dificultar o adimplemento de uma das partes²³, independentemente de culpa ou dolo, porque o dever de abstenção de intromissão indevida é de mecanismo objetivo de imputação de responsabilidade (art. 187 c./c. art. 421).

Art. 421

Autor: Arnaldo Boson Paes

Enunciado: Função social do contrato. Configuração de teia contratual. Responsabilidade. Configurada a formação de teia contratual, em que vínculos jurídicos aparentemente diversos passam a integrar um sistema, inexoravelmente interligados, amalgamando-se responsabilidades, a função social do contrato (CC, art. 421) implica a responsabilidade do sujeito que, de forma abrupta e injustificada, rompe o elo da cadeia e desse ato resulta dano ao sujeito integrante da teia contratual.

Justificativa: O constitucionalismo contemporâneo impactou profundamente a teoria contratual, que na contemporaneidade se estrutura a partir de quatro ideias-força: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual e função social do contrato. Essa influência decorre do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, compreendida em sua dupla dimensão: formal, decorrente da inserção de normas de direito privado nas constituições; material, fruto da incorporação no texto constitucional da pauta axiológica informadora da ordem civil. A solidariedade social permeia todo o CC/02, com destaque para a consagração da cláusula geral da função social do contrato: *Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*. Reforça essa função social a norma do art. 2.035, parágrafo único, ao estabelecer que *nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos*. A cláusula geral da função social do contrato conduz à mitigação da relatividade dos contratos, porquanto agora a liberdade de contratar tem, na função social do contrato, um limite intransponível. Isso se acentua no reconhecimento de teias contratuais, que se

21 BRASIL, STJ, REsp 468.062/CE, Rel. Humberto Martins, j. 11/11/2008.

22 Cf. 3ª T., REsp 803.481-GO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28/06/2007, DJ 01/08/2007, p. 462; 3ª T., REsp 783.404-GO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28/06/2007, DJ 13/08/2007, p. 364.

23 Nesse sentido, esclarece Karl Larenz serem as negociações um processo teleológico direcionado a fim específico e, portanto, uma situação jurídica típica dotada de elementos característicos que as distinguem claramente de outras situações de contato negocial. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, p. 595-597, Beck, 2004. Confirma-se ainda MENEZES CORDEIRO, Antonio, *Da boa fé no direito civil*, p. 538, Almedina, 2001 e NUNES FRITZ, Karina, *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual*, p. 285-286, Juruá, 2008..

configuram quando contratos, aparentemente diversos, estão interligados a partir de nexos e objetivos comuns, com aptidão para gerar consequências jurídicas em relação a terceiros, afetando assim cada um dos contratos que integram uma cadeia. Nesse sentido, a cláusula do art. 421 do CC/02 deve constituir-se instrumento para a garantia de efetividade dos direitos, reinterpretando relações jurídicas que eliminam, reduzem ou mitigam o sistema jurídico de solidariedade social. Destarte, nos casos em que vínculos jurídicos aparentemente diversos passam a integrar um sistema, inexoravelmente interligados, amalgamando-se responsabilidades, a situação implica a responsabilidade do sujeito contratual que de forma abrupta e injustificada rompe o elo da cadeia e desse ato resulta dano aos demais sujeitos integrantes da teia contratual.

Art. 421

Autor: Gerson Luiz Carlos Branco

Enunciado: O art. 421 do Código Civil não permite o afastamento do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, ressalvadas as hipóteses previstas no Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Abuso do Poder Econômico ou de leis especiais. A função social do contrato lhe torna oponível contra terceiros, quando e se for fato social relevante, mas não permite a incidência do preceito (direitos e obrigações) para quem não integra a relação jurídica contratual.

Justificativa: A funcionalidade básica do contrato é servir de instrumento aos particulares para autorregulamentar sua vida privada, podendo com ele regular as suas relações patrimoniais segundo os deveres que foram determinados pelo ato voluntário que lhe dá origem (STJ, REsp n. 803.481). A cláusula geral do art. 421 somente atua no plano do direito contratual, não servindo para regular relações jurídicas absolutas. A eficácia do contrato continua vinculada ao princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, razão pela qual não se pode atribuir ao art. 421 a eficácia de irradiação de direitos e obrigações sobre terceiros, ou considerar terceiros ou a sociedade como parte do contrato. A **eficácia externa** dos contratos não tem natureza contratual, pois o contrato para terceiros é um fato social (nos casos em que há oponibilidade de efeitos), ou é ato ilícito. Assim, um contrato celebrado para concentrar mercado e impedir a concorrência não pode ter seus efeitos limitados com fundamento na cláusula geral do art. 421 em litígios que envolvam terceiros. Os terceiros não são parte, portanto não se aplica a eles tal regra, pois não possuem legitimidade para discutir cláusulas contratuais, mas somente para coibir atos ilícitos. Não se pode estender a eficácia do art. 421 tal como as regras da Lei do Abuso do Poder Econômico, Lei do Inquilinato e o Código de Defesa do Consumidor nas disposições legais que geram obrigações ou efeitos sobre terceiros. A eficácia das referidas leis deve ser interpretada em consonância com a cláusula geral do art. 421, mas esse dispositivo não pode ser usado para regular relações absolutas.

Art. 421

Autor: Gerson Luiz Carlos Branco

Enunciado: O art. 421 do Código Civil é causa de invalidade dos contratos ou de cláusulas contratuais, aplicável como instrumento para controle do escopo dos contratos. A estipulação contratual não prevalece quando o instrumento contratual ou o ajuste formal não corresponde aos fins sociais e econômicos ditados pela função social típica do contrato em questão ou quando caracterizar um desvio social típico.

Justificativa: A função social dos contratos pode invalidar contratos ou cláusulas contratuais quando a veste jurídica não corresponder a operações econômicas e, com isso, violar um princípio ou um valor protegido pelo ordenamento, pois a liberdade contratual é de natureza regulatória ou ordenatória. O controle da tipicidade social ou dos desvios sociais típicos é o principal instrumento prático para que os juízes façam o controle da validade ou invalidade de cláusulas contratuais com fundamento no art. 421 do CC. Por isso, violam a função social os mecanismos contratuais que visam burlar fins visados pelo ordenamento, como, por exemplo, a impossibilidade de o credor ficar com o objeto da garantia, a violação de atividade privativa de instituição financeira, etc.

O contrato serve para realizar interesses privados. Mediamente se pode falar de função social, enquanto imediatamente a razão da intervenção para decretação da nulidade de uma cláusula contratual ou do contrato é a preservação do interesse concreto das partes, ou melhor, de uma das partes. Por isso, a regra é a prevalência da estipulação contratual, podendo ocorrer a intervenção como forma de recondução funcional do contrato aos fins da autonomia privada. A estrutura da norma tem elasticidade suficiente para que se afirme a liberdade de contratar e sua natural funcionalidade, condicionada pelos valores sociais que determinam a existência e o sentido da própria liberdade contratual.

Art. 421

Autor: Luciano Benetti Timm

Enunciado: O art. 421 do Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Quando se tratar de uma relação contratual empresarial, a interpretação do negócio deve considerar as práticas e os usos mercantis, os efeitos concretos de uma eventual intervenção judicial no contrato e o impacto que a decisão possa trazer no mercado.

Justificativa: Em diversos casos que chegaram ao STJ, discutiu-se a função social do contrato em negócios de “soja verde” (venda antecipada da colheita) de oriundos do TJ de Goiás, decidiu o STJ que *a função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do*

*contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura*²⁴. Recentemente, o STJ reverteu liminares concedidas pelos tribunais estaduais no sentido de proibir as companhias concessionárias do serviço de fornecimento de água e energia elétrica de cortar o fornecimento destes serviços. No caso do fornecimento de água, o Presidente do STJ usou de argumentos consequenciais para permitir a interrupção do fornecimento do serviço aos consumidores inadimplentes.

Arts. 421 e 422

Autores: Pablo Malheiros da Cunha Frota e Lucas Abreu Barroso

Enunciado: A evolução da principiologia contratual aponta para a necessidade do fortalecimento da relativização do princípio da relatividade do contrato nos meandros da complexidade de situações jurídicas engendradas hoje pela utilização deste imprescindível instrumento jurídico em uma sociedade capitalista de consumo, mesmo porque o fenômeno que se poderia denominar de transpersonalização das obrigações faz ressaltar ainda mais as influências externas ao vínculo contratual tanto na relação com terceiros, agora parte da relação contratual, quanto no macrossistema das relações negociais.

Justificativa: A evolução da principiologia contratual aponta para a necessidade do fortalecimento da relativização do princípio da relatividade do contrato nos meandros da complexidade de situações jurídicas engendradas hoje pela utilização deste imprescindível instrumento jurídico em uma sociedade capitalista de consumo, mesmo porque o fenômeno que se poderia denominar de transpersonalização das obrigações faz ressaltar ainda mais as influências externas ao vínculo contratual tanto na relação com terceiros, agora parte da relação contratual, quanto no macrossistema das relações negociais.

Art. 422

Autora: Karina Cristina Nunes Fritz

Enunciado: As partes devem observar os deveres de conduta, emanados da boa-fé objetiva, não apenas durante as negociações, mas desde o início dos contatos negociais. A fase pré-contratual não se limita às negociações, mas inclui outros estágios de preparação do negócio jurídico.

Justificativa: A fase pré-contratual não se limita às **negociações**, período no qual as partes discutem acerca de negócio jurídico determinado com vistas à sua eventual celebração²⁵, mas compreende momento anterior no qual as mesmas se encontram em **contato negocial**, aquele direcionado, ainda que vagamente, a um eventual negócio jurídico²⁶ e que é marcado,

24 Confira-se, dentre outros, LARENZ, Karl, op. cit., p. 598 e CANARIS, Claus-Wilhelm, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, in: JZ 10/2001, p. 520 e KREBS, Peter /DAUNER-LIEB, Barbara, *Anwaltkommentar BGB § 311*, p. 707, Deutscher Anwalt Verlag, 2005.

25 STAUDINGER, Julius, *Kommentar zum BGB*, §§ 241-243, p. 348, Sellier de Gruyter, 2005; LARENZ, Karl, op. cit., p. 593 e SCHWAB, Dieter, *Einführung in das Zivilrecht*, p. 439, C. F. Müller, 2004.

26 Dentre outros, KREBS, Peter, *Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten*, p. 263, Beck, 2000.

em regra, pela troca descompromissada de informações. Não obstante, já surgem para as partes deveres decorrentes da boa-fé objetiva, pois a confiança e a lealdade precisam ser tuteladas. A quantidade e intensidade desses deveres aumentam gradativamente, à medida que o contato se estreita e as partes se aproximam do contrato²⁷. Havendo violação de dever de conduta e dano para a contraparte, surge o dever de indenizar. O reconhecimento de deveres de conduta antes das negociações permite superar entre nós a ideia da responsabilidade pré-contratual como sinônimo de rompimento injustificado das tratativas. A responsabilidade pré-contratual não decorre apenas do rompimento imotivado das tratativas, mas da violação de qualquer dever de conduta durante o amplo **processo de preparação do negócio jurídico**. Em outras palavras: na fase pré-contratual protegem-se não só as situações de negociações, mas todas as situações de contato negocial. Na Alemanha, a reforma do BGB em 2001 consagrou esse entendimento no § 311, II, do BGB, onde distinguem-se **três níveis de contato negocial**, do qual as negociações são o estágio mais avançado antes do negócio jurídico. Em todos os estágios surgem, contudo, deveres de conduta para os partícipes. Com isso, amplia-se o **campo de incidência dos deveres de conduta pré-contratuais** e, conseqüentemente, da **responsabilidade pré-contratual**²⁸. Desprendendo o instituto da responsabilidade pré-contratual das negociações, melhor regulamenta-se o **caminho ao contrato**, potencializando a aplicação do art. 422 do CC/2002 na fase pré-contratual.

Art. 422

Autor: Paulo R. Roque A. Khouri

Enunciado: É ofensiva à boa-fé a cláusula contratual que, sem deixar de considerar as circunstâncias negociais do caso concreto, gera desequilíbrio significativo em desfavor de qualquer das partes contratantes.

Justificativa: O direito brasileiro, diferente de outros ordenamentos como o alemão e o italiano, consagra a boa-fé como princípio, mas não indica ao interprete qualquer critério para sua equilibrada aplicação. No direito alemão, o n. 1 do § 9 da AGB-Gesetz diz que: *As estipulações contidas em relações negociais gerais são ineficazes quando, contra os ditames da boa-fé, prejudicam de maneira inadequada a contraparte do utilizador.* O art. 1469 do *Codice Civile*²⁹ italiano adota os mesmos critérios do direito alemão para aferir a relevância da ofensa à boa-fé, qual seja, o do prejuízo ou desequilíbrio significativo. Na mesma linha definidora de critérios, a Diretiva das Cláusulas Abusivas da União Europeia, no seu art. 3º, n. 1, dispõe: *uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência da boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do*

27 “...si considerano vessatorie Le clausole Che, malgrado La **buona fede**, determinano a carico deli consumatore um significativo squilbrio dei diritti e degli obligatti derivanti dal contratto.”

28 Relator Ministro Massamy Uyeda. Data do julgamento: 05.05.2009.

29 TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*, 2. ed. Rev e at. Método: São Paulo, 2007, p. 308.

contrato. O STJ, ao julgar a validade da cláusula de eleição de foro em contratos de adesão, tem recorrido ao critério do *prejuízo* para decretar a validade ou a invalidade da cláusula, conforme o REsp 1084291/RS³⁰. Tenho que o STJ, ao utilizar o critério do prejuízo de forma semelhante à utilizada no direito comparado, não está se afastando das diretrizes contidas no próprio CDC. No domínio do direito contratual, a fim de evitar uma aplicação arbitrária do princípio da boa-fé, gerando instabilidade nas relações negociais, o interprete pode recorrer ao mesmo critério **do prejuízo significativo** do direito comparado para aplicá-lo de forma equilibrada.

Art. 422

Autor: Paulo R. Roque A. Khouri

Enunciado: É juridicamente possível afastar cláusulas que, em contrato de adesão entre dois profissionais, coloquem o aderente em manifesto desequilíbrio, sobretudo, se a cláusula ofende a boa-fé.

Justificativa: O **contrato de adesão** de que trata os arts. 423 e 424 do Código Civil não se confunde com o **contrato de adesão** do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque nem todo contrato de consumo é de adesão e nem todo contrato de adesão é de consumo, ao passo que as disposições do Código de Defesa do Consumidor pertinentes a contratos de adesão aplicam-se em específico àqueles formados no âmbito de relações de consumo. Esse não é só o entendimento constante do enunciado da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em dezembro de 2004, pelo qual *o contrato de adesão, mencionado nos arts. 423 e 424 do Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo*, mas é o entendimento da mais abalizada doutrina sobre o assunto, do Professor Flávio Tartuce³¹. O entendimento dominante é que as cláusulas causadoras de desequilíbrio ou abusivas não estão restritas apenas às relações de consumo, conforme se depreende do Enunciado n. 172 da III Jornada de Direito Civil: *Enunciado 172 - As cláusulas abusivas não ocorrem somente 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*. A defesa outorgada pelo CCB ao aderente no âmbito dos contratos de adesão (arts. 423 e 424) é bastante tímida e, de certa forma, destoa dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato. Pelo CCB, a interpretação mais favorável ao aderente apenas seria possível caso fossem verificadas contradições ou ambiguidades no contrato, e a nulidade de cláusulas contratuais somente poderia ser declarada se fosse tolhido do aderente direito resultante da própria natureza do negócio.³² Portanto, considerando que no caso do

30 O vasto numero de julgados determinando a revisão da cláusula de foro vão exatamente no sentido de que o foro do aderente seria natural ao negócio, com base em dispositivos do Código de Processo Civil.

31 TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*, 2. ed. Rev e at. Método: São Paulo, 2007, p. 308.

32 O vasto numero de julgados determinando a revisão da cláusula de foro vão exatamente no sentido de que o foro do aderente seria natural ao negócio, com base em dispositivos do Código de Processo Civil.

contrato de adesão entre dois profissionais pode haver cláusulas que coloquem o aderente em situação de manifesto desequilíbrio, o enunciado ora proposto está em absoluta sintonia com os princípios da função social do contrato e da boa-fé. Conforme defendem Humberto Theodoro Júnior, Judith Martins Costa, dentre outros renomados doutrinadores, a revisão de contratos desequilibrados tem sido cada vez mais admitida pela doutrina e pode conviver harmonicamente com o princípio da obrigatoriedade contratual (*pacta sunt servanda*). Caso contrário, haveria na contratação de adesão entre dois profissionais um espaço inadmissível, dentro da principiologia do novo Código Civil, de utilização abusiva e inaceitável de uma autonomia **absoluta** da vontade, sem maiores limitações em desfavor do aderente.

Art. 422

Autora: Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Enunciado: Complementação ao Enunciado n. 26 da I Jornada de Direito Civil: A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo os princípios do equilíbrio econômico e função social, estes abrangidos pelo princípio da boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes e os reflexos em relação a terceiros à relação negocial.

Justificativa: Atualmente, na relação contratual, além dos efeitos entre as partes, devem-se observar os efeitos que surgirão em relação a terceiros, sejam eles diretos ou indiretos. Pois os contratos não são apenas um meio de formalização do interesse individual das partes, mas também um meio de adequação social. Com base nisso, caberá ao juiz interpretar o contrato, se – no momento pré-contratual, na sua execução e na sua conclusão – houve observância do princípio da boa-fé objetiva. Este *significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes* (Claudia Lima Marques, p.107). Porém, segundo Teresa Negreiros³³, *em comparação com o princípio do equilíbrio contratual e com o da função social do contrato, a boa-fé evoca uma tal amplitude que, para certos autores, ambos esses princípios estariam, na verdade, abrangidos pela boa-fé, não passando de duas de suas múltiplas arestas. Assim é que, sob este ponto de vista, a correlação estabelecida entre a boa-fé e a normativa constitucional se ajusta igualmente aos demais princípios.* Portanto, é essencial a análise hermenêutica do contrato observando os princípios da boa-fé objetiva em conjunto com os princípios do equilíbrio econômico e função social.

Arts. 422, 423 e 424

Autor: Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha

33 NEGREIROS, TERESA. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. 2002. p. 115-116.

Enunciado: Em contratos de financiamento bancário, a retribuição pelo uso do capital da instituição financeira há de ser feita tão somente pela estipulação de juros remuneratórios ou taxas de retorno, mostrando-se abusivas cláusulas contratuais de repasse de custos administrativos (como análise do crédito, abertura de cadastro, emissão de fichas de compensação bancária etc.), seja por estarem intrinsecamente vinculados ao exercício da atividade econômica, seja por violação ao princípio da boa-fé objetiva e ao seu dever anexo da informação, seja ainda, analogicamente, por contrariedade ao art. 51, inc. XII, do CDC.

Justificativa: Dentro de um regime capitalista, pautado na livre iniciativa, os fornecedores embolsarão os lucros provenientes da venda de seus produtos ou prestação de seus serviços, mas lhes é vedado **transferir para os contratantes custos e riscos que vão além da lucratividade própria da atividade desenvolvida**. Ora, no negócio jurídico de mútuo bancário, o lucro próprio é proveniente da cobrança de juros remuneratórios ou mesmo da comissão de permanência, retribuição paga pelo uso do capital pertencente à instituição financeira. **Afora isso, a cobrança de outras taxas ou tarifas pelas instituições financeiras significa clara tentativa de repassar custos administrativos que não poderiam ser transmitidos para o contratante, pois fazem parte da própria atividade econômica desenvolvida e dos riscos a ela inerentes, por aquelas devendo ser suportada**. Assim é que cláusulas de repasse de custos administrativos como a análise do crédito, abertura de cadastro, emissão de boletos bancários etc., colocam o consumidor ou contratante mais fraco em situação de extrema desvantagem contratual perante o fornecedor ou contratante mais forte, contrariando assim a cláusula geral da boa-fé objetiva presente no inc. IV do art. 51 do CDC e em seu § 1º e no art. 422 do CC 2002. De igual modo, tais cláusulas, geralmente com siglas ou nomes bancários próprios, contrariam também a proteção formal presente no art. 46, *parte final*, do CDC, pois não fornecem ao consumidor todas as informações sobre sua finalidade, sentido e alcance. Por fim, tais cláusulas são ainda completamente abusivas à luz do art. 51, XII, do CDC, analogicamente: *XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor*.

Arts. 423 e 424

Autor: Luciano Benetti Timm

Enunciado: Os arts. 423 e 424, por tratarem de contratos de adesão, incentivam decisões judiciais uniformes a seu respeito, a fim de evitar tratamento desigual do Judiciário em situações análogas.

Justificativa: Em recente pesquisa de campo conduzida pela PUCRS com recursos do CNJ, evidenciou-se excesso de processos cíveis no Brasil, repetitivos e movidos por diversos interesses que não a promoção da Justiça. O Poder Judiciário acaba sendo utilizado em excesso para situações já enfrentadas e resolvidas em instâncias superiores. Há a necessidade

de se ter presente o custo envolvido para o Judiciário repetir julgamentos, deixando de gastar estes recursos com o treinamento de juízes, ou aparelhamento de sua estrutura. Ademais, deve-se ter presente que contratos padronizados requerem decisões harmônicas, sob pena de injustiça e desigualdade no tratamento de iguais.

Art. 424

Autor: Marco Aurélio Bezerra de Melo

Enunciado: A cláusula de renúncia ao direito de indenização e retenção por benfeitorias necessárias é nula de pleno direito em contrato de locação de imóvel urbano feitos nos moldes do contrato de adesão, não se afrontando o teor do art. 35 da Lei 8245/91 e Súmula 335 do STJ que apenas se aplicam aos contratos de locação paritários.

Justificativa: A nulidade textual disposta no art. 424 do Código Civil deve se aplicar no presente caso, pois se trata de situação em que o aderente renuncia antecipadamente a direito que naturalmente seria garantido não fosse a existência da cláusula restritiva. Com efeito, nos contratos de locação de imóvel urbano feitos nos moldes de contrato de adesão, a cláusula pela qual o locatário renuncia a eventual direito de indenização e retenção de benfeitorias necessárias é abusiva, ofendendo o sistema jurídico que defere indenização em caso de benfeitorias necessárias até mesmo para o possuidor de má-fé (art. 1220, CC) a fim de se arrostar o enriquecimento sem causa. Há também vulneração da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Não se pode olvidar que o locador é obrigado a transferir a posse do imóvel em condições de servir para o fim a que se destina e o locatário tem o dever de zelar pela coisa locada como se fosse sua. No momento da celebração do contrato, o locatário sequer pode imaginar que terá que realizar obras indispensáveis à manutenção da coisa. A aprovação da presente proposição harmoniza-se com o Enunciado 424 da IV Jornada de Direito Civil que dispõe: *arts. 424 e 828. No contrato de fiança é nula a cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem quando inserida em contrato de adesão.*

Art. 439, parágrafo único

Autor: Anderson Freire de Souza

Enunciado: A responsabilidade pelo não cumprimento do fato de terceiro, cônjuge do promitente, será restrita apenas à parte desse no patrimônio do casal, independentemente do regime de bens.

Justificativa: O intuito da norma é proteger o patrimônio do cônjuge que não praticou o fato prometido pelo seu consorte. Aquele que contrata com alguém, cuja promessa de fato de terceiro se dirige a seu próprio cônjuge, tem todas as razões do mundo para confiar que conseguirá o fato prometido, por motivos óbvios. Assim, não se afigura plausível nem justa interpretação no sentido de afastar a responsabilidade do promitente pelos simples fato de

ser o terceiro seu cônjuge e haver possibilidade de invasão na meação a este pertencente. A não invasão no patrimônio do cônjuge do promitente é suficiente para protegê-lo. Qualquer que seja o regime de bens, basta proteger sua parte de uma eventual execução daquele a quem se prometeu o fato não realizado. Portanto, excluir a responsabilidade do promitente, nesses casos, é eliminar a confiança em prol, muitas vezes, de um capricho daquele que nega a conduta por outrem prometida

Art. 442

Autor: Daniel Cordeiro Peracchi

Enunciado: A pretensão ao abatimento do preço, veiculada na ação estimatória, possui caráter subsidiário, só devendo ser acolhida caso reste demonstrado que o defeito ou vício na coisa não poderia ser sanado, ainda que a expensas do alienante.

Justificativa: A disciplina dos vícios redibitórios cria para o adquirente duas possibilidades: rejeitar a coisa, redibindo o contrato, ou reclamar abatimento no preço. Sucede que deve ser aplicada, à pretensão estimatória, a doutrina desenvolvida em torno da subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento. A pretensão primária do adquirente deve, assim, residir na tutela específica consistente no reparo do vício, buscando-se trazer a coisa ao estado em que se encontraria se o defeito não existisse, possibilitando-se a opção/conversão pela pretensão de indenização por danos morais e/ou materiais. Desse modo, sempre que exista possibilidade de reparo da coisa, ou seja, sempre que o vício puder ser sanado, quer pela atuação do alienante, quer pela sua condenação na obrigação de indenizar (tutela pelo equivalente), a pretensão ao abatimento do preço deve restar afastada, remanescendo em caráter meramente subsidiário.

Art. 445

Autores: Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva

Enunciado: É de 180 dias (móveis) ou de um ano (imóveis) o prazo para a manifestação do defeito, iniciando-se a partir de então a contagem do prazo decadencial previsto no *caput* do art. 445.

Justificativa: Discute-se se os prazos estabelecidos pelo § 1º devem ser contados a partir do momento em que o vício for revelado, ou se tais prazos são, na verdade, prazos máximos, isto é, quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo decadencial será de 210 dias (180 mais 30), no caso de móveis, e de dois anos, no caso de imóveis, mas sempre a contar da entrega efetiva. A primeira interpretação resulta em se imputar ao alienante uma responsabilidade temporalmente indefinida, uma vez que a qualquer momento poderá aparecer um defeito que, por sua natureza, só então pôde ser descoberto: por maior que seja o tempo decorrido desde a alienação, sempre seria possível atacar o

negócio jurídico, desde que um vício por tanto tempo oculto fosse só muito mais tarde revelado. A crítica a esta solução resulta em se defender, em seu lugar, que os prazos do § 1º do art. 445 se referem ao período no qual os defeitos não de necessariamente ser revelados. Se o defeito só se vem a revelar após 180 dias (no caso de móveis) ou um ano (no caso de imóveis), o negócio jurídico respectivo deveria ser mantido, tudo em nome da estabilidade das relações jurídicas. Assim, seria de 180 dias (móveis) ou de um ano (imóveis) o prazo para a manifestação do defeito, iniciando-se a partir de então a contagem do prazo decadencial previsto no *caput* do art. 445 (30 dias, se móvel; 1 ano, se imóvel).

Art. 446

Autor: João Hora Neto

Enunciado: Revogar a segunda parte do art. 466 do CC, alterando para: mas o adquirente pode denunciar o defeito ao alienante a qualquer tempo no prazo de garantia contratual, e, após, mediante as ações edilícias.

Justificativa: Persiste polêmica doutrinária acerca da exata exegese da segunda parte do artigo em comento, ou seja, *mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência*. À luz da doutrina dominante, o fundamento da responsabilidade pelos vícios redibitórios assenta-se no **princípio de garantia**, segundo o qual todo alienante deve assegurar, ao adquirente a título oneroso, o uso da coisa por ele adquirida e para os fins a que é destinada. O art. 446 do CC como um todo se reporta à garantia convencional, também prevista no CDC (art. 50), segundo a qual esta independe e é complementar à garantia legal, valendo-se aqui a aplicação do **Diálogo das Fontes**, há muito difundido no Brasil pela Professora Cláudia Lima Marques. Efetivamente, o tema dos vícios redibitórios tem tratamento díspare, quer no Código Civil (arts. 441 a 446, CC), quer no CDC (art. 26 e parágrafos). Contudo, em ambos os diplomas (CC e CDC), tais garantias – contratual e legal – são independentes, sendo a garantia contratual um *plus*, um *anexo* voluntário, e que antecede a garantia legal, havendo a complementariedade da garantia legal em relação à garantia convencional. Por assim dizer, em síntese, há uma cumulação de prazos, fluindo primeiro o prazo da garantia contratual e, após, o da garantia legal.

Pois bem, a questão que reputo vexatória refere-se à interpretação literal do dispositivo questionado, quando assim dispõe que, por exemplo: – se o defeito (vício), surgir no prazo de garantia contratual, deve o adquirente proceder a reclamação no prazo decadencial de 30 dias seguintes ao seu descobrimento, mesmo havendo ainda prazo para a garantia. E a respeito dessa casuística, indago: é justo isso? É justa e razoável essa providência rápida, ainda que reste, por exemplo, dois anos e meio do prazo de garantia contratual, considerando, nesse exemplo, que se trata de veículo novo, com garantia de 3 anos e o defeito eclodisse com 6 meses de uso?

Em resposta à indagação, diz uma parte da doutrina que sim, entendendo que é obrigação do adquirente denunciar de logo o defeito ao alienante, no prazo de 30 dias do

seu descobrimento. E sustenta a tese com fundamento no princípio da boa-fé objetiva (art. 422, CC), sob o argumento de que não é por estar amparado pelo prazo de garantia que o comprador deva se prevalecer dessa situação para abster-se de dar ciência imediata do vício ao vendedor.

Contudo, diverjo de tal entendimento, pois advogo que tal prazo – 30 dias – é deveras curto, bastando lembrar, por exemplo, a hipótese de um comprador que, uma vez descoberto o defeito oculto do veículo, tivesse que viajar repentinamente e que somente retornasse passados os 30 dias. Ora, nesse caso, o adquirente decairia de seu direito de ajuizar as ações edilícias ou perderia o seu direito de garantia convencional?

A meu juízo, entendo que nem uma coisa nem outra, haja vista que, ainda que o comprador não procedesse a reclamação no prazo de 30 dias, estando em curso o prazo de garantia contratual, poderia sim reclamar em qualquer momento dentro do prazo de garantia, e, nessa hipótese, estaria a exercer o seu direito à garantia convencional ou, se silente ou inerte, poderia ainda ajuizar as ações edilícias após o término do prazo da garantia convencional.

Ademais, se a garantia contratual é um *plus*, um atrativo a mais para a venda do produto ou do serviço, é notório que favorece também o vendedor, na medida em que é um fator indutor de venda. Assim, sua responsabilidade deve persistir por todo o prazo de garantia, independente de o comprador der ciência de logo, no prazo de 30 dias, do defeito surgente, bastando que o faça dentro do prazo de garantia contratual.

Na verdade, tamanha exiguidade do prazo para denunciar o defeito (30 dias) fere o princípio da boa-fé objetiva relacionado ao comprador, que tem legítimas expectativas na aquisição do produto ou do serviço, mas que, por uma questão de menor monta, isto é, a não obediência a um prazo pequeno, vai ter ou terá suprimido o seu direito à garantia convencional.

De conseguinte, à vista do exposto, **sustento a revogação parcial (derrogação) do art. 446, CC, com a alteração da sua segunda parte, na forma da redação acima proposta.**

Art. 456

Autor: Marcos Catalan

Enunciado: A ausência de denúncia à lide do alienante, na evicção, não impede o exercício de pretensão reparatória por meio de via autônoma.

Justificativa: A denúncia do alienante – direto ou não – à lide é facultativa. Sua não observância não impede o evicto de – pela via autônoma – haver as verbas que lhe são devidas em razão da evicção. Pensar de outro modo é defender manifesta incoerência e estimular o desrespeito à isonomia. Se evicção é hipótese de cumprimento imperfeito da prestação, como tal deve ser tratada. Qualquer outra leitura deve ser afastada, mormente quando

produz injustificável – e lesivo – tratamento ao evicto. É inconcebível que quando uma parte seja lesada pela mora, cumprimento inexato ou inadimplemento de obrigação negocial, o prazo para exercício da pretensão seja mais que suficiente para a satisfação dos interesses em pauta, enquanto o previsto para o exercício da garantia legal nos casos de evicção, não. Hialina a violação do princípio constitucional da isonomia na tese da obrigatoriedade da **denúnciação à lide na evicção** e assim, a falta de comunicação do alienante não pode ser um óbice à reparação dos prejuízos suportados pelo evicto, embora, não se negue a utilidade da figura, nem os riscos decorrentes da opção pela via autônoma.

Art. 463, parágrafo único

Autor: Marcelo Guimarães Rodrigues

Enunciado: A promessa de permuta de imóveis afigura-se modalidade de contrato atípico passível de registro no Serviço de Registro Imobiliário.

Justificativa: Contrato típico que, por sua utilidade e função social, se insere no princípio da liberdade de contratar. Submete-se ao mesmo regime da compra e venda, com exceção de algumas regras específicas e que não autorizam sua regulamentação em capítulo próprio. Ambos podem ter por objeto coisa atual ou futura. A permuta de imóvel por unidade autônoma futura não fere o conceito segundo o qual por permuta entende-se a troca de coisa por coisa, ou mais propriamente, de bem por bem. O seu ingresso no fólio real é providência que confere eficácia, irradia publicidade a terceiros e resguarda a segurança jurídica. Além disso, afasta a praxe de se rotular o negócio *como compra e venda com promessa de dação em pagamento, ou compra e venda com preço convertido em obrigação de fazer, ou como dupla compra e venda com compensação de preço (sic)*.

Art. 463, parágrafo único

Autor: Christiano Cassettarri

Enunciado: O contrato de promessa de permuta e o de doação de bens imóveis devem ser registrados na matrícula imobiliária para produzir efeito perante terceiros, mesmo que tais títulos não estejam descritos no art. 167, inc. I, da Lei 6.015/73, por força do conteúdo do parágrafo único do art. 463 do CC que determina a necessidade do contrato preliminar (em qualquer uma de suas modalidades) ser levado ao registro competente, que no caso é o RI. O art. 463 do CC demonstra que o rol de títulos registráveis do art. 167, inc. I, da Lei 6.015/73, é exemplificativo.

Justificativa: O contrato preliminar é aquele apto a gerar obrigações para as partes, mormente a de celebrar o definitivo. Em que pese a sua mais famosa hipótese ser a promessa de compra e venda de bens imóveis, há outros que podem ser celebrados, bastando determinar a celebração de um contrato definitivo, tais como a promessa de permuta e a

promessa de doação. A promessa de permuta, atualmente, tem sido muito utilizada, em razão do aquecimento do mercado imobiliário, pois há muitas construtoras que oferecem aos proprietários do terreno onde desejam realizar a incorporação imobiliária, algumas unidades no futuro empreendimento. Em caso de aceite do dono do solo de permutar o terreno por futuras unidades, há de se levar o contrato preliminar de promessa de permuta para ser registrado na matrícula do imóvel, haja vista que até o final da incorporação não haverá a abertura das matrículas individualizadas, razão pela qual se faz necessário o registro para impedir a existência de um terceiro de boa-fé que possa adquirir a propriedade do terreno ou o tome em garantia. O primeiro argumento para que tal contrato seja levado à matrícula do imóvel é o fato do art. 533 do Código Civil determinar a aplicação das regras do contrato de compra e venda ao de permuta, e como o art. 167, inc. I, item 18 e 20, da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) permite o registro do contrato preliminar de compra e venda de imóveis no fôlio real, o mesmo tratamento deve ser dado ao contrato de promessa de permuta. O segundo argumento, mais forte de todos, é que o parágrafo único do art. 463 do Código Civil determina que seja feito o registro do contrato preliminar no cartório competente, que no caso de bens imóveis é o Cartório de Registro de Imóveis. Assim sendo, pelo mesmo motivo, o contrato de promessa de doação, que passou a ser aceito por nossa jurisprudência, deve, também, poder ser registrado na matrícula do imóvel para ser oponível *erga omnes*.

Art. 474

Autores: Rebeca Garcia e Vitor Butruce

Enunciado: A cláusula resolutiva expressa produz seus efeitos extintivos independentemente de pronunciamento judicial. Basta ao titular do direito potestativo de resolução, regularmente previsto em cláusula contratual, comunicar extrajudicialmente ao inadimplente a extinção do contrato, sem prejuízo de posterior propositura de ação, se julgar necessário, para a produção de determinados efeitos materiais da resolução, como a reintegração na posse ou a reparação dos danos causados pelo inadimplemento. Diferencia-se, assim, do direito de resolução legal, que depende de prévio pronunciamento em juízo para produzir seus efeitos extintivos.

Justificativa: O art. 474 do Código Civil estabelece regime diferenciado para a resolução convencional e a legal, prescrevendo, para a primeira, efeitos de pleno direito. Algumas decisões, porém, têm desconsiderado essa distinção, reputando imprescindível provimento em juízo para reconhecer efeito à cláusula resolutiva expressa. Essa perspectiva esvazia o sentido do mecanismo liberatório, equiparando-o, na prática, à cláusula resolutiva tácita, e desconsiderando o expresse comando legal. Trata-se de institutos distintos, cujo traço distintivo essencial reside na necessidade ou não de intervenção judicial prévia. Pela dicção do art. 474, o contratante fiel, para exercer o direito potestativo extintivo previsto regularmente em cláusula contratual, não precisa pleitear pronunciamento prévio em juízo, bastando que manifeste por meios extrajudiciais inequívocos – ou pelos meios contratualmente definidos – o interesse na resolução. A cláusula resolutiva expressa, destinada a regular o exercício e os efeitos da resolução de forma diversa do regime legal, e de acordo com os interesses

postos em relevo na economia do contrato, atua, assim, como **instrumento de defesa do contratante fiel**. O art. 474 tem como consequência prática, essencialmente, a **inversão do ônus da iniciativa judicial**: a contraparte é que terá o ônus de demonstrar em juízo que não se verificaram os pressupostos para a resolução, ou que o direito extintivo foi exercido abusivamente. O contratante fiel, por sua vez, somente precisaria se valer da via litigiosa para exigir alguns efeitos materiais da resolução, caso necessário, como a reintegração na posse ou o ressarcimento dos danos causados pelo descumprimento; ou, se preferir, para ver declarada a legitimidade de sua conduta. A propositura de demanda prévia, portanto, não é pressuposto de eficácia da cláusula resolutória expressa; é, antes, uma possível consequência.

Art. 474

Autor: Vitor Butruce

Enunciado: O art. 476 do Código Civil permite ao contratante fiel recusar o cumprimento de uma obrigação enquanto a contraparte não assegurar o adimplemento da obrigação correspondente devida prévia ou simultaneamente. Trata-se de um legítimo **direito a não cumprir**, cujo exercício afasta os efeitos de um inadimplemento imputável ao contratante fiel e independe da propositura de demanda, mas pode ser objeto de reconhecimento em juízo.

Justificativa: A tradição jurídica brasileira costuma extrair do art. 476 tão somente uma defesa processual oponível pelo demandado contra o inadimplente. No entanto, a redação codificada oferece ao intérprete mais do que uma matéria de defesa perante um pedido de cumprimento, pois não se restringe a facultar ao réu opor uma exceção em juízo: o texto permite, de modo amplo, que o contratante fiel recuse o cumprimento de uma obrigação sua enquanto a contraparte não assegurar o adimplemento da obrigação. Assim, explorados seus limites interpretativos, o art. 476 confere ao contratante fiel um legítimo **direito a não cumprir**, pois o autoriza a recusar o cumprimento. Esse direito tem natureza potestativa e independe da propositura de demanda, embora possa ser reconhecido em juízo. Além disso, por permitir a recusa do cumprimento de uma obrigação, a regra tutela o contratante fiel na sua condição de **devedor**, permitindo a suspensão da exigibilidade de uma obrigação sua enquanto não lhe for assegurado o atendimento de seus interesses contratuais legítimos – mediante o adimplemento da obrigação correspondente, devida prévia ou simultaneamente. Ainda, por consequência, a regra afasta os efeitos de um inadimplemento imputável ao contratante fiel. A utilização desse **direito a não cumprir** pode ser mais útil aos interesses do contratante fiel do que a adoção de outras medidas: pode ele, por exemplo, recusar-se a cumprir enquanto a contraparte não o fizer, e até mesmo ir a juízo buscar o reconhecimento de que não está obrigado a cumprir, elidindo os efeitos da mora sem que lhe seja exigido o depósito prévio de sua prestação, persuadindo a contraparte a adimplir sem precisar mover ação de cumprimento. Trata-se de iniciativa que, conforme as circunstâncias, pode ser mais efetiva e menos custosa do que a resolução contratual, a execução específica da obrigação ou a reparação dos danos.

Art. 475

Autor: Cristiano de Sousa Zanetti

Enunciado: A resolução da relação jurídica contratual também pode decorrer do inadimplemento antecipado.

Justificativa: No curso da relação contratual, o comportamento do devedor pode evidenciar que a prestação a seu cargo não será cumprida, mesmo que ainda não tenha expirado o respectivo prazo de execução. Isso se dá se o devedor declara não pretender cumprir o pactuado ou se deixa de tomar as providências necessárias ao adimplemento, a ponto de comprometê-lo de maneira irremediável. Caso o inadimplemento seja certo, não há porque submeter a parte inocente a uma espera destituída de sentido e que, em dados casos, pode agravar a extensão dos prejuízos. Raciocinar em sentido contrário premiaria a conduta desleal, em detrimento do contratante probo. Trata-se de inversão de valores que não pode ter lugar no âmbito do direito privado. Repudiar a deslealdade é imprescindível à preservação do princípio da boa-fé, cuja centralidade para o direito dos contratos não comporta discussão. Segue-se daí que a parte inocente poderá desde logo pretender a resolução da relação jurídica contratual fundada no inadimplemento antecipado, nos termos do art. 475 do Código Civil. Trata-se de orientação defendida pela doutrina pátria desde meados do séc. XX, aplicada pela jurisprudência e que encontra respaldo nos projetos de unificação do direito dos contratos, notadamente o art. III. – 3:504 do *Draft Common Frame of Reference* e o art. 7.3.3. dos Princípios Unidroit.

Art. 477

Autor: Cristiano de Sousa Zanetti

Enunciado: A exceção de insegurança também pode ser oposta à parte cuja conduta põe em risco a execução do programa contratual.

Justificativa: Caso a conduta de uma das partes submeta a risco a execução do avençado, o contratante inocente pode desde logo suspender o cumprimento da respectiva prestação, com arrimo na interpretação analógica do art. 477 do Código Civil. Trata-se de uma decorrência da boa-fé, pois não é dado a quem põe em perigo o pactuado ignorar a repercussão da própria conduta, para exigir o adimplemento alheio. O direito privado não confere espaço para que os contratantes adotem critérios distintos para julgar e julgar-se. Para evitar a caracterização do *tu quoque*, vedado pelo art. 187 do Código Civil, a parte honesta pode sustar a execução da própria prestação, até que o outro contratante cumpra aquilo a que se obrigou ou, ao menos, ofereça garantia de que irá fazê-lo no momento azado. Dada a identidade de fundamentos, tem lugar o recurso à analogia, destinada, em última análise, a evitar que situações essencialmente idênticas sejam julgadas de modo diverso. A aplicação analógica do art. 477 fomenta, ademais, a comunicação e cooperação entre as partes, do que decorre o aumento das chances de que o contrato venha a ser integralmente cumprido. Trata-

se de orientação recentemente defendida pela doutrina brasileira e que encontra respaldo no art. 71 da Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, no art. III. – 3:401 do *Draft Common Frame of Reference* e no art. 7.3.4. dos Princípios Unidroit.

Art. 478

Autora: Paula Greco Bandeira

Enunciado: É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione à álea assumida no contrato.

Justificativa: O princípio do equilíbrio econômico dos contratos, relativo à moderna teoria contratual, incide indistintamente sobre todas as relações contratuais, irradiando seus efeitos também aos contratos aleatórios. O desequilíbrio tradicionalmente atribuído aos negócios aleatórios diz respeito estritamente ao evento eleito pelos contratantes, de realização incerta, o qual, uma vez verificado, opera a repartição dos lucros e perdas consoante o regulamento contratual. Tal evento, todavia, não se confunde com outros eventos, de natureza imprevisível e extraordinária, que em nada se relacionam com a álea definida pelas partes no contrato aleatório. Assim, por exemplo, na compra e venda da safra (art. 458, Código Civil), em que o comprador se obriga a pagar o preço pela safra, ainda que ela não se verifique em certo termo, a verificação da safra é o evento escolhido pelas partes como apto a deflagrar a repartição dos benefícios e perdas decorrentes do negócio. Mas nada impede que outros eventos, como a imprevisível e extraordinária disparada do preço da *commoditie* objeto do contrato torne o preço avençado muito inferior àquele constatado no momento da execução contratual, acarretando extrema vantagem ao devedor, de modo a desequilibrar o contrato. Se assim é, há que se admitir, na esteira de outros institutos previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro para proteger o equilíbrio econômico da contratação (exs. arts. 620 e 770, parte final, Código Civil), a possibilidade de aplicação da teoria da excessiva onerosidade aos negócios aleatórios, desde que o evento extraordinário, imprevisível, externo aos contratantes, que cause o desequilíbrio, seja estranho à álea assumida pelas partes no contrato aleatório.

Art. 478

Autora: Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Enunciado: No art. 478 do Código Civil o vocábulo “devedor” há de ser interpretado como “parte lesada” a fim de possibilitar que o credor também esteja albergado pela proteção contida na teoria da imprevisão, garantindo-se, assim, o caráter bilateral da legislação e a proteção isonômica a ambos os contratantes em cumprimento ao princípio da socialização dos contratos.

Justificativa: O objetivo da aplicação da teoria da imprevisão é reequilibrar os pactos a fim de evitar o enriquecimento de uma parte à custa da outra, tanto é que, pelo texto legal, há a exigência de vantagem extrema à outra parte. Assim, se a teoria da imprevisão objetiva reequilibrar os pactos, também deveria garantir a aplicação do princípio constitucional da isonomia previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal que garante aos brasileiros igualdade de tratamento, especialmente pela legislação. Esta igualdade é claramente violada pelo disposto no art. 478 do Código Civil uma vez que o dito artigo traz a previsão de que somente ao devedor é facultado o pedido de resolução do contrato quando for acometido por onerosidade excessiva. Nega-se, portanto, o caráter bilateral da justiça garantido pela Carta Magna. Ademais, em nosso ordenamento jurídico o próprio art. 317 do Código Civil, que também trata da teoria da imprevisão, faculta que o reequilíbrio da relação negocial, resolução ou revisão do pacto, seja realizado pelo Poder Judiciário por meio de requerimento da parte. Portanto, autoriza tanto ao credor quanto ao devedor pleitear a aplicação da Teoria da Imprevisão em vista da onerosidade excessiva, o que também deveria ser garantido pelo art. 478 e seguintes. Firma-se, assim, o entendimento segundo o qual para que o art. 478 e seguintes do Código Civil Brasileiro garantam a aplicação do princípio constitucional da isonomia é preciso estender ao credor a previsão contida nos referidos artigos, o que também coaduna com o objetivo maior dos contratos, qual seja o cumprimento da função social destes, conforme previsto no art. 421 do mesmo diploma legal.

Art. 478

Autor: Luciano Benetti Timm

Enunciado: A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e alocação de riscos por eles assumidos com o contrato.

Justificativa: Um mundo complexo e globalizado tende a potencializar os efeitos econômicos de crises surgidas em outros países e é muito difícil prever acontecimentos catastróficos. Contudo, a utilização dos contratos para promoção de justiça distributiva, sobretudo em relações empresariais, traz sérios riscos ao mercado, podendo prejudicar àqueles que a decisão pretendia beneficiar. Por exemplo, houve bastante dificuldade de financiamento de veículos via *leasing* em dólar por conta de decisões judiciais que repartiram o prejuízo da variação cambial. Quem mais sofreu com estas decisões podem não ter sido os bancos, mas os clientes que deixaram de fazer os contratos de *leasing* que foram retirados do mercado.

Arts. 478 e 317

Autora: Paula Greco Bandeira

Enunciado: Os arts. 317 e 478 devem ser interpretados conjuntamente para permitir a aplicação da teoria da excessiva onerosidade em favor do credor.

Justificativa: Embora o art. 478 se refira apenas ao devedor como legitimado para invocar a excessiva onerosidade, também ao credor deve ser atribuído o direito de se valer deste remédio caso haja imprevisível e extraordinária desvalorização da prestação esperada, superveniente à contratação. Com efeito, o evento superveniente, extraordinário, imprevisível e alheio aos contratantes pode atingir a prestação aguardada pelo credor, de modo a acarretar extrema vantagem ao devedor desta prestação. Exige-se, nesta direção, que a prestação desvalorizada e a contraprestação do credor não tenham ainda sido executadas. O exemplo típico de onerosidade excessiva do credor é o da superveniente, extraordinária e imprevisível desvalorização monetária que atinge a prestação em dinheiro do devedor, tornando-a insuscetível de remunerar a contraprestação a ser satisfeita pelo credor, de modo a acarretar desequilíbrio econômico ao contrato. Neste sentido, o art. 317 do Código Civil, ao autorizar o juiz a corrigir a prestação, a pedido da parte, com vistas a assegurar o seu valor real, caso haja superveniente desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, por força de motivos imprevisíveis, permite a utilização da teoria da excessiva onerosidade pelo credor. Por isso mesmo, o art. 317 autoriza interpretação ampliativa do art. 478, de sorte a permitir que também o credor invoque a teoria da excessiva onerosidade em seu favor.

Arts. 482 e 488

Autor: Gerson Luiz Carlos Branco

Enunciado: A unificação das obrigações civis e mercantis manteve a autonomia do contrato de compra e venda como modelo multifuncional, regulado sob regime diverso conforme a estrutura da relação jurídica seja civil, empresarial ou de consumo. O art. 482 do Código Civil tem incidência restrita nas relações de consumo e empresariais, pois considera **essencial**, para a existência do contrato, o ajuste sobre o preço. Já o art. 488 do CC incide unicamente nas relações empresariais e de consumo, pois dispensa ajuste expresso sobre o preço, o que somente é possível quando existe **preço habitual**, situação característica das relações de consumo e empresariais.

Justificativa: A unificação legal das obrigações civis mantém um regime diferenciado para compra e venda. Entre outras modalidades, continua vigente no nosso direito o regime da compra e venda mercantil, assim como de uma compra e venda das relações de consumo, em verdadeira multifuncionalidade de um determinado modelo jurídico.

Essa diferença não está somente no regime diferenciado dos vícios redibitórios, ou na possibilidade de emissão de duplicatas, do regime diferenciado da oposição de exceções, ou até mesmo na consideração de que o acordo sobre o preço não é *essentialia negotia* na compra e venda empresarial. A diferença está na adoção de uma concepção de liberdade contratual que reflete na sua mais extensa profundidade a expressão de Enzo Roppo, segundo o qual o **contrato é a veste jurídica das operações econômicas**. A estruturação do sistema contratual no Código Civil recepcionou a longa trajetória de construção das regras que disciplinam a compra e venda,

bem como tratou de unificar sistematicamente as duas áreas do Direito Privado para submetê-lo a um regime principiológico comum, com uma forte tônica no princípio da socialidade e eticidade positivados nos arts. 421 e 422 do Código Civil.

Art. 488

Autor: Cristiano de Sousa Zanetti

Enunciado: Na falta de acordo sobre o preço, não se presume concluída a compra e venda. O parágrafo único do art. 488 somente se aplica se houver diversos preços habitualmente praticados pelo vendedor, caso em que prevalecerá o termo médio.

Justificativa: O art. 488 reconhece às partes o poder de concluir a chamada compra e venda com preço aberto. Trata-se de negócio por força da qual comprador e vendedor decidem se vincular desde logo, a despeito de não indicarem elementos que permitam determinar o preço. A norma serve a secundar a autonomia privada e é especialmente vocacionada para disciplinar contratos concluídos em caráter habitual ou emergencial. Não há espaço para aplicar o dispositivo legal, todavia, se os candidatos a contratante condicionarem a conclusão contrato à prévia definição do preço. Sua incidência pressupõe que as negociações tenham chegado a bom termo. Seu texto, destarte, não pode ser invocado para surpreender as partes com a formação do vínculo quando ainda estão a negociar. Segue-se daí que, na falta de acordo sobre o preço, deve-se presumir que ainda não foi concluída a compra e venda. O vínculo somente surgirá se houver outros elementos que evidenciem ser essa a intenção comum das partes. Isso pode ocorrer por meio de declaração expressa ou, como é mais frequente, em virtude da execução do contrato, conforme, aliás, já dispunha o art. 193 do Código Comercial de 1850. O parágrafo único não infirma essa conclusão. No texto, “falta de acordo” não é sinônimo de dissenso sobre o preço. A preservação do sentido do direito dos contratos confina sua incidência à hipótese de haver diversos preços praticados pelo vendedor, caso em que **prevalecerá o termo médio**.

Art. 500, § 3º

Autora: Luciane Curty Romero Veloso

Enunciado: Somente pode ser considerada enunciativa a referência às dimensões do imóvel quando estas sejam de natureza aproximada, com utilização de advérbios ou locuções adverbiais que indicam indeterminação ou indefinição da metragem, jamais quando as dimensões são afirmadas de modo expresso e indubitoso no instrumento.

Justificativa: O art. 500 do CC/2002, reproduzindo artigo análogo do CC/1916, nem precisaria estar incluído na atual legislação, pois seus efeitos decorrem da aplicação direta do princípio da boa-fé objetiva. Nesse sentido, conjugando a interpretação desse artigo com o primado da boa-fé objetiva, não se pode admitir que o comprador seja iludido pelo

vendedor que afirma determinada metragem, de forma expressa, incontestável, protegendo tal compra e venda de má-fé como se fosse *ad corpus*. Portanto, para que a área seja considerada enunciativa e a compra e venda seja considerada *ad corpus*, a medida da área deve vir acrescida de advérbios ou locuções adverbiais que indiquem indeterminação, aproximação ou indefinição da metragem (como “cerca de”, “aproximadamente” etc.).

Art. 518

Autor: Marcos Catalan

Enunciado: Sem prejuízo do direito às perdas e danos, o titular do direito de preferência com fonte no contrato tem pretensão reipersecutória se a cláusula a ele alusiva puder ser conhecida pelo terceiro adquirente.

Justificativa: A cláusula de preempção ou preferência vincula o comprador que pretenda alienar o bem outrora adquirido, a ofertá-lo, antes, ao **antigo** vendedor, repetindo, com exatidão, a oferta recebida de terceiro ou a ser apresentada a esse. A violação desse dever, consoante orientação da doutrina majoritária, daria ensejo, apenas, às perdas e danos, leitura que, dentre outras perplexidades, (a) retira da figura parte de sua utilidade, ao inviabilizar a obtenção de tutela específica, (b) propaga solução potencialmente contrária ao sistema, ao afastar a possibilidade de atribuir-se à aludida cláusula **eficácia real** – oponível, portanto, a terceiros –, se atendidos os pressupostos necessários e, (c) criando, ainda, o problema de aplaudir o desrespeito à função social do contrato – na vertente da tutela externa do crédito – quando o terceiro opte por pagar as perdas e danos. Sendo inegável que a relação negocial pode produzir efeitos para além das partes e que aos terceiros se impõe o dever de não dificultar (ou impedir) o adimplemento da prestação, a violação do pacto de preferência – por terceiro que o conhece ou deveria conhecê-lo – abre portas para a via reipersecutória, sem prejuízo do exercício da pretensão às perdas e danos. Por isso, se a cláusula de preferência for levada à Registro Público – ou puder ser conhecida pelo terceiro adquirente por qualquer outro modo – produzirá eficácia real, autorizando o contratante prejudicado por aquele (o terceiro), a haver a coisa para si, desde que deposite o preço e demais despesas de transferência.

Arts. 521 e 524

Autora: Denise Sá Vieira Carrá

Enunciado: É possível a alienação da posse da coisa, mesmo pendente a cláusula de reserva de domínio entre o vendedor originário e o (sub) vendedor posterior, remanescendo ineficaz para o terceiro adquirente a constituição do domínio pleno sem que antes tenha integralizado o débito correspondente perante o vendedor originário.

Justificativa: Há, na doutrina, uma consolidada corrente contrária a que o comprador possa alienar a coisa antes do integralizado o preço. Outra parte sustenta a possibilidade de venda

pelo comprador, sob o argumento de que o ônus decorrente do pacto adjeto igualmente é transferido, o que vem a ser a posição adotada pela dogmática francesa. Mas em nosso ordenamento é possível superar esse impasse lógico-jurídico por meio das seguintes formas: a) considerando-se a venda apenas da posse, assumindo o terceiro adquirente os riscos inerentes à aquisição da propriedade; b) em virtude da assunção de dívida (art. 299 do CC) e, ainda; c) da cessão da posição contratual. Assim, nada impede que o comprador possa não apenas transferir a dívida a um terceiro, como também lhe será possível ceder a própria posição de comprador, com todos os ônus e vantagens respectivas. Em ambos os casos, haverá o vendedor (ou o financiador) de assentir expressamente na substituição do comprador originário. Ratificada a cessão do contrato pelo vendedor proprietário, não há dúvidas de que a posse será tanto justa como de boa-fé, pelo menos até a configuração de um possível inadimplemento pelo devedor. As inovações do Direito francês a esse respeito poderiam ser objeto de incorporação pelo Direito brasileiro já que, sem desconhecer a realidade social, dão alguma sistematicidade a esse intrincado problema, de modo que seria possível a alienação, senão da coisa, pelo menos da posse dela, mesmo pendente a cláusula de reserva de domínio entre o vendedor originário e o (sub) vendedor posterior, desde que fosse acompanhado do necessário ônus real para sua reivindicação contra o terceiro adquirente.

Art. 525

Autor: Bruno Leonardo Câmara Carrá

Enunciado: O vendedor poderá executar a cláusula de reserva de domínio após constituir o comprador em mora por meio de protesto público e da interpelação judicial (art. 525 do Código Civil), bem como mediante qualquer outro ato legítimo e documentado por autoridade pública de que o devedor apresenta-se impontual.

Justificativa: Prescreve o art. 525 do Código Civil que o vendedor somente poderá executar a cláusula de reserva de domínio após constituir o comprador em mora, mediante apenas duas formas: protesto do título ou interpelação judicial. A jurisprudência, já com base no art. 1.071 do CPC, sempre destacou que o protesto do título era suficiente para a constituição do devedor em mora, não havendo necessidade de interpelação, salvo se assim optasse o credor. Tal entendimento foi, já na vigência do Código de 2002, confirmado reiteradas vezes pelo STJ, que, recentemente, autorizou a hipótese de incidência do art. 525, admitindo a **simples** notificação extrajudicial como meio igualmente adequado para comprovação da mora. E a parte geral das Obrigações preconiza que se a prestação for positiva e líquida, o inadimplemento no seu termo, constitui, de pleno direito, o devedor em mora (art. 397), mas que não existindo “dies” previamente estabelecido, ou seja, inexistindo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial. Ao contrário do que parece, portanto, o verbo “poderá” não indica faculdade quanto à possibilidade de constituição em mora, mas apenas quanto ao meio. Sob tal perspectiva, não se deve interpretar de modo literal as expressões protesto e interpelação judicial, servindo como tal qualquer ato legítimo e documentado por autoridade pública de que o devedor apresenta-se impontual. Caso,

entretanto, opte o credor pela simples execução da dívida, a leitura dos arts. 1.070 e 1.071 do Código de Processo Civil deixa transparecer a desnecessidade do protesto.

Art. 549

Autora: Rose Melo Vencelau Meireles

Enunciado: Não é nula a doação de ascendente a descendente ou de cônjuge a cônjuge em adiantamento da herança que ultrapasse a parte que o doador poderia dispor em testamento no momento da liberalidade, pois se submete ao regime da colação.

Justificativa: Considera-se inoficiosa a doação que causa prejuízo aos herdeiros necessários. Por este motivo, o art. 549 fulmina de nulidade parcial a doação que ultrapassa a parte que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. Tal limite coincide com aquele imposto ao testador no art. 1789 também em proteção dos herdeiros necessários, a quem compete de pleno direito a metade da herança (art. 1846). Assim, o art. 549 faz parte de um sistema de proteção à legítima dos herdeiros necessários. Entretanto, se a doação é feita de ascendente a descendente ou de cônjuge a cônjuge em adiantamento da herança, não se subordina ao limite do art. 549, na medida em que o instituto da colação mostra-se suficiente para igualar a legítima dos herdeiros necessários e evitar que sejam prejudicados por doação feita pelo *de cuius*. Dessa forma, na doação em adiantamento da herança todo o valor percebido na liberalidade é computado no cálculo da legítima, o que torna irrelevante o fato de a doação caber ou não na metade do patrimônio líquido do doador na data da liberalidade. Isto porque, para efeito de distribuição dos quinhões hereditários, importa o patrimônio líquido no momento da abertura da sucessão, de modo que o acerto e eventual redução das liberalidades (art. 2003, parágrafo único) serão feitos mesmo que o valor da doação coubesse dentro da metade do patrimônio do doador no momento em que foi feita. Justifica-se o enunciado em razão da imprecisão técnica da jurisprudência e doutrina que muitas vezes aplicam o art. 549 às doações em adiantamento da herança.

Art. 587

Autora: Bruna Lyra Duque

Enunciado: O mútuo feneratício firmado com uma finalidade específica de compra de um bem determinado, não sendo consumado o fim ao qual o empréstimo se destinava, sem culpa do mutuário, o mutuante deverá restituir o objeto repassado ao contratante vendedor.

Justificativa: Nos contratos de mútuo firmados com o fim específico de financiar a compra de um bem determinado, se a venda não for efetivada, sem culpa do mutuário, o mutuante deverá restituir ao mutuário o crédito repassado ao vendedor. Nesse caso, os negócios de mútuo e de aquisição do bem formam, no dizer de Antunes Varela (2000, p. 281), um nexó funcional, uma vez que tais contratos são coligados e têm a prestação de uma ampla

relação com a causa do outro. Assim sendo, o mútuo apresenta-se intimamente conectado com a aquisição de um bem e, portanto, não tendo o mutuário culpa na impossibilidade do cumprimento da entrega do bem, a obrigação se resolve. Pode-se, portanto, projetar nas duas relações contratuais uma releitura do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, como ensina Cláudio Luiz Bueno de Gody (2009, p. 155), pois, em rede e conexão, os negócios são entabulados com notável eficácia social.

Art. 589

Autor: Silvano José Gomes Flumignan

Enunciado: A ratificação do mútuo realizado por incapaz pode ser efetuada pelo próprio mutuário após a aquisição da capacidade.

Justificativa: O art. 588 do Código Civil é expresso ao prever a impossibilidade de cobrança de mútuo feito a incapaz. Todavia, o artigo imediatamente seguinte (art. 589) excepciona a regra geral ao prever diversas hipóteses em que há bloqueio do efeito mencionado. A primeira delas diz respeito à ratificação realizada pelo responsável pela autorização. O Código, no entanto, é silente no tocante à possibilidade de confirmação do negócio pelo mutuário após a aquisição da capacidade. O negócio jurídico anulável pode ser convalidado a partir de, pelo menos, dois procedimentos: confirmação expressa ou execução voluntária (art. 175 do Código Civil). A execução voluntária exige o conhecimento do vício quando do cumprimento do negócio (art. 174 do Código Civil). A confirmação expressa exige que haja respeito a direito de terceiros e que o ato de confirmação contenha a substância do ato e a vontade expressa de mantê-lo (art. 173 do Código Civil). Antes da manifestação judicial não se pode falar em anulabilidade (art. 177 do Código Civil). Assim, como o art. 178, III, do Código Civil estabelece o prazo decadencial de 4 (quatro) anos para se pleitear a anulação do negócio jurídico por incapacidade, é perfeitamente possível e razoável que a pessoa adquira a capacidade antes do decurso total do prazo. Tal fato possibilita que ela própria faça a ratificação sem a intervenção do responsável quando da celebração do negócio.

Art. 618, parágrafo único

Autor: João Hora Neto

Enunciado: Revogar o parágrafo único, art. 618, alterando para: O dono da obra terá o prazo de 10 (dez) anos para propor em face do empreiteiro, a contar do término do prazo de garantia, se o vício oculto aparecer dentro deste prazo e terá o prazo do art. 445 e segs. para os demais vícios ocultos.

Justificativa: O dispositivo como um todo trata da empreitada mista (mão de obra e material), envolvendo construções de grande porte (pontes, usinas hidrelétricas, viadutos, represas, prédios industriais etc.), admitindo-se ainda, segundo doutrina moderna, em relação

às instalações para grandes eventos temporários, como feiras, competições, exposições, feitas com materiais removíveis, como toldos de plásticos ou lonas.

In casu, a responsabilidade do empreiteiro deriva de vício de construção – que deve ser oculto, cujo aparecimento só o tempo permite descobrir, **mas relacionado com a solidez e segurança da obra**. Por conseguinte, os demais defeitos ocultos, não relacionados à segurança e solidez da obra, são considerados vícios ocultos regidos pelos arts. 441 e segs. do CC.

Conforme majoritária doutrina, o prazo do *caput* é de ordem pública, por se tratar de um prazo irreduzível, não podendo as partes reluzi-lo e tampouco suprimi-lo. **Esse prazo é de garantia da obra**. Ademais, a natureza jurídica desse prazo quinquenal não é nem de decadência e nem de prescrição e, sim, *de garantia*, o que implica em dizer que, durante tal prazo, persiste a responsabilidade do construtor, independente de qualquer prova de culpa, por se constituir em uma culpa presumida.

Todavia, a questão vexatória, que ora suscito, diz respeito ao prazo de decadência de 180 dias previsto no parágrafo único do CC, senão vejamos:

Eis a casuística: *imagine-se, por exemplo, se no curso do prazo de garantia de 05 anos, após o recebimento da obra (art. 618, caput), surja algum vício ou defeito e o dono da obra, por um motivo qualquer, não tenha ingressado com a ação indenizatória em face do empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do defeito?*

Eis a resposta: *à luz do referido parágrafo único, a pretensão do dono da obra estaria caduca, por força da decadência, não obstante o prazo de garantia em curso.*

E é acerca da resposta encontrada que questiono a validade do dito parágrafo único.

Como sabido, o prazo decadencial de 180 dias somente se aplica ao dono da obra (pessoa física, pessoa jurídica de direito privado ou de direito público) e não a ação de terceiros contra o empreiteiro. De fato, trata-se de um prazo exíguo (180 dias), que a parte poderá não obedecer, por inúmeros fatos da vida, como, por exemplo, problemas de saúde, viagem ou coisa similar.

A meu juízo, o descumprimento de tal prazo, isto é, o não ajuizamento da ação indenizatória no prazo de 180 dias não pode gerar a decadência da pretensão do dono da obra, até porque – *por lógica meridiana* – se o vício de construção apareceu no curso do prazo de garantia (5 anos), este prazo, que é de ordem pública, em favor da sociedade, não pode ser desconsiderado em detrimento do prazo do parágrafo único, posto que, em assim sendo, faz elidir o fim teleológico do prazo de garantia da obra.

Nesse diapasão, segundo entendo, se o vício de construção eclodiu no curso do prazo de garantia (5 anos), cujo início é o recebimento da obra, poderá sim o dono da obra manejar a respectiva ação indenizatória em face do empreiteiro, no prazo de 10 anos, que é o prazo prescricional geral previsto no art. 205, CC, contado este prazo decenário a partir do último dia prazo de garantia, sustentando, na causa de pedir (*causa petendi*), a culpa presumida do empreiteiro.

Já se a empreitada tiver uma feição consumerista, assim regida pelo CDC, por mais razão o dono da obra não estará obrigado a seguir a regra do citado parágrafo único do art. 618, CC, e, sim, poderá ajuizar a ação indenizatória em face do empreiteiro no prazo prescricional de 5 anos (art. 27, CDC), a contar do conhecimento do dano e da sua autoria.

Por tudo isso, pois, **sustento a revogação do parágrafo único do art. 618, alterando-o para a redação proposta**, pois a atual redação do dispositivo em comento se constitui em um paradoxo, em uma antinomia com o prazo do *caput*, em completo descompasso com o princípio da boa-fé objetiva e o princípio civil-constitucional da dignidade da pessoa humana.

Art. 618, parágrafo único

Autor: Flávio Roberto Ferreira de Lima

Enunciado: Nos contratos de empreitada, sujeitos às relações de consumo, o prazo prescricional das ações de reparação, por fato do produto ou serviço, é de 5 (cinco) anos, como preceitua o art. 27, do CDC, iniciando-se a contagem a partir da ciência do defeito ou vício.

Justificativa: O prazo prescricional para os casos de danos causados pelo chamado fato do produto ou serviço nas ações indenizatórias, em face de contratos de empreitada, tem sido objeto de inúmeros sentidos diversos. 1) Entendendo que o **prazo é de 3 (três) anos**, com suporte no CC-2002³⁴; 2) entendendo que o **prazo é de 10 (dez) anos**, por entender inexistente tratamento específico no CC atual e, dessa forma para aplicar o entendimento consagrado na Súmula n. 194 do STJ, adequando-a ao Código atual, que previa o prazo de prescrição de 20 anos, com base no prazo geral do Código Civil de 1916³⁵. Ocorre que o art. 27 do CDC prevê o **prazo de 5 (cinco) anos** para as hipóteses de danos causados em face de fato do produto ou serviço, o que me parece mais adequado diante da especialidade do sistema de proteção ao consumidor. Entendo, portanto, que o prazo mais adequado é justamente o que a jurisprudência não acolhe em geral. Diante de tais entendimentos divergentes, exsurge relevante o posicionamento da Jornada sobre o tema nos termos propostos.

Art. 624

Autora: Bruna Lyra Duque

Enunciado: Em atenção aos deveres anexos inerentes ao princípio da boa-fé objetiva, a lealdade e a informação, ocorrendo o atraso na entrega da obra, o dono da obra poderá

34 BRASIL, TJSP: APELAÇÃO N. 0019193-22.2005.8.26.0100, Relator Itamar Gaino, 21^a. Câmara de Direito Privado, Julgamento em 21/09/2011, Votação unânime.

35 Registro o seguinte precedente: STJ: AgRg no Ag n. 1208663-DF, 3^a Turma do STJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, em 18/11/2010. Dje de 30/11/2010.

escolher entre a pretensão reparatória ou o direito potestativo à resolução do negócio e, nos dois casos, o empreiteiro responderá perante o dono da obra por todo o prejuízo causado.

Justificativa: O atraso na entrega da obra tem sido uma prática cotidiana no mercado imobiliário, em razão disso os adquirentes das unidades imobiliárias têm sofridos diversos prejuízos, tais como: impossibilidade de organização do tempo para utilização da obra prometida, gastos com aquisição de outro bem, gastos com a locação de outro imóvel etc. A fim de minimizar tais prejuízos, torna-se razoável a imputação de uma equilibrada indenização a ser assumida pelo empreiteiro, em decorrência do não cumprimento do contrato no tempo acordado, nascendo, portanto, a pretensão reparatória ou o direito potestativo à resolução do negócio. Nesse ponto, explica Orlando Gomes (2005, p. 206) que *a violação positiva do crédito é admissível entre os modos de inexecução do contrato*. Adverte o renomado autor que, em alguns casos, o pedido de resolução do contrato, apresenta-se como uma especial modalidade de inadimplemento. Trata-se o caso de uma violação positiva da obrigação e, nesse caso, o devedor (empreiteiro) deve indenizar o credor (dono da obra), em razão da lesão aos deveres anexos de informação, lealdade, cooperação e proteção.

Art. 722

Autores: Gustavo Tepedino e Pablo Rentería

Enunciado: Perfaz-se a prestação do corretor com a aproximação útil das partes interessadas no negócio, independentemente de sua celebração.

Justificativa: O corretor, segundo as práticas correntemente adotadas, se obriga a envidar seus melhores esforços para a obtenção de negócios para o contratante. A remuneração do corretor, não obstante, é, no mais das vezes, aleatória, vez que condicionada à realização do negócio pretendido. Não é lícito, contudo, confundir o fato gerador da remuneração com a qualificação da obrigação do corretor, que, de ordinário, não promete a celebração do negócio. Por isso mesmo, a não estipulação do negócio intermediado pelo corretor não caracteriza por si só descumprimento contratual.

Art. 740, § 2º, segunda parte

Autor: Flávio Roberto Ferreira de Lima

Enunciado: Em se tratando de contrato de adesão é ônus da transportadora provar a não ocorrência da hipótese do art. 740, § 2º, segunda parte.

Justificativa: Considerando que nosso País possui passado recente de caos aéreo e o “*overbooking*” tem sido prática comum em nossos aeroportos, atenta-se para a hipótese do contrato de adesão em que o passageiro, mesmo quando deixa de embarcar, por vontade íntima, pode obter o ressarcimento da passagem na hipótese do art. 740, § 2º, segunda parte. O dispositivo legal diz textualmente que *salvo se provado que outra pessoa foi transportada em*

seu lugar, poderá o passageiro obter o ressarcimento do valor da passagem. Considerando a inviabilidade concreta do passageiro provar tal fato sem a contribuição da empresa transportadora e a proteção legal que o consumidor possui em nosso sistema positivo, fica evidente que a inversão do ônus da prova representa medida adequada, justa e legal para conferir efetividade ao dispositivo legal invocado.

Art. 763

Autor: Divaldo Martins da Costa

Enunciado: O art. 763 do CC não se aplica ao contrato de seguro em que o pagamento do prêmio foi ajustado mediante parcelas mensais, havendo, no caso, necessidade de prévia notificação do segurado para constituí-lo em mora.

Justificativa: Em tais casos, as seguradoras pretendem elidir a sua responsabilidade pelo pagamento da indenização securitária invocando a literalidade do art. 763 do CC, *não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação*. Todavia, o egrégio STJ, mitigando a literalidade do citado dispositivo legal, assentou entendimento de que *em se tratando de atraso no pagamento de prestações relativas a prêmio de seguro, é necessária prévia notificação do segurado para feito de sua constituição em mora. O mero atraso no adimplemento de prestação do prêmio não basta a desconstituição de relação contratual* (cf. AgRg no REsp 926.637 – SP).

Art. 844

Autor: Flávio Roberto Ferreira de Lima

Enunciado: A transação, sem a participação do advogado, é ineficaz quanto aos honorários sucumbenciais definidos no julgado.

Justificativa: Nossos tribunais têm sido levados a reformar diversas sentenças que parecem desconsiderar o disposto no art. 844 do Código Civil e o art. 24, § 4º, da Lei n. 8.906/94, pois tais julgados extinguiram demandas por adimplemento da obrigação, tão só, pelo fato de as partes firmarem acordo reciprocamente, mas que, no entanto, não tiveram a presença de um dos seus patronos ou de ambos³⁶. Alguns patronos, menos atentos, não questionam a extinção dos feitos e não executam suas pretensões, embora legitimamente devidas. Mesmo quando os patronos, depois de alertados da irregularidade, requerem o desarquivamento das demandas e executam suas pretensões, muitas delas já estão atingidas pela prescrição, de modo que, inobstante a clareza do dispositivo, parece-me relevante o acolhimento do enunciado proposto.

36 Como exemplo cito o seguinte julgado: TRF – 2ª. AG 200502010091846, Desembargador Federal Leopoldo Muylaert, DJU 29/10/2008, p. 122.

Art. 849

Autor: Guilherme Couto de Castro

Enunciado: É compatível com o art. 849 do Código Civil a possibilidade de – preenchidos claramente os pressupostos legais – anular-se a transação em virtude de lesão ou estado de perigo.

Justificativa: O art. 849 do Código afirma, em seu *caput*, que *a transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa*. Daí resultar o questionamento sobre a possibilidade de a lesão e o estado de perigo serem causa, também, da anulabilidade do acordo. Em primeiro exame parece ter ocorrido apenas uma omissão, e esse cochilo legislativo seria inapto a fazer com que a transação tenha tratamento distinto de outros negócios jurídicos.

A questão é um pouco mais complexa. O Código Italiano, por exemplo, não admite a lesão como apta a anular tais ajustes (art. 1.970). O raciocínio é que a transação, por definição, é ajuste em que os interessados fazem concessões. Dito famoso assinala valer mais um mau acordo do que uma boa demanda. Admitir rever as concessões poderia, desdobrando o raciocínio, acabar por dar ao interessado a vantagem da transação e, de outro lado, a conveniência de poder revê-la, mais tarde, com a alegação do mau acordo. E isso levaria à insegurança jurídica. Há, na jurisprudência brasileira, julgados restritivos quanto à anulação, como se vê: *Apelação Cível. Responsabilidade civil. Ação anulatória de negócio jurídico cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais. Sentença que julgou improcedente o pedido. Anulação da transação apenas nas hipóteses de dolo, coação ou erro essencial. Art. 849 do CC. Não configuração dos vícios do consentimento, não se admitindo a anulação da transação apenas em razão da fixação de alegada modicidade da verba e pela baixa instrução do autor. Transação realizada 09 meses após o acidente, o que demonstra que, quando concordou, estava consciente, com ânimo calmo e refletivo do seu real estado de saúde e das consequências decorrentes do acidente. Transação válida e eficaz. Sua natureza de compor o conflito entre as partes não se compatibiliza com o pagamento de verba indenizatória suplementar, pois, ainda que mal feita, não se justifica sua anulação, sob pena de violação à segurança jurídica. [...]. Desprovisamento do recurso*³⁷. Mas a vasta maioria dos julgados admite a anulação de transação por lesão, e pouco há, em doutrina, que defender a restrição. O enunciado proposto segue a linha majoritária, mas insere contraponto, destacado no advérbio “claramente”. Para que o acordo possa ser anulado por lesão ou estado de perigo os pressupostos legais devem ser encarados com maior rigor, vale dizer, eles devem estar inequivocamente delineados. A desproporção deve tomar em conta que em todo o acordo existem concessões, daí que ela deve ser enquadrada como algo desproporcional mesmo para tais padrões.

37 BRASIL, TJRJ – Apelação cível 0013637-72.2008.8.19.0021 - DES. MONICA TOLLEDO DE OLIVEIRA - Julgamento: 19/01/2011 – 4ª CAMARA CIVEL.

Art. 849

Autor: Cássio Lisandro Telles

Enunciado: Aplica-se à transação a cláusula geral de boa-fé objetiva. Quando violada esta, pode ser anulada a transação.

Justificativa: O art. 849 do Código Civil dispõe que *a transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa*. Entretanto, a cláusula geral de boa-fé também deve ser aplicada à transação e quando verificado que o transator que obteve a quitação deixou de observá-la, pode haver a anulação da quitação geral, restringindo-a àquilo que efetivamente foi pago. Quando o instrumento de transação cita valor determinado e o vincula a certa obrigação, deve-se interpretar como quitada exclusivamente tal obrigação, devendo a menção à quitação geral ser interpretada restritivamente, na forma do art. 843 do Código Civil. O mesmo deve ser dito quando há manifesta desproporção entre o valor da transação e o valor da obrigação, não havendo motivos para a renúncia por parte do transator que está dando a quitação. A boa-fé objetiva exige dos transatores um comportamento leal e de cuidado com os interesses do outro. Nas palavras de Judith Martins Costa, *a boa-fé objetiva vem posta como princípio cardeal do moderno Direito das Obrigações, sejam estas civis ou comerciais, como emanção da confiança que deve presidir o tráfico jurídico. [...] Para além de designar, em sua acepção objetiva uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela colaboração intersubjetiva no tráfico negocial, pela consideração dos interesses da contraparte, o princípio da boa-fé objetiva indica, outrossim, um critério de interpretação dos negócios jurídicos e uma norma impositiva de limites ao exercício de direitos subjetivos, em certas hipóteses*. Assim, além dos casos de dolo, coação ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa, também devem ser subentendidos no art. 849 do Código Civil, por interpretação lógico-sistemática, aqueles em que a cláusula geral de boa-fé não foi respeitada. Nesta situação a anulação da transação ou eventual redução dos seus limites deve ser admitida.

Art. 884

Autor: Hugo Evo Magro Corrêa Urbano.

Enunciado: As expressões “enriquecimento sem causa” e “enriquecimento ilícito” não são sinônimas, designando, cada qual, institutos jurídicos distintos. Em razão disso, ambas podem ser aplicadas de forma cumulativa, a fim de se garantir uma defesa mais ampla do patrimônio público contra atos de improbidade administrativa.

Justificativa: O enriquecimento ilícito, figura jurídica do Direito Administrativo, é aplicado, na forma da Lei 8.429/92, nas hipóteses em que o agente público recebe vantagem indevida, prevalecendo-se de seu cargo na Administração Pública, para beneficiar a si mesmo ou a terceiros. A sanção imposta pelo ordenamento é a perda dessas vantagens indevidamente obtidas, em favor da Administração prejudicada. Trata-se de ato que tem causa bastante clara (a prática de um ato ilícito), não se confundindo com hipóteses em

que a causa inexistente. Por sua vez, o enriquecimento sem causa, previsto no art. 884 do Código Civil, que constitui uma das fontes das obrigações, pode ser aplicado em qualquer ramo do Direito e visa impedir que alguém se enriqueça, em prejuízo de outrem, sem causa jurídica para tanto. A ausência de causa, nesse caso, é a falta de autorização legal ou negocial para receber prestação ou intervir no patrimônio alheio, retirando-lhe as utilidades. A consequência é o surgimento da obrigação de restituir o valor enriquecido em favor da pessoa prejudicada (que nem sempre sofrerá um efetivo empobrecimento). A contraposição entre ambos institutos demonstra que possuem âmbito de incidência distintos. O enriquecimento ilícito tem por finalidade remover vantagem auferida com a prática de ato ilícito (que, portanto, tem causa) e o enriquecimento sem causa tem por escopo a restituição de vantagem, cuja causa inexistente ou deixou de existir. Em virtude disso, o enriquecimento sem causa incidirá, em concurso real com o enriquecimento ilícito, sempre que este não for suficiente para remover da esfera jurídica do agente público corrupto todas as vantagens obtidas pela prática do ato de improbidade.

Art. 884

Autora: Maria Izabel Gomes Sant'Anna

Enunciado: Configura-se enriquecimento sem causa do mutuante a adjudicação ou arrematação em leilão de imóvel financiado, sem que seja efetuada restituição ao mutuário da diferença apurada após compensação entre o que já foi pago pelo mutuário, o valor auferido pelo mutuante na adjudicação ou arrematação e os valores de tributos, juros do financiamento, condomínio e consectários porventura vencidos e não pagos no período da ocupação ilegítima, bem como do valor locatício do imóvel.

Justificativa: O enriquecimento sem causa é configurado quando uma parte enriquece às custas de outrem sem estar amparada em um título jurídico idôneo a justificar o enriquecimento. Com efeito, o mutuário, quando interrompe o pagamento de parcelas do financiamento imobiliário, dá azo à execução de garantia hipotecária, consubstanciada no imóvel financiado. O imóvel financiado, quando é adjudicado pelo agente financeiro, ou arrematado em leilão, implica em quitação do débito existente, restando saldo, a ser restituído ao mutuário, após a realização de descontos referentes aos valores de tributos, juros do financiamento, condomínio e consectários porventura vencidos e não pagos no período da ocupação ilegítima, bem como do valor locatício do imóvel, desde o momento em que descumprida a obrigação até o dia da reintegração de posse, tudo a ser apurado em liquidação. Caso assim não se entendesse, o mutuante sofreria acréscimo patrimonial sem causa que o ampare, uma vez que passaria a ser proprietário do imóvel, quando adjudicado, ou receberia o valor do imóvel, quando arrematado, além de todas as parcelas já pagas pelo mutuante. Tal entendimento já é amplamente aceito pela jurisprudência no que toca ao contrato de compra e venda, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (REsp 331.923/RJ, AgRg no AG 650.401).

Art. 886**Autor:** Fábio Jun Capucho

Enunciado: É inconstitucional o disposto no art. 886 do Código Civil, por atentar contra os direitos de petição e de acesso à justiça tal qual preconizados pelos incs. XXXIV, *a*, e XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

Justificativa: Claramente, adotou-se a tese da subsidiariedade da pretensão do enriquecimento sem causa, enquanto fonte de relação jurídica obrigacional. Reconhece-se que há um aspecto histórico envolvido, mas que não se justifica mais, *s.m.j.*, a solução legislativa. As origens mais remotas do caráter subsidiário da figura do enriquecimento sem causa remontam ao direito romano, mais precisamente à noção de *condictio sine causa*. Para Giovanni Ettore Nanni, embasado em Alberto Massari, *Intorno all'azione di arricchimento senza causa* (1953), por exemplo, a *condictio sine causa* teria caráter subsidiário, uma vez que introduzida por Justiniano para suprir os casos não albergados pelas outras *condictiones* arroladas. Outros autores também parecem se inclinar por esta posição, como François Gorè e Max Kaser, sendo que para este último esta modalidade deveria incluir as hipóteses não abrangidas pelas *condictio indebiti, ob turpem vel iniustam causam* ou, ainda, *causa data causa non secuta*. Em que pesem estas valiosas opiniões, acredita-se que o sentido evolutivo das *condictiones* no direito romano revela o acerto dos defensores da tese de que a *condictio sine causa* representava uma generalização do conceito de que as prestações sem causa deveriam ser repetidas, como esclarece Luis Manuel Teles de Menezes Leitão. Pois bem, mais recentemente, em 1892, a Corte de Cassação francesa julgou o processo que se tornou o paradigma na matéria: l'arrêt Boudier. Neste caso, decidiu-se que o arrendador de um imóvel deveria responder pelo valor de adubo aplicado ao seu terreno pelo arrendatário se este, por ter-se tornado insolvente, não pagasse ao fornecedor do adubo. O fundamento da condenação foi o enriquecimento sem causa, visto aqui como fonte independente de obrigação, com força de princípio geral. Esta decisão foi particularmente importante por operar, na esteira da doutrina, a distinção entre a ação de enriquecimento e a de gestão de negócios, confusão que, como acentua Paolo Gallo, foi geminada ainda no período justinianeu. A partir de então, contudo, o sentido da evolução prosseguiu com a busca de se fixar os requisitos ou pressupostos de cabimento da ação de enriquecimento. Este movimento se deveu, principalmente, ao receio que se instaurou entre os autores franceses de que a ação de enriquecimento, tal qual delineada no l'arrêt Boudier, acabasse por subverter o ordenamento jurídico, dada sua tremenda flexibilidade. Assim que ao trabalho doutrinário seguiu-se a consolidação jurisprudencial, destacando-se dois julgados, conhecidos por arrêt Clayette e arrêt Briauhant. No primeiro caso, negou-se restituição pleiteada por uma viúva a um abade, tendo por objeto certa quantia em dinheiro destinada pelo abade à construção de prédios para uma congregação missionária dissolvida, em virtude de estar o abade reivindicando para si estes bens. O argumento vencedor foi no sentido de que não poderia a ação de enriquecimento substituir uma ação de fundo contratual, se a existência da obrigação o demandante não pudesse provar na forma da lei. Insere-se, assim, pela primeira vez em um julgado da Corte de Cassação a ideia de que a *actio de in rem verso* não poderia ser ajuizada se à parte coubesse uma outra ação fundada

em qualquer das fontes tradicionais de obrigações (contrato, quase-contrato, delito e quase-delito), e desde aí se incorporou como elemento essencial a subsidiariedade da ação de enriquecimento.

No segundo julgado a que se fez alusão (*Briauhant*) confirmou a Corte de Cassação a exigência formulada no julgamento anterior, e a partir daí esta fórmula tornou-se definitiva. De modo que, a par de se fixar o enriquecimento sem causa como um quase-contrato, derivado do princípio correspondente, adotou-se como requisitos da *actio de in rem verso* o enriquecimento, o empobrecimento, o nexo de causalidade entre um e outro fenômeno, a ausência de causa para o enriquecimento e a subsidiariedade da ação. Vê-se, pois, que a opção do legislador brasileiro não é desprovida de fundamentos quando se encara exclusivamente a figura do enriquecimento sem causa.

Não se pode olvidar, contudo, de que há necessidade de compatibilizar o ordenamento infraconstitucional aos preceitos da Constituição Federal, sob pena de invalidade. Neste sentido, parece claro que a atribuição de caráter meramente subsidiário à pretensão de enriquecimento sem causa se revela um obstáculo ao livre exercício do direito de ação, implicando na violação do preceito do inc. XXXIV, *a*, do art. 5º, da Constituição Federal, e se invocada para denegar o pedido formulado, consubstancia verdadeira afronta ao disposto no inc. XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal, na medida em que se estaria a negar o acesso à jurisdição em seu sentido substancial, como direito de acesso a uma resposta jurisdicional ao pedido e uma efetiva reprimenda à lesão de direito. Nem se diga que se estaria a impor um requisito de ordem processual que, como tal, poderia servir de obstáculo legítimo. Afinal, é certo que ao legislador aplica-se o princípio da proporcionalidade, e que este verdadeiro postulado implica em exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo suficiente o desatendimento de qualquer destes pressupostos para inquinar de inconstitucional a lei. Nesta ordem de ideias, acredita-se que, não havendo necessidade efetiva de vedação ao pedido de enriquecimento sem causa, que deverá ser analisado segundo seus pressupostos próprios e consoante a prova dos autos, e mais, que ainda que houvesse alguma necessidade, para evitar suposta fraude à lei, a solução legal adotada se revelaria demasiado onerosa ao autor do pedido, implicando na desatenção ao princípio da proporcionalidade em dois de sub-princípios. Por estas razões, crê-se que se deve concluir pela inconstitucionalidade do dispositivo apontado, o art. 886 do Código Civil.

Art. 932

Autor: Divaldo Martins da Costa

Enunciado: Embora a ação penal só se dirija aos autores do dano, a suspensão da prescrição a que alude o art. 200 do CC alcança também os responsáveis pela reparação do dano (art. 932).

Justificativa: Prescreve o art. 200 do CC que *quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não ocorrerá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva*. Ora, se

ação penal é movida contra o autor do dano, poder-se-ia interpretar que a suspensão da prescrição se dá apenas em face do próprio autor do dano. No entanto, interpretação mais teleológica do citado dispositivo legal induz à compreensão de que a suspensão da prescrição também se dá em relação ao terceiro também responsável pela reparação dos danos, v.g., os pais, o tutor, o curador, o empregador, o comitente, os donos de hotéis e os que gratuitamente participaram do produto do crime (art. 932).

Artigo: Não identificado

Autor: Jorge Bastos da Nova Moreira

Enunciado: Contratos coligados. Necessidade de sua sistematização. Direito das Obrigações. Contratos típicos e atípicos. Contratos mistos. Contratos coligados. A omissão quase total da doutrina brasileira. A doutrina brasileira; o pensamento de Orlando Gomes e Álvaro Vilaça. A doutrina estrangeira; as classificações de Rip Wolf Ennecerus e Antunes Varela. Importância prática. Aplicação aos contratos de Direito Comercial, Direito Administrativo e Direito do Trabalho.

Justificativa: Um aprofundamento e um estudo mais apurado dos contratos coligados e suas espécies impõe-se: A doutrina brasileira ignora a existência dos contratos coligados por ou não entender a sua existência ou por não ver importância prática na distinção. Importante acrescentar que os operadores do direito ao se depararem com a coligação de contratos nem sequer notam que mais de uma espécie contratual está presente o que pode levar a interpretação equivocadas confundindo principalmente com contratos mistos, que, em verdade constituem-se em gêneros distintos. A dinâmica negocial implica em que, no exercício da autonomia privada necessitam de, numa mesma negociação, avençarem mais de um contrato e o fazem num mesmo instrumento. Como referido, não sendo típico, atípico ou misto representa a celebração, num mesmo instrumento. Como referido, não sendo típico, atípico ou misto representa a celebração, num mesmo instrumento de mais de uma espécie contratual. Sobre os contratos coligados diz o professor Orlando Gomes que *os mistos não se confundem com os coligados. Da coligação dos contratos não resulta contrato unitário, como no contrato misto. No entanto, o mecanismo da coligação muito se assemelha ao do contrato misto.*

Ennecerus os classifica em três espécies: a) união meramente externa; b) união com dependência; e c) união alternativa. O Coimbra, Antunes Varela fala em junção, união e coligação de contratos. Para ficar só em exemplo de coligação temos: contrato de locação coligado com o de fiança. Resta demonstrada que se não há infinitude nas hipóteses de coligações de contratos pode-se afirmar sem erro, que o instrumental à disposição dos convenientes é imenso e justifica uma maior dimensão aos contratos coligados e aprofundamento de seu estudo mormente para diferenciá-los dos mistos atípicos e interpretá-los aplicando as regras de cada um.

Artigo: Não identificado

Autor: Divaldo Martins da Costa

Enunciado: A frustração da execução não autoriza, *ipso facto*, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora.

Justificativa: Não raro, nos casos de não pagamento da dívida, ou de não indicação de bens pela devedora para fins de penhora, ou ainda, de não localização de bens pelo oficial de justiça, o credor requer de imediato a desconsideração da personalidade jurídica da devedora, de forma a alcançar o patrimônio particular de seus sócios e administradores, cuja pretensão colide com a regra do art. 50 do CC, que induz debate probatório, a requerimento do credor, visando à comprovação das condições nele fixadas, para que a constrição judicial alcance o patrimônio dos sócios e administradores da empresa devedora.

RESPONSABILIDADE CIVIL

Art. 187

Autor: Madson Ottoni de Almeida Rodrigues

Enunciado: Nos termos do art. 187 do Código Civil, pratica ato ilícito no âmbito processual a parte que exceder manifestamente os limites ali previstos.

Justificativa: Tanto por ocasião da propositura quanto da resposta em juízo, não raro se apresentam condutas que configuram abusividade no exercício do direito constitucional de ação. Tais iniciativas são reveladoras da prática de ato ilícito, consoante prevê o art. 187 do Código Civil. As situações tratadas neste enunciado diferem da hipótese prevista no art. 16 do Código de Processo Civil, porque o dispositivo processual se restringe aos casos de reconhecimento de litigância de má-fé, nas situações do art. 17 do CPC, diversamente do art. 187 do Código Civil, que apresenta três outras hipóteses: abusividade dos limites impostos pelos fins econômico, social e pelos bons costumes. Vale destacar, que a experiência indica certa timidez do Judiciário no reconhecimento da litigância de má-fé, nos moldes do art. 17 do CPC. Desse modo, a previsão do art. 187 do Código Civil amplia a possibilidade de ressarcimento por danos advindos do abuso do direito de ação e defesa, atualmente bastante observados.

Arts. 205 e 206

Autora: Rosana Amara Girardi Fachin

Enunciado: O inc. II do § 1º e o inc. V do § 3º, ambos do art. 206 do Código Civil, prevê, respectivamente, prazo anual (para a pretensão do segurado) e trienal (para reparação civil), que são inaplicáveis às pretensões de complementação de valores já pagos no seguro de danos que se configura o DPVAT, estatuído pela Lei n. 6.194/74, com a finalidade de garantir uma indenização mínima às vítimas, incidindo, na espécie, o art. 205 do mesmo Código, com prazo prescricional de dez anos.

Justificativa: Impende fixar, numa interpretação sistemática e teleológica, o prazo prescricional do seguro de danos como configurado pelo DPVAT, que é previsto em lei específica. O art. 205 do Código Civil, que estabelece prazo prescricional decenal, é o dispositivo cabível ao presente caso, que não se subsume a quaisquer das hipóteses previstas no art. 206 do mesmo diploma legal, sendo aplicável, portanto, a regra geral. E isto porque se trata de diferença de pagamento de seguro, e não propriamente do recebimento de valores atinentes ao seguro em decorrência de acidente. Não mais se trata de exercer aquela pretensão originária cujo sentido é preenchido pelo prazo trienal antes referido. A figura do fato na ação de complementação é o *quantum*, e neste caso o prazo é do art. 205 do Código Civil, isto é, dez anos.

Arts. 393 do CC e 12 do Código de Defesa do Consumidor

Autor: Átila Ribeiro Dias

Enunciado: O caso fortuito somente será considerado como causa excludente da responsabilidade civil quando o mesmo se tratar de fato estranho e imprevisível à atividade comercial.

Justificativa: A incidência do caso fortuito como causa excludente da responsabilidade civil é tema controvertido no âmbito da doutrina e da jurisprudência. O questionamento inicial decorre do fato de que o Código de Defesa do Consumidor no art. 12 não menciona que o caso fortuito exclui a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço. Nelson Nery Júnior possui entendimento de que o caso fortuito não exclui a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, sustentando que *apenas e tão somente as circunstâncias mencionadas no CDC em numerus clausus como causa excludentes do dever de indenizar é que efetivamente podem ser invocadas pelo fornecedor a fim de eximi-lo desse dever*. No entanto, outra parte da doutrina entende que seria possível a exclusão da responsabilidade nas hipóteses de caso fortuito¹, utilizando como fundamentação a aplicação analógica do Código Civil. Não obstante o conflito doutrinário mencionado acima, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento admitindo que o caso fortuito exclui a responsabilidade civil². Tendo em vista o entendimento pacífico do STJ acerca da controvérsia delineada acima, os demais tribunais e juízos monocráticos passaram a aplicar indistintamente este entendimento. Sucede que este posicionamento inicial do STJ foi perfunctório, pois, criava uma única regra para todas as hipóteses de caso fortuito, sem apreciar as peculiaridades de cada caso concreto. Com o passar do tempo verificou-se que fatos fortuitos que estivessem ligados à atividade comercial não poderiam ser considerados como excludentes da responsabilidade. Sendo assim, o STJ criou a *teoria do fortuito interno e externo* a fim de delimitar a incidência da causa excludente no âmbito das relações de consumo. O fortuito externo seria o fato imprevisível e inevitável, **totalmente estranho à organização originariamente do negócio, não havendo relação com a própria atividade comercial**. Como exemplo seria o assalto ao ônibus coletivo em que este fato não está relacionado à atividade comercial de transporte de pessoas, pois, neste tipo de contrato o objetivo é o mero transporte das pessoas, diferentemente do contrato de transporte de cargas mediante pagamento de seguro, em que o objetivo do contrato é a entrega da mercadoria, conforme julgado mencionado no tópico referente a fortuito interno. O fortuito interno consiste também no fato imprevisível e conseqüentemente inevitável, mas que é relacionado aos riscos da atividade comercial, ocasionando com que este não tivesse condições de quebrar o nexo de causalidade. Sérgio Cavaliéri³ cita como exemplos de fortuito interno o **estouro de um pneu de ônibus e o mal súbito**

1 ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo; MARINS, James. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: RT. p. 127 / BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 122-123.

2 BRASIL, STJ, REsp 996833/SP, DJ 01/02/2008 p. e REsp 330523 / SP DJ 11/12/2001

3 CAVALIERI, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 322.

do motorista, já estes estão ligados a própria atividade comercial. Nesse sentido é o posicionamento do STJ em relação ao roubo de talões de cheque e roubo de carga transportada por empresa contratada para fins específicos⁴. Da análise das situações mencionadas acima, constata-se que não basta a presença do caso fortuito para que fique caracterizada a exclusão da responsabilidade, é necessário que o fato/caso fortuito seja alheio à **própria atividade comercial, caracterizando como fortuito interno**. Desta forma, considerando os novos contornos delineados pelo STJ acerca do caso fortuito, faz-se necessária a edição do referido enunciado, a fim de que possa balizar o entendimento jurisprudencial acerca da incidência ou não do caso fortuito como causa excludente da responsabilidade civil nas relações de consumo.

Art. 927

Autor: Rafael Peteffi da Silva

Enunciado: A responsabilidade civil pela perda de uma chance não se relaciona exclusivamente com a categoria dos danos extrapatrimoniais, pois a chance perdida pode apresentar a natureza jurídica de dano patrimonial ou de dano extrapatrimonial, conforme as circunstâncias do caso concreto.

Justificativa: Há consenso, entre as publicações que se aprofundam sobre o tema, que a chance perdida pode apresentar natureza jurídica de dano extrapatrimonial ou de dano patrimonial, conforme as circunstâncias do caso concreto. Essas publicações demoram-se em afastar a equivocada noção de chance perdida como subespécie de dano moral, uma vez que a teoria da perda de uma chance pode albergar danos de natureza patrimonial como de natureza extrapatrimonial. Nesse sentido, exemplificativamente, Sergio Savi⁵, de onde se extrai a seguinte passagem, fundamentada na doutrina francesa, inglesa e norte-americana [...] *se a perda da vantagem esperada representa um dano moral, a perda das chances também será um prejuízo extrapatrimonial, o mesmo acontecendo com o dano material, se este for a categoria na qual se encaixe o prejuízo derradeiro*. Na jurisprudência brasileira, apesar de muitas decisões cometerem o equívoco de considerar a chance perdida como uma categoria de natureza exclusivamente extrapatrimonial, recentes julgados admitem a sua dupla natureza jurídica. Algumas das últimas decisões do STJ são expressas em afirmar a cambiante natureza jurídica da chance perdida, dependendo das circunstâncias do caso concreto⁶.

4 BRASIL, STJ. REsp 685662/RJ e REsp 1172027 / RJ

5 SAVI, Sergio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 213.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2009

6 Nesse sentido ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.079.185. Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado em 11 de novembro de 2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.190.180. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão, julgado em 16 de novembro de 2010.

Arts. 927**Autor:** Rafael Peteffi da Silva

Enunciado: A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance é compatível com o sistema de responsabilidade civil contido no ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser aplicada mesmo quando a vítima possui menos de cinquenta por cento de probabilidade de alcançar a vantagem esperada.

Justificativa: A doutrina nacional se manifesta em uníssono pela recepção da teoria da perda de uma chance⁷. Contamos já, inclusive, com algumas monografias que tratam o tema de maneira exclusiva como Sergio Savi em *Responsabilidade civil por perda de uma chance*⁸. Esta última publicação ressalta a possibilidade de se indenizar casos em que a chance perdida, apesar de séria e real, representa menos de 50% de probabilidade de a vítima alcançar a vantagem esperada. Na jurisprudência, vários são os julgados que adotam esse posicionamento. Exemplificativamente, contamos com o já clássico REsp n. 788.459, no qual o STJ indenizou os 25% de chances que a vítima possuía de acertar a última pergunta de múltipla escolha em um concurso de conhecimentos gerais promovido por uma rede de televisão. Ressaltando a já tranquila aceitação jurisprudencial da perda de uma chance, citam-se, pela qualidade da fundamentação, recentes decisões⁹.

Art. 927**Autor:** Bruno Leonardo Câmara Carrá

Enunciado: A pessoa jurídica de direito público também pode ser vítima de dano moral, a ela se aplicando a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, desde que balizada pelas disposições constitucionais que garantem a liberdade de expressão, as quais recomendam maior flexibilidade na análise de eventuais ofensas, não se podendo considerar, ainda, a prática de atos ilícitos por seus funcionários, como moralmente danosas à sua imagem.

Justificativa: Já se encontra assente na jurisprudência que a pessoa jurídica pode ser vítima de dano moral, aplicando-se a Súmula 227 do STJ, nada obstante esse enunciado não ter pronunciado qualquer distinção entre pessoas jurídicas de Direito Privado e as de Direito Público. Entretanto, em face de suas peculiaridades políticas, as pessoas jurídicas de Direito

7 Nesse sentido, exemplificativamente, temos autores clássicos como ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 170-173 e COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, assim como autores modernos, MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, tomo II, p. 358-362 e NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.665-688.

8 SAVI, Sergio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 2.ed. São Paulo: Atlas. 2009.

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.079.185. Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado em 11 de novembro de 2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.190.180. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão, julgado em 16 de novembro de 2010.

Público podem sofrer também dano moral. O dano moral em relação à pessoa jurídica de Direito Público caracteriza-se por uma repercussão exterior negativa perante o meio social, e, dependendo de sua dimensão, pode ter efeitos de grande relevância, como desmoralização perante a sociedade e desobediência civil, excluindo-se dessas causas a prática de atos ilícitos por seus funcionários. Deve-se ponderar ainda que a veiculação de expressões depreciativas contra Órgão Público, malgrado seu conteúdo acerbo, deve ser balizada pelo *standard* constitucional da liberdade de expressão. Apesar de não ser garantia absoluta, como já deliberou o STF, a sua repressão civil ou penal deve ser encarada com cautela quando o pano de fundo envolve pontos de vistas ideológicos, sem granjear diretamente abalo no crédito, na estabilidade econômica, ou acarretar outras relevantes consequências desfavoráveis ao patrimônio da pessoa jurídica, adotando-se, para tanto, a *“fighting words doctrine”*. Construída pela Suprema Corte Americana, essa doutrina afirma não estar protegida pelo direito de liberdade de expressão a utilização de palavras que por sua particular expressividade possam *incitar uma quebra imediata da paz social*. Mas a mesma Corte passou a ponderar que a repressão pelo uso de palavras de opróbrio ou protesto, ainda que bastante incisivas, seria inconstitucional dada a estreita motivação ideológica ou sentimental do ato, devendo-se, além disso, atentar-se para o fato de que uma rigidez acentuada nesse controle inibiria o exercício da cidadania.

Art. 927

Autor: Felipe Peixoto Braga Netto

Enunciado: No direito civil brasileiro, tanto atos lícitos como atos ilícitos podem ensejar responsabilidade civil. Existem, contudo, atos ilícitos cujos efeitos não se confundem com a responsabilidade civil, deles resultando perdas de direitos e autorizações.

Justificativa: No direito civil brasileiro, os ilícitos, em geral, são os fatos jurídicos dos quais decorre o dever de indenizar. Quem, culposamente, causa danos a outrem, comete ato ilícito, e deverá repará-lo (art. 186). Quem excede manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187) também pratica ato ilícito, e a consequência, em ambos os casos, é a obrigação de reparar. Os ilícitos apresentam como eficácia preponderante, no direito civil, o dever de reparar os danos causados. O Código Civil reconheceu essa realidade e consignou, no art. 927: *Aquele que, por ato ilícito (186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*. Portanto, os ilícitos civis, causando danos, obrigam a reparação. A ilicitude ou não do ato, por si só, nada diz acerca da exclusão da obrigatoriedade de reparar. Tanto os lícitos quanto os ilícitos, na ordem jurídica brasileira, podem dar ensejo à indenização. O mais comum é que a responsabilidade civil surja como consequência de atos ilícitos, porém nada impede, em certos casos, que o legislador impute o dever de reparar como consequência de um ato lícito. O Código Civil prescreve no art. 188: *Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inc. II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o*

tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. O Código Civil é expresso, peremptório, quanto à licitude dos atos em questão (legítima defesa, exercício regular de direito e estado de necessidade). Isso significa que quem agir acobertado por uma dessas excludentes de ilicitude estará imunizado de reparar os danos que causar? Essa imunidade não existe. A licitude do ato nada diz acerca da exclusão da obrigação de reparar o dano. Em razão da necessidade de concisão e brevidade, vejamos apenas a hipótese do estado de necessidade. Se alguém, agindo em estado de necessidade, causar danos à pessoa ou à coisa, deve repará-los (art. 929). Se o motorista, dirigindo com prudência, vê, após uma curva, um veículo ultrapassando na contramão, e instintivamente gira o volante para a esquerda, subindo na calçada e atropelando alguém, estará obrigado a reparar os danos que a pessoa atropelada sofreu. A vítima, assim, será indenizada, ainda que nenhuma culpa tenha quem atropelou. O ato praticado em estado de necessidade, embora lícito (art. 188, II), obriga a indenizar (art. 929). A propósito, o STJ decidiu que *a empresa cujo preposto, buscando evitar atropelamento, procede a manobra evasiva que culmina no abalroamento de outro veículo, causando danos, responde civilmente pela sua reparação, ainda que não se configure, na espécie, a ilicitude do ato, praticado em estado de necessidade*¹⁰. Pode, porém, o motorista, após indenizar a vítima (atropelado), exigir do condutor do veículo na contramão (causador do perigo) os danos havidos por meio de ação de regresso (art. 930). A jurisprudência reconhece *o direito de regresso contra o terceiro culpado pelo sinistro*¹¹. Em sentido semelhante se decidiu: *Responsabilidade civil. Transporte coletivo. Assalto. Estado de necessidade. Responde pelo resultado danoso a empresa cujo motorista pratica a ação em estado de necessidade, sob coação do assaltante, deixando a porta aberta do veículo que mantém em movimento, do que decorre a queda do passageiro*¹². Mais recentemente, entre outros, confira-se o REsp 10.30.565, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3a T, DJ 18/11/08. Portanto, no estado de necessidade, alguém, a fim de remover perigo iminente, destrói coisa alheia ou causa lesão a outrem – digno de nota é que a expressão “lesão à pessoa” não existia no Código Civil de 1916 –, quando as circunstâncias indiquem a absoluta necessidade dessas medidas. Tal ato, já vimos, é lícito (art. 188, II), porém quem o pratica deverá indenizar o dono da coisa ou a pessoa lesada (art. 929). A conclusão se impõe: *de lege lata*, no direito civil brasileiro, atos lícitos podem ensejar dever de indenizar. A segunda frase que o enunciado propõe diz respeito a um tema pouco abordado. Embora exista, na doutrina, certa tendência em unificar os fenômenos – tratar o ilícito civil como sinônimo da responsabilidade civil – na verdade eles não se confundem, sendo realidades distintas, como já alertava, no início do século passado, Pontes de Miranda. A hipótese mais frequente é a existência de um ilícito civil culposo cujo efeito é a responsabilidade civil. Digamos que alguém, por negligência, provoca dano (colide com veículo alheio, no exemplo mais prosaico). Haverá, no caso, um ilícito (art. 186), cuja consequência será a responsabilidade civil (art. 927). Nada impede, contudo, que outras situações surjam, igualmente ilícitas, cujos efeitos, apesar do silêncio normativo (o art. 927 apenas prevê como efeito de ato ilícito a obrigação de reparar), não se traduzem no dever de indenizar. A ingratidão do donatário

10 BRASIL, STJ, REsp 124.527, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª T., DJ 05/06/00.

11 BRASIL, STJ, REsp 124.527, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª T., DJ 05/06/00.

12 BRASIL, STJ, REsp 234.263, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4 T., DJ 14/02/00.

(art. 557), por exemplo, é um ilícito civil cujo efeito consiste, justamente, na possibilidade que o ordenamento faculta ao doador de revogar a doação, se assim lhe aprouver, em razão do ilícito havido. É o que chamamos de ilícito autorizante. Uma autorização, portanto, que só surge porque um ilícito civil foi praticado. Os ilícitos civis também podem dar ensejo à perda de direitos ou outras categorias de eficácia. Apenas para exemplificar, mercê da brevidade que se impõe, o herdeiro que sonegar bens, não os levando à colação, perde o direito que sobre eles pudesse ter (art. 1.992). Quer dizer, a perda de um direito como efeito de um ato ilícito civil. É o que defendem, entre outros, Pontes de Miranda, Paulo Lobo, Marcos Bernardes de Mello, Fredie Didier e Felipe Peixoto Braga Netto. É interessante, portanto, sob o *prima teórico*, mostrar que não existe uma identidade absoluta entre os ilícitos civis e a responsabilidade civil. Seria o mesmo, mal comparando, que confundir uma fábrica, produtora de largo espectro de produtos, com apenas uma de suas produções, ainda que mais conhecida. A leitura tradicional ofusca as demais espécies, menos frequentes, por certo, mas nem por isso inexistentes. O ilícito civil, atualmente, deve ser perspectivado não só como representante do dever de indenizar, mas também, fundamentalmente, como a categoria que possibilita uma atuação reativa do sistema jurídico para evitar a agressão aos valores, princípios e normas protegidos.

Arts. 927, *caput* e 186

Autor: Luis Paulo Cotrim Guimarães

Enunciado: A perda de uma chance é modalidade de ato ilícito (art. 186), quando o titular for detentor de direitos juridicamente relevantes, gerando a reparação por danos morais e patrimoniais, cumulativos ou não, com base na culpa do agente (art. 927).

Justificativa: Entendo pertinente destacar que esta modalidade de reparação se encontra no campo da responsabilidade civil subjetiva, ainda que a tendência contemporânea se desloque em contrário. Assim, há a necessidade de se apurar judicialmente as reais chances do titular, bem como a demonstração do dano, o que por si só afasta a hipótese de responsabilização objetiva.

Arts. 927, *caput* e 186

Autor: Luis Paulo Cotrim Guimarães

Enunciado: A perda de prazos processuais pelo profissional da advocacia possibilitará sua responsabilização civil com base na perda de uma chance quando seu constituinte for titular de direito que possibilitasse sucesso na demanda não defendida.

Justificativa: Neste enunciado, destaco a responsabilidade por perda de chance voltada especificamente contra o advogado, mas ressaltando a necessidade de provas mínimas para a mencionada reparação civil, posto que não basta, tão somente, a perda do prazo processual.

Assim, estas provas devem mostrar uma margem significativa e convincente de êxito na disputa principal, se ela tivesse acontecido.

Arts. 927, *caput* e 186

Autor: Felipe Teixeira Neto

Enunciado: O dano moral indenizável não pressupõe a verificação de sentimentos humanos desagradáveis, tais como dor ou sofrimento, constituindo-se no comprometimento de uma finalidade não patrimonial cuja concretização se visa garantir por meio da proteção da dignidade da pessoa humana.

Justificativa: A delimitação dos contornos do conceito de dano moral indenizável talvez seja uma das mais árduas tarefas à hodierna ciência jurídica. Várias foram as tentativas, desde a consagração do seu amplo reconhecimento, de traçar os seus elementos constituidores, tudo na tentativa de dar um conteúdo dogmático mais sólido à figura em causa e, desta feita, contribuir para a segurança da prestação jurisdicional. Superada a hegemonia de uma tendência negativa de delimitação de conteúdo (dano moral é todo dano que não tiver natureza patrimonial) – tendência esta, aliás, ainda muito usual em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros –, tem sido possível recolher da jurisprudência uma série de precedentes que atrelam a sua ocorrência à constatação de sentimentos humanos desagradáveis, tais como dor, vexame, humilhação ou sofrimento¹³. Ocorre que esta linha de entendimento, além de agregar uma noção demasiado subjetiva à figura, pois a ocorrência de tais sentimentos pode variar de pessoa para pessoa, incorre em um equívoco ainda maior, uma vez que confunde o dano em si com as suas eventuais consequências¹⁴. Em razão disso, dita forma de delimitação não se mostra adequada, merecendo ser substituída por outra que associe o conceito geral de dano – perda de uma vantagem tutelada pelo direito¹⁵ – aos objetivos que restam comprometidos com a lesão a interesses de natureza pessoa. Seguindo essa tendência é que tem sido frequente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, afirmar que o dano moral pode ser considerado como violação ao direito à dignidade humana¹⁶. Note-se que a proposição, a par de se alicerçar em conceito jurídico indeterminado, socorre-se de toda a construção jurídica erigida em torno do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana que, neste particular, agrega à delimitação do dano moral indenizável sólida formulação dogmática.

13 *Vg.*, STJ, REsp 598281/MG, DJ 01/06/2006, p. 147; AgRg no Ag 356447/RJ, DJ 11/06/2001, p. 213, dentre outros.

14 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. 3tir. Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 131; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 76.

15 MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações*. Apontamentos. 2.ed. Lisboa: AAFDL, 2004, p. 103.

16 *Vg.*, STF, RE 447584/RJ, DJe 16/03/2007; STJ, REsp 910794/RJ, DJe 04/12/2008; dentre outros.

Arts. 927, *caput* e 188**Autor:** Felipe Teixeira Neto

Enunciado: O consentimento do lesado é causa suprallegal de exclusão da ilicitude fundada na manifestação de liberdade subjacente à tutela privada, obstando, por isso, o surgimento do dever de indenizar. Pressupõe, para tanto, manifestação inequívoca de vontade em relação ao ato danoso (mesmo que tácita ou pelo silêncio) e disponibilidade por parte do sujeito em relação aos interesses jurídicos violados.

Justificativa: Em razão da expressa disposição do art. 186, combinado com o art. 927, ambos do Código Civil, a ilicitude é, inegavelmente, pressuposto do surgimento do dever de indenizar. Tanto que as denominadas causas de justificação implicam, salvo exceções expressamente previstas em lei (*v.g.*, arts. 929 e 930 do Código Civil), no não surgimento do vínculo obrigacional decorrente da causação do dano. O art. 188 do Código Civil, contudo, quando trata das causas de justificação civil, deixou de prever o consentimento do lesado, excludente que, a par de reconhecida jurisprudencialmente¹⁷, tem recebido pouca atenção da doutrina brasileira¹⁸. A par do aparente silêncio do legislador, todavia, tem-se entendido que a aludida causa de justificação é premissa inarredável de todo ordenamento jurídico, pois fundada na manifestação de liberdade subjacente à tutela privada¹⁹. Pressupõe, contudo, para que produza efeitos, que o sujeito atingido pelo dano tenha disponibilidade em relação aos interesses atingidos e manifeste, de modo inequívoco, o seu consentimento com a lesão. Isso porque só pode haver eficácia da manifestação de liberdade quando há margem de disposição relativamente à tutela conferida ao sujeito pelo ordenamento jurídico, sendo inviável a exclusão da ilicitude pelo consentimento nas hipóteses de indisponibilidade dos direitos em causa (*v.g.*, art. 11 do Código Civil). De igual modo, para que exclua a ilicitude da conduta causadora do dano, pressupõe prévia²⁰ e inequívoca anuência do titular da proteção jurídica, o que não impede, porém, seja manifestada de modo tácito ou pelo silêncio. Daí ser viável concluir que mesmo não tendo sido previsto pelo Código Civil, o consentimento do lesado é causa suprallegal²¹ de exclusão da ilicitude, obstando, por isso, o surgimento da obrigação indenizatória decorrente do dano, nas hipóteses assinaladas.

17 BRASIL, TJ/RS, Apelação n. 70011788148, DJ 21/09/2005; Apelação n. 70011788148, DJ 21/09/2005; dentre outros.

18 TEIXEIRA NETO, Felipe. *Responsabilidade civil e consentimento do lesado: um contributo da experiência portuguesa à ordem jurídica brasileira*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 07, v. 06, mai. 2007.

19 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Direito das Obrigações. Coimbra: Almedina, 2010, t. III, p. 503.

20 COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 501.

21 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 419; STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 223; dentre outros.

Arts. 927 e 954

Autora: Denise Sá Vieira Carrá

Enunciado: Dentro dos conceitos de dano patrimonial e moral extraídos do Código Civil, incluem-se os danos ao projeto de vida (Sessarego) e as recomposições por graves violações a direitos humanos (van Boven), os quais, para gozarem de real eficácia, devem abranger também prestações *in natura* a cargo do Estado.

Justificativa: A valorização dos direitos humanos contribuiu para a reformulação da ideia de Responsabilidade Civil ao longo do século XX. Na medida em que os avanços tecnológicos permitiram a existência de insondáveis formas de lesão, tornou-se inevitável a reciclagem da própria ideia de reparação civil para que possa eficientemente servir de mecanismo de anteparo à expansão dos danos em um mundo globalizado, levando a que sejam repensadas as formas de reparação existentes, sobrepondo-se a indenização pecuniária por medidas de ordem preventiva e de reconstrução efetiva dos direitos concretamente violados. Dentro desse contexto é que se analisa a existência de danos a um projeto de vida. De acordo com Sessarego, o caráter intrinsecamente libertário do ser humano impõe que a liberdade seja levada em consideração pelo ordenamento jurídico como valor e bem passível de ser apreciável a título de reparação civil em face de seu caráter dinâmico, aplicando-se justa reprimenda a quem frustra ou impede de se permitir a realização de um projeto humano. Igualmente, o debate em torno das violações em massa de direitos fundamentais, resultou, no âmbito do Direito Internacional, na implantação pelas Nações Unidas dos denominados *princípios van Boven* destinados ao estabelecimento de uma orientação geral em torno de um Direito para a minoração e reparação de vítimas por violações graves a direitos do homem. Os *princípios van Boven* apreciam o fenômeno da reparação a direitos fundamentais de forma ampla e concluem que, ao lado da indenização em dinheiro, as vítimas necessitam, a depender do caso, de alternativas mais apropriadas ao restabelecimento de sua dignidade violada, tais como a reabilitação médica e psicológica e a satisfação pública como formas de recomposição dos danos.

Art. 927, parágrafo único

Autor: Adriano Marteleto Godinho

Enunciado: O significado da “atividade de risco” a que alude o parágrafo único do art. 927 deve abranger não apenas os riscos à vida e à integridade física, mas também a outros direitos, de caráter patrimonial ou extrapatrimonial.

Justificativa: De acordo com os termos do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, *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*. A lei estabeleceu uma espécie de cláusula geral de objetivação da responsabilidade civil, que ocorrerá sempre que se constatar que a atividade normalmente

desempenhada pelo ofensor puder acarretar risco para os direitos de terceiros. Note-se que o risco a que alude a lei deve ser dirigido aos “direitos de outrem”, não tendo o legislador indicado quais seriam tais direitos. Por isso, é possível extrair do texto legal o entendimento de que referidos direitos abrangem não apenas a vida, a saúde e a integridade física das pessoas, mas também diversos outros, tenham eles caráter patrimonial ou extrapatrimonial. Esta interpretação sugere que também estarão albergadas pela teoria do risco-atividade, entre outras, as condutas que possam habitualmente gerar riscos ao patrimônio (como nas atividades financeiras ou bancárias) ou aos direitos da personalidade (como em diversas operações e atividades de *internet*, em que inúmeros serviços ou páginas expõem ao risco os direitos à honra, à privacidade e à imagem).

Art. 927, parágrafo único

Autor: Roger Silva Aguiar

Enunciado: A teoria da responsabilidade civil pela prática da atividade naturalmente arriscada leva em consideração não mais somente a realização da justiça entre as partes envolvidas – ofensor e vítima – mas sim o interesse da sociedade, funcionalizada pela apreensão do tecido social.

Justificativa: A responsabilidade civil atua como um mecanismo de controle social que se propõe a solver pontos de tensão criados pelo não atendimento de uma determinada expectativa. Tal expectativa é fruto das crenças manejadas pela sociedade, componentes que são da tradição cultural. Realizando-se o caminho inverso ao do processo natural, é possível se afirmar que o surgimento da responsabilidade objetiva foi um mecanismo introduzido para atender a uma nova expectativa derivada de uma alteração no sistema de crenças até então existente. O estudo do processo que resultou na referida mudança, tendo em conta os marcos sociais então existentes no momento em que esta ocorreu, revela que o homem, a partir do advento da ciência, avocou para si a expectativa de uma vivência segura que abrange e supera a expectativa do mero *non laedere* – não vir a ser ferido pelo seu semelhante. Esta alteração no sistema de crença determinou a evolução da responsabilidade civil, inicialmente, do patamar subjetivo para o objetivo e, posteriormente, diante da retroalimentação da expectativa de segurança e do incremento da orientação coletiva proporcionada pela agregação social, para uma nova etapa, na qual a responsabilização está apoiada não mais no risco e sim na apreensão social. Em uma apertada síntese, três momentos: não ser ferido por seu semelhante; o desejo de viver seguro; o medo de não viver seguro. No primeiro patamar – aquele em que a responsabilidade estava baseada, inicialmente, na ideia do risco pré-industrial e depois no risco orientado pela socialidade – a atribuição da responsabilidade voltou-se paulatinamente para o dano e procurou suggestionar as vítimas e a sociedade de que o sistema era capaz de resolver a tensão ocasionada pelo não atendimento da expectativa de segurança. Na virada da era pós-industrial, o círculo vicioso estabelecido pela *reafirmação/*

frustração da expectativa de segurança, atingiu o ponto de fusão e, somado à perspectiva do não conhecimento, introduziu uma nova modificação no sistema de crenças, gerando apreensão social como fundamento.

Art. 927, parágrafo único

Autor: Adalberto de Souza Pasqualotto

Enunciado: Os clubes de futebol são objetivamente responsáveis por danos causados a terceiros pelas torcidas organizadas por eles financiadas.

Justificativa: O art. 927, parágrafo único, imputa responsabilidade civil objetiva ao causador do dano, mesmo que a atividade por ele desenvolvida não tenha natureza econômica, nem seja ilícita. Por outras palavras, quem desenvolve atividade lícita sem finalidade lucrativa também deve responder pelo dano decorrente do risco a que expõe terceiros. Nessa situação enquadram-se os clubes de futebol que sustentam torcidas organizadas, custeando suas despesas. Ao incentivar a paixão clubística e organizar ou financiar a sua atividade organizada, os clubes se tornam objetivamente responsáveis pelos danos causados por torcedores, depredando patrimônio alheio ou agredindo fisicamente terceiros. Os clubes têm um dever de controle sobre os atos praticados pelas torcidas organizadas, no seio das quais a emoção e o anonimato da massa são fatores de descontrole individual.

Art. 927, parágrafo único

Autor: Claudio Luiz Bueno de Godoy

Enunciado: Atividade de risco não se confunde com o risco da atividade que pode ensejar a incidência da regra do art. 927, parágrafo único, do CC, assim sempre que, mesmo sem defeito, mas ainda que não essencialmente perigosa, a atividade exercitada, por sua natureza, induza risco especial, diferenciado, aos direitos de outrem, avaliado por critério estatístico, prova técnica ou máximas de experiência.

Justificativa: É preciso diferenciar, na compreensão da cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do CC, o risco da atividade que seja especial, diferenciado, da atividade essencialmente perigosa, de um lado, mas sem se pressupor defeito, de outro. Nem se exigiu tanto, nem tão pouco. Se a atividade é normalmente desenvolvida, não há defeito. Se não é de risco, não precisa ser perigosa. Mas se toda atividade gera algum risco, então é preciso que este risco seja diferenciado. Senão, bastaria ao legislador ter disposto que quem exerce uma atividade responde de modo objetivo. E a característica de especial risco se afere em função da verificação estatística da ocorrência de dano grave decorrente daquela atividade exercida, da aferição técnico-científica acerca da sua essência potencialmente danosa e, em última hipótese, pelas máximas de experiência.

Art. 928, parágrafo único

Autor: Claudio Luiz Bueno de Godoy

Enunciado: A indenização equitativa do art. 928, parágrafo único, do Código Civil, não é necessariamente reduzida.

Justificativa: Se o espírito de equidade que anima a regra do art. 928 é o de garantir ressarcimento à vítima sempre que o incapaz causador do dano não tiver quem por ele responda ou quando haja responsáveis, mas sem condições de ressarcir, e se a indenização somente será devida se o incapaz tiver recursos suficientes para pagá-la, sem prejuízo a seus alimentos ou a quem deles dependa, parece equitativa a possibilidade de acaso lhe ser imposto um ressarcimento cabal quando esta solução a si não representar maior ônus. Veja-se que, quando quis uma indenização equitativa forçosamente reduzida, o Código o explicitou, tal qual está no art. 944, parágrafo único. Se ao incapaz, ou a seu patrimônio, for pouco relevante a indenização a pagar, que seja integral, sem que com isso ele esteja sendo equiparado ao capaz desde que o ressarcimento somente se fará já de maneira subsidiária, preenchidos os requisitos do *caput* do preceito.

Art. 928, parágrafo único

Autor: Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Enunciado: A exceção ao princípio do pleno ressarcimento, consubstanciada no parágrafo único do art. 928 do Código Civil, pode ser interpretada, a *contrario sensu*, como a autorização ao magistrado para elevar o valor da indenização, superando o valor efetivo do dano, a fim de coibir a prática deliberada da conduta lesiva. O valor da indenização deve reverter, prioritariamente, para a satisfação da vítima; o montante da condenação que ultrapassar o valor do dano terá seu destino determinado pelo magistrado.

Justificativa: Muito embora a finalidade punitiva da responsabilidade civil seja uma característica do *common law*, a jurisprudência brasileira a tem admitido, com o intuito de evitar a reiteração de certas condutas danosas. No entanto, a fim de evitar o enriquecimento sem causa da vítima, a parte dispositiva da sentença acaba por fixar valores que em nada podem ser considerados punitivos. Esvazia-se, assim, o instituto, pois os valores fixados, em regra, não são suficientes para desestimular qualquer conduta. Desse modo, considerando que o art. 928, parágrafo único, do Código Civil, abre uma exceção ao princípio do pleno ressarcimento, admitindo a indenização em valor inferior ao do dano, pode-se admitir o mesmo raciocínio a *contrario sensu*: afinal, se o magistrado pode reduzir o valor da indenização em certos casos, também poderia aumentá-lo em outros. No mesmo sentido da proposta apresentada, é a Recomendação 24, do *Rapport d'information* 558, apresentado em julho de 2009 ao Senado Francês, com a seguinte redação: *Autoriser les dommages et intérêts punitifs en cas de fautes lucratives dans certains contentieux spécialisés, versés par priorité à la victime et, pour une part définie par le juge, à un*

fonds d'indemnisation ou, à défaut, au Trésor public, et dont le montant serait fixé en fonction de celui des dommages et intérêts compensatoires.

Arts. 929 e 930 c/c 188

Autor: Felipe Peixoto Braga Netto

Enunciado: As excludentes de ilicitude não se confundem com as excludentes de responsabilidade civil.

Justificativa: As excludentes de ilicitude são distintas das excludentes de responsabilidade civil. Embora haja algum truísmo na afirmativa, a verdade é que, ainda hoje, no trato da responsabilidade civil, surgem confusões e atecnia a propósito. As excludentes de ilicitude retiram a contrariedade ao direito da conduta, mas não isentam, de modo absoluto, o responsável pela reparação dos danos (no estado de necessidade o ato, apesar de lícito, gera o dever de indenizar os terceiros atingidos, art. 188, II c/c art. 929 e art. 930). Se alguém, agindo em estado de necessidade, causar danos à pessoa ou à coisa, deve repará-los (art. 929). Se o motorista, dirigindo com prudência, vê, após uma curva, um veículo ultrapassando na contramão, e instintivamente gira o volante para a esquerda, subindo na calçada e atropelando alguém, estará obrigado a reparar os danos que a pessoa atropelada sofreu. A vítima, assim, será indenizada, ainda que nenhuma culpa tenha quem atropelou. O ato praticado em estado de necessidade, embora lícito (art. 188, II), obriga a indenizar (art. 929). A legítima defesa, no entanto, não recebeu, do legislador, o mesmo tratamento. No estado de necessidade, a pessoa lesada pode não ter nenhuma relação com o perigo criado, e assim seria injusto deixá-la desamparada. Pensemos na hipótese da vítima, atropelada porque o motorista, em estado de necessidade, desviou seu carro de outro motorista na contramão. Decerto o causador do dano não tem culpa; muito menos, porém, teria a vítima, que se viu – digamos – gravemente atingida pelo acidente. O motorista, quando menos, assumiu o risco, e o atropelado não pode ser esquecido à própria sorte. Na legítima defesa, contudo, diferentes são os termos do problema. Aqui há uma agressão ilícita, contra a qual alguém, injustamente agredido, reage. Essa reação, desde que razoável e proporcional, não empenha responsabilidade civil de quem reagiu, ainda que tenha causado danos ao agressor. Suponhamos que alguém, em cidade com altos índices de criminalidade, é parado por policiais em *blitz* noturna. Percebe, porém, ao diminuir a velocidade, que se trata de falsa *blitz* forjada por bandidos, e acelera o carro, atropelando e matando um dos criminosos. Apenas o caso concreto é que poderá dizer se houve legítima defesa. Porém, em princípio, não há consequências civis oriundas desse dano. Naturalmente, para que a legítima defesa se perfaça, os danos devem ser causados ao próprio agressor e a reação deve ser proporcional e contemporânea à agressão. Porém, mesmo da legítima defesa pode surgir responsabilidade civil. As afirmações acima feitas estão relacionadas a um pressuposto básico: o dano foi sofrido pelo próprio agressor. Se, porém, os danos são sofridos por terceiros, outras serão as consequências jurídicas. Se, durante festa de carnaval, um sujeito bêbado corre com uma faca na direção de alguém,

e a vítima, para se proteger, joga uma garrafa no agressor, causando-lhe, digamos, uma cegueira parcial, esse dano, ainda que grave, não será indenizado, pois resultado de ação em legítima defesa. Já, porém, se a vítima, ao arremessar a garrafa, erra a pontaria e atinge terceiro (*aberratio ictus*), causando danos estéticos, responderá civilmente pelos danos. A jurisprudência é segura quanto ao ponto: *Responsabilidade civil. Legítima defesa. 'Aberratio ictus'. O agente que, estando em situação de legítima defesa, causa ofensa a terceiro, por erro na execução, responde pela indenização do dano, se provada no juízo cível a sua culpa*²². Portanto, *de lege lata*, atos praticados sob o abrigo das excludentes de responsabilidade civil podem ensejar responsabilidade civil, seja no estado de necessidade (art. 188, II, c/c art. 929 e 930), seja na legítima defesa (art. 188, I, c/c parágrafo único do art. 930). Tal situação, porém, em hipótese alguma pode se dar nas excludentes de responsabilidade civil – cuja configuração teórica serve, justamente, para afastar o dever de indenizar, porquanto rompido o nexo causal entre o dano e a ação ou omissão correspondente. Por razões de brevidade e necessidade de concisão, não nos é dado aprofundar o tema. Cabe, porém, reafirmar – o que pensamos ser ponto isento de polêmica – que as excludentes de ilicitude retiram a contrariedade ao direito da conduta, mas não isentam, de modo absoluto, o responsável pela reparação dos danos (no estado de necessidade, conforme apontado, o ato, apesar de lícito, é indenizável, à luz do Código Civil; na legítima defesa com erro na execução, embora lícita, gera o dever de indenizar os terceiros atingidos). Já as excludentes de responsabilidade civil, por romperem o nexo de causalidade, afastam o próprio dever de reparar os danos causados (atropelamento cujos danos graves são devidos à conduta do próprio atropelado, que tentou se suicidar). Não se deve, portanto, nesse contexto, confundir as excludentes de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa e exercício regular de direito) com as excludentes de responsabilidade civil (caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima).

Art. 931

Autor: Adalberto de Souza Pasqualotto

Enunciado: Embora sejam produtos com risco inerente, o tabaco e as bebidas alcoólicas obrigam os seus fabricantes a indenizar os usuários pelos danos à saúde, nos termos do art. 931, do Código Civil.

Justificativa: Tem sido argumentado que a indústria tabageira não é responsável pelos danos causados pelo tabaco à saúde dos fumantes, porque se trata de um produto com risco inerente, não oferecendo expectativa de segurança aos consumidores. Desse modo, o tabaco não seria um produto defeituoso, nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Afirmar que o produto é portador de risco inerente não significa dizer que não é nocivo. A medicina já demonstrou sobejamente a nocividade do tabaco à saúde dos fumantes ativos e passivos. O art. 931 do CC não exige a presença de defeito no

22 BRASIL, STJ, REsp 152.030, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4 T, DJ 22/06/98.

produto causador do dano. A ressalva feita às leis especiais preserva o regime nelas previsto, criando regra nova e mais ampla. Basta que o produto tenha sido posto em circulação pelo empreendedor. Também não se pode argumentar, em favor da indústria, com a autonomia de vontade do fumante. No limite, é possível admitir a concorrência de culpa do tabagista, para efeito de modular o valor da indenização. A presente proposição não significa automatismo na responsabilização da indústria tabageira, pois seria indispensável demonstrar o nexo causal e o nexo de imputação relativamente à etiologia da doença e ao produto consumido. Os mesmos argumentos aqui desenvolvidos valem para os produtores de bebidas alcoólicas, acrescentando-se, relativamente a estas, os danos sociais que causam, além dos males de saúde.

Art. 932, I

Autor: Eugênio Facchini Neto

Enunciado: Considerando que a responsabilidade dos pais pelos atos danosos praticados pelos seus filhos menores é objetiva (art. 933, c/c art. 932, I, do CC), e não por culpa presumida, ambos os genitores são solidariamente responsáveis por tais atos, ainda que estejam separados de fato, judicialmente ou divorciados, independentemente de estarem ou não com a guarda do filho, salvo demonstração de culpa exclusiva do outro genitor, nesta última hipótese.

Justificativa: No Código Civil de 1916, pela redação do art. 1.523, a responsabilidade dos pais pelos atos danosos praticados por seus filhos menores dependeria de prova de culpa dos genitores. Ao longo de sua vigência, o regime de culpa provada aos poucos evoluiu, mercê também da evolução legislativa, para um regime jurisprudencial de culpa presumida, especialmente nas formas de *culpa in vigilando* e *culpa in educando*. O CC de 2002 adotou expressamente o regime da responsabilidade objetiva dos genitores, sendo equivocado continuar embasando a responsabilidade dos pais em suposta falha na educação ou na vigilância.

Arts. 932 e 933

Autor: Flávio Tartuce

Enunciado: A responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou sem culpa, estando superado o modelo de culpa presumida.

Justificativa: O CC/2002 trata das hipóteses de responsabilidade civil por ato de terceiro em seu art. 932. Em complemento, o art. 933 representa notável avanço, ao consagrar a responsabilidade objetiva ou independentemente de culpa das pessoas elencadas no dispositivo anterior (*as pessoas indicadas nos incs. I a V do art. antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos*). Como se extrai da

melhor doutrina, não há que se falar mais em culpa presumida dos responsáveis previstos, estando superados, pelo último dispositivo, os modelos da *culpa in vigilando* e da *culpa eligendo*, precursores de responsabilidade subjetiva²³.

Art. 937

Autora: Isabel Cristina Porto Borjes

Enunciado: O dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, total ou parcial, se não provar alguma causa excludente do dever de indenizar.

Justificativa: O art. 937 reproduziu fielmente a redação do art. 1528 do Código Civil de 1916, mantendo a parte final *se esta provier da falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta*. Com tal redação, o artigo deixa dúvida no que diz respeito à teoria a ser aplicada, pois parece estar exigindo a prova da culpa do dono do prédio — negligência — o que seria um grande retrocesso. Antes da vigência da nova lei civil, a jurisprudência brasileira já havia consagrado essa espécie de responsabilidade como sendo objetiva, fundamentando no fato de que o guardião da coisa (dono) tem o dever de segurança. Bastava à vítima provar o dano e o nexo causal, para o êxito da ação reparatória. O proprietário do imóvel assume os riscos pelos danos causados pela ruína do prédio, ressalvados os casos de excludentes de responsabilidade. Dessa forma, deve ser suprimida a redação da parte final do referido artigo, para que não pareça dúvida acerca da teoria que fundamenta essa responsabilidade, que é objetiva. Ademais, a ruína deve ser entendida como tudo aquilo que se despreza da construção, ainda que parcialmente, como: desabamento de marquises, rebocos de paredes, janelas, telhados, muros, etc., devendo constar expressamente no dispositivo legal.

Art. 942, parágrafo único

Autora: Isabel Cristina Porto Borjes

Enunciado: A solidariedade entre os causadores de danos e as pessoas designadas no art. 932, não alcança os responsáveis legais, designados nos incs. I e II do referido dispositivo legal.

Justificativa: O parágrafo único do art. 942 traz a responsabilidade solidária entre os agentes causadores de danos e as pessoas designadas no art. 932, dentre elas os responsáveis

23 Nesse sentido, por todos: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: 2005, p. 142; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed., v. 7. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 519; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 836; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. Responsabilidade civil, 10. ed.. São Paulo: Atlas, 2004, p. 285; SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 31; SIMÃO, José Fernando Simão. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 80; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. II, p. 149; TRIGO, Maria da Graça. *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 98.

legais – pais, tutores e curadores (incs. I e II). Entretanto, esse dispositivo legal está em dissonância com a redação do art. 928, que prevê a responsabilidade subsidiária do incapaz. Um artigo permite que a vítima possa responsabilizar tanto o responsável legal quanto o incapaz, solidariamente; o outro, ao contrário, só permite a responsabilização do incapaz, se o responsável não tiver obrigação de responder, ou seja, subsidiariamente. Deve prevalecer a redação do art. 928 sobre a redação do parágrafo único do art. 942, para beneficiar o incapaz, causador do dano, ainda que seja mais prejudicial à vítima. Assim sendo, torna-se imperioso destacar que o parágrafo único do art. 942 não alcança as pessoas designadas nos incs. I e II do art. 932.

Art. 944

Autor: Rogério Roberto Gonçalves de Abreu

Enunciado: Ao desvincular do dano a fixação da indenização para vinculá-lo ao grau de culpa do agente, o parágrafo único do art. 944 do Código Civil estabelece disposição sobre *danos punitivos* no direito brasileiro.

Justificativa: De acordo com o Código Civil, art. 944, *caput*, a indenização mede-se pela extensão do dano. De acordo com essa disposição, a fixação do valor indenizatório não encontraria qualquer relação com aspectos subjetivos da conduta do agente, adotando, portanto, critério puramente objetivo. Em outras palavras, o legislador não estaria preocupado em punir o ofensor, mas em restabelecer o estado de coisas anterior ao evento danoso. Ocorre que, de acordo com o parágrafo único do citado artigo, *se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização*. Tem-se assim que o legislador mudou o parâmetro de cálculo do valor da indenização, não mais vinculando-a ao dano, mas ao grau de culpa do agente. Note-se que a indenização já não *indeniza*, não recompõe o *status quo ante*, fazendo-o apenas parcialmente. Como a fixação do valor da indenização passa a ser feita em consideração do grau de culpa do agente – aspecto nitidamente subjetivo da conduta do agente – e não mais da extensão do dano, tem como objetivo principal reprimir a conduta culposa mais do que indenizar o lesado (que, repita-se, não mais será indenizado). Com essa configuração, tem-se hipótese de *danos punitivos* no direito brasileiro.

Art. 944

Autor: Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha

Enunciado: Muito embora sejam admitidos em numerosos casos independentemente de prova (*in re ipsa*), até mesmo em atenção à vedação de seu tabelamento, para a adequada quantificação dos danos morais, deve o juiz investigar fortemente as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio, sempre que preciso, da produção de depoimento pessoal e prova testemunhal em audiência.

Justificativa: De há muito, a doutrina e jurisprudência brasileira, apesar de admitir, em numerosos casos, que o reconhecimento dos danos morais ocorra segundo as regras da experiência ordinária, independentemente de prova (dano *in re ipsa*), tem também referendado a presença de numerosas circunstâncias do caso concreto que devem ser levadas em conta para uma correta quantificação de tais danos, ao que se soma também a genérica vedação de “*tabelamento*” dos danos morais. Assim é que, por exemplo, tem-se identificado inúmeros paradigmas jurisprudenciais, com especial destaque para o Superior Tribunal de Justiça, que devem influir na quantificação dos danos morais, os quais se ligam umbilicalmente as próprias funções exercidas por tal indenização (compensatória para todos; também punitiva e pedagógica, para muitos): extensão do prejuízo moral (gravidade e amplitude do dano), repercussão social; grau de culpa do ofensor, condições econômicas e pessoais das partes; impossibilidade de enriquecimento ilícito pela vítima; razoabilidade etc. Nesse sentido apresentado, partícipe da sociedade, conhecedor das regras da experiência ordinária e destinatário das provas processuais, deve, portanto, o juiz investigar fortemente as circunstâncias do caso concreto por todos os meios de prova admitidos, com especial destaque para a produção de depoimento pessoal e prova testemunhal, as quais possibilitam contato mais próximo do magistrado com os fatos do ocorrido. Em outras palavras, muito embora o reconhecimento em si do dano moral possa se dar independentemente de prova (*in re ipsa*), para sua correta quantificação, deve o juiz investigar fortemente as particularidades do caso concreto, o que se fará de forma extremamente eficaz mediante a tomada de prova oral em audiência.

Art. 944

Autor: Silvano José Gomes Flumignan

Enunciado: O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de indenização a título de dano social.

Justificativa: O dano social, como nova categoria de dano-prejuízo, surgiu com os estudos de Antônio Junqueira de Azevedo²⁴ e já encontra aplicação na jurisprudência: *O dano social é aquele que repercute socialmente, podendo gerar prejuízos de ordem patrimonial ou imaterial aos membros da coletividade. Há um rebaixamento moral, uma perda de qualidade de vida. O dano social está caracterizado, por exemplo, nas condutas socialmente reprováveis, que fazem mal ao coletivo, movidas pelo intuito egoísta*²⁵. Há, portanto, uma nova dicotomia na responsabilidade civil: danos individuais e danos sociais. Estes se diferenciam do individual em relação à pessoa que sofre a lesão, e não quanto ao conteúdo ser patrimonial ou não. A indenização dessa modalidade de dano representa as funções de punição e prevenção em relação aos danos não patrimoniais e em relação aos patrimoniais, guarda a função de equivalência. Ao limitar

24 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377.

25 BRASIL, TST, PROCESSO N. TST-RR-116700-09.2009.5.14.0041, Rel. Min. Emmanoel Pereira, Órgão Julgador: 5ª Turma, j. Em 04/05/2011.

a indenização, o art. 944 não impede a reparação por dano social, pois o quantitativo visa restaurar o nível social ao *status quo ante* diminuído pelo ilícito. A indenização não seria um *plus*, mas a “medida da extensão do dano”, no caso, o social.

Art. 944

Autor: Eugênio Facchini Neto

Enunciado: A expressão “dano”, no art. 944, abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, a serem pleiteados por quem tem legitimidade para postular a defesa de interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos. Para tanto pode a responsabilidade civil revestir uma função punitiva e dissuasória (Enunciado 379 das Jornadas de Direito Civil).

Justificativa: Ao longo da evolução da responsabilidade civil, passou-se de uma função punitiva, existente nos primórdios da civilização jurídica, para uma função nitidamente reparatória. Ou seja, por meio da responsabilidade civil não se pretende mais a punição de um culpado, mas sim reparar um dano injusto. O enfoque passou, portanto, do agente causador para a vítima do dano. Essa é a razão pela qual o art. 944 do CC refere que *a indenização mede-se pela extensão do dano*. São duas as ideias subjacentes a esse dispositivo. Pela primeira delas, busca-se garantir a reparação integral do prejuízo, nem mais, nem menos. A vítima do dano tem o direito de ver reparado integralmente seu dano, mas não pode pretender enriquecer com os valores obtidos. Por outro lado, o dever de indenizar está vinculado à extensão dos danos em si, pouco importando o elemento subjetivo do agente – se agiu com dolo, culpa grave ou culpa leve (ressalvada a hipótese do parágrafo único do art. 944). Todavia, tal dispositivo deve ser interpretado, modernamente, levando-se em conta a evolução social e os danos coletivos que a sociedade massificada atualmente presencia. Em situações nas quais agentes econômicos causam danos individualmente não expressivos, mas que atingem milhares ou milhões de pessoas, especialmente consumidores – como no caso de reiterados atrasos de voos, ou na cobrança por serviços não solicitados, debitados em faturas telefônicas, por exemplo –, é possível que entidades estatutária ou institucionalmente voltadas à proteção de direitos ou interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos, ajuízem demandas buscando responsabilizar os causadores por tais danos sociais. Para tal fim é possível invocar até mesmo a excepcional função punitiva/dissuasória da responsabilidade civil.

Art. 944

Autor: Felipe Peixoto Braga Netto

Enunciado: A análise das condições socioeconômicas do ofensor e do ofendido, à luz da lógica do razoável e, sobretudo, dos valores existenciais da Constituição da República, devem permear a quantificação dos danos no direito civil brasileiro.

Justificativa: Os dias em que vivemos trazem questões que desafiam a teoria clássica da responsabilidade civil. O direito civil atual, permeado por valores existenciais, não se mostra indiferente às necessidades concretas das pessoas, às variáveis situacionais que desigualam, na realidade, essas pessoas, situando-as em planos distintos de oportunidade. Tais linhas de argumentação são fundamentais na solução dos problemas da responsabilidade civil. Poderíamos falar em princípio do ajuste da indenização ao valor suportável pelo responsável? Esse princípio não consta da nossa legislação (pelo menos não como princípio geral, embora haja referências específicas, como no parágrafo único do art. 928). Em que basicamente consistiria? Dele decorreria não ser possível, a pretexto de aplicar a máxima de que a indenização se mede pelo dano (art. 944), que se provoque a ruína do ofensor. Figuremos a seguinte hipótese: um pedreiro, pai de quatro filhos, vai trabalhar diariamente de bicicleta. Um dia, com culpa leve (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*), arranha a porta de um carro importado. A proprietária do veículo exige reparação, cujos valores correspondem a muitos meses de salário do pedreiro. Portanto, o pedreiro deve reparar, ainda que isso signifique a fome de seus filhos. Estaria tal solução de acordo com uma ordem jurídica que prestigia a dignidade humana? A reparação integral de um bem material pode se sobrepor à vida humana, em condições minimamente dignas? Os tecnicismos clássicos prevalecem em relação às cláusulas abertas da Constituição? As respostas não são difíceis, se levarmos em conta que o tempo do patrimônio como senhor absoluto passou, deixando-nos sob um sol de outros dias. Os raios que nos iluminam, por assim dizer, projetados por uma Constituição humanitária, traduzem uma preocupação diferenciada com o ser humano. Ao seu bem-estar e à sua dignidade não é indiferente a Constituição da República. Bem por isso, o núcleo valorativo essencial mudou. E mudou para resguardar, em linha de princípio, valores que realizem, da melhor forma, a pessoa humana, sem que se possa postergar sua proteção para escala subsidiária em relação aos bens materiais. A reparação do dano, sabemos, deve ser integral, porém a dignidade humana desautoriza que se produza, a pretexto de atender à reparação integral, a ruína do devedor, criando, com tal solução, um novo problema. Se fixarmos, sem temperamentos, apenas um dos lados da moeda, chegaremos rápido a soluções absurdas e anti-sociais. É fundamental ponderar, no caso concreto, as situações específicas do agressor e da vítima – inclusive sob o prisma econômico-social – para, a partir daí, dimensionar a indenização adequada à espécie. Nesse contexto, uma aplicação desmedida da teoria da reparação integral conduz a resultados poucos elogiáveis à luz da igualdade material, e tampouco atende ao dever, constitucionalmente imposto, de redução das desigualdades sociais e regionais. De toda sorte, ainda que não se perfilhe das convicções acima expostas, o enunciado proposto é mais modesto, basicamente repetindo o que a jurisprudência dos tribunais superiores já diz. Tem-se reconhecido, sem contestação, em inúmeros casos, a relevância do critério econômico-social do ofensor e do ofendido na fixação dos valores de indenização. Vale mencionar – deixando-se de citar por razões de brevidade e necessidade de concisão – que o porte econômico das partes tem sido aceito pela jurisprudência como um dos critérios

valiosos para a quantificação dos danos há mais de uma década²⁶. Mais recentemente, há referências recorrentes em inúmeros acórdãos²⁷. O STJ consignou a necessidade de se verificar *o impacto do quantum fixado, que não pode levar à penúria ou à pobreza do responsável pela indenização*²⁸.

Art. 944, parágrafo único

Autora: Helena Elias Pinto

Enunciado: No juízo de equidade feito à luz do art. 944, parágrafo único, do Código Civil, é cabível a utilização de outros critérios relevantes para se aferir o valor a ser pago a título de indenização, a exemplo do grau de atendimento da função social do direito que foi alcançado pela lesão, desde que consentâneos com a noção de equidade e de proporcionalidade.

Justificativa: A expressa autorização legal para que o juiz faça uso da equidade com vistas a reduzir a excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano prevista no art. 944, parágrafo único, do Código Civil representa uma mudança do paradigma até então vigente da indenização integral, independentemente do grau de culpa, que poderia ser mínimo. A passagem de um paradigma para outro evidencia que o direito civil deslocou seu ponto de referência central do patrimônio para a pessoa humana. A autorização para reduzir o valor da indenização decorrente de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa ao dano sofrido fundamenta-se na ideia de que à pessoa humana foi reservado um campo de tutela mais abrangente do que o patrimônio. A lógica que dá suporte ao preceito é a de se assegurar maior tutela ao bem de maior valor (a dignidade humana, os atributos inerentes à personalidade) em relação ao de menor valor (o dano sofrido). Desse modo, é possível aplicar semelhante raciocínio.

Art. 944, parágrafo único

Autor: Gustavo José Mendes Tepedino

Enunciado: A redução equitativa da indenização tem caráter excepcional e somente será realizada quando a amplitude do dano extrapolar os efeitos razoavelmente imputáveis à conduta do agente, estabelecendo, assim, o legislador, limite à causalidade legítima.

Justificativa: Discute-se a reintrodução no direito brasileiro da relevância jurídica dos graus da culpa, diante do parágrafo único do art. 944, segundo o qual *se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização*. Trata-se

26 BRASIL, STJ, REsp. 265.133, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 19/09/00, p. DJ 23/10/00; REsp. 208.795, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª T., j. 13/05/99, p. DJ 23/08/99.

27 Apenas a título exemplificativo, cabe citar: STJ, REsp 785.835, Rel. Min. Luiz Fux, j. 13/03/07, DJ 02/04/07; STJ, REsp. 838.550, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª T., 14/02/07.

28 BRASIL, STJ, REsp 798.639, Rel. Min. Herman Benjamin, 2 T., j. 05/12/06, DJ 26/04/07.

de preceito excepcional, diante da supremacia no sistema do princípio da reparação integral. Assim sendo, por tornar irreparável lesão a interesse jurídico legítimo, só se justifica diante de hipóteses em que a reparação integral, pelas circunstâncias pessoais do ofensor e da vítima, se torne, ela própria, exagerada e, por isso mesmo, não razoável e ilegítima. Em outras palavras, o dispositivo contempla determinadas hipóteses em que as consequências danosas extrapolam os efeitos razoavelmente imputáveis à conduta do agente. Revela-se, então, a preocupação do legislador com a reparação justa, sobrepondo ao princípio da reparação integral uma espécie de limite de causalidade legítima, de modo a autorizar o magistrado a, excepcionalmente, mediante juízo de equidade, subtrair do valor da indenização o *quantum* que transcenda os efeitos razoavelmente atribuídos, na percepção social, à conta de determinado comportamento.

Art. 944, *caput* e parágrafo único

Autor: Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha

Enunciado: Com apoio analógico no art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002, que resgatou a gradação da culpa na responsabilidade civil brasileira, o grau de culpa do ofensor ou a sua eventual conduta intencional devem ser especialmente levados em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral.

Justificativa: De há muito, a doutrina e jurisprudência brasileira, apesar de admitir, em numerosos casos, que o reconhecimento dos danos morais ocorra segundo as regras da experiência ordinária, independentemente de prova (*dano in re ipsa*), tem também referendado a presença de numerosas circunstâncias do caso concreto que devem ser levadas em conta para uma correta quantificação de tais danos, ao que se soma também a genérica vedação de **tabelamento** dos danos morais. Assim é que, por exemplo, tem-se identificado inúmeros paradigmas jurisprudenciais, com especial destaque para o Superior Tribunal de Justiça, que devem influir na quantificação dos danos morais, os quais se ligam umbilicalmente as próprias funções exercidas por tal indenização (compensatória para todos; também punitiva e pedagógica, para muitos): extensão do prejuízo moral (gravidade e amplitude do dano), repercussão social; grau de culpa do ofensor, condições econômicas e pessoais das partes; impossibilidade de enriquecimento ilícito pela vítima; razoabilidade etc. Bem se percebe que esses critérios ligam-se umbilicalmente às próprias funções exercidas por tal indenização: função compensatória, punitiva e pedagógica, todas admitidas pela jurisprudência do STJ. Ora, se é que a extensão do prejuízo moral (gravidade e amplitude do dano) parece ligar-se à função compensatória do dano moral, parece também claro que o grau de culpa do ofensor e as suas condições econômicas trazem maior ligação com a função punitiva da indenização por danos morais. Assim, nesse sentido, dentro do dever de fundamentar adequadamente suas decisões judiciais e bem diferenciar as circunstâncias dos casos concretos em que tiveram lugar prejuízos morais, impera que os juízes investiguem fortemente não só os caracteres intrínsecos do dano moral havido, sua amplitude e repercussão social, mas também, com extrema atenção, o grau de culpa do agente causador do dano ou a sua eventual conduta intencional.

Arts. 944 e 945

Autor: Flávio Tartuce

Enunciado: A conduta da vítima é fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva.

Justificativa: Os arts. 944 e 945 do CC instituíram um sistema de fixação da indenização de acordo com o grau de culpa do agente e a contribuição causal da vítima. Em *Jornadas* anteriores, debateu-se a possibilidade de aplicação desse modelo à responsabilidade objetiva ou sem culpa, tema intrincado, uma vez que o art. 945 menciona apenas a culpa concorrente da vítima. Inicialmente, na *I Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado 46, *in verbis*: *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*. Ato contínuo de revisão, na *IV Jornada de Direito Civil*, o Enunciado 380 suprimiu a parte destacada do Enunciado 46. Isso porque a doutrina tem admitido que a conduta da vítima – por culpa, risco ou fato concorrente da vítima –, atenua a responsabilidade sem culpa, por influir no nexo causal²⁹. Assim, o presente enunciado justifica-se totalmente, por sua clara razão didática.

Art. 945

Autor: Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva

Enunciado: A indenização será fixada proporcionalmente à contribuição da vítima e dos demais agentes para o evento danoso.

Justificativa: O nexo causal, no direito brasileiro, é pressuposto para o nascimento do dever de indenizar e é o parâmetro para a fixação do montante da indenização. O sujeito responde somente se gerou o dano e **na exata medida em que gerou o dano**. Nem sempre há correspondência entre o “grau de culpa” e o nexo causal. Com efeito, a pessoa que agiu com “culpa leve” pode ser a que **causou** em maior parte o dano, ao passo que aquele que teria agido com “culpa grave” pode ter **causado** parcela insignificante do dano. A culpa, portanto, elemento indispensável para a deflagração do ato ilícito, mostra-se imprestável para a quantificação do dever de indenizar, que deve ter como parâmetro o nexo. Tanto é assim que nas hipóteses de responsabilidade objetiva, em que não há o exame do elemento subjetivo, deve-se examinar a proporção em que a conduta de cada envolvido **deu causa** para o dano.

29 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Indenização e equidade no Código Civil de 2002. In: CARVALHO NETO, Inácio de (Coord.). *Novos direitos*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 103; AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva*. Do risco à solidariedade. São Paulo: Atlas, 2007. p. 89-90; TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade objetiva e risco*. A teoria do risco concorrente. São Paulo: GEN/Método, 2011). Não tem sido diferente a conclusão jurisprudencial (por todos: STJ, REsp n. 287.849/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 17/04/2001).

Art. 951**Autor:** Eugênio Facchini Neto

Enunciado: A responsabilidade subjetiva do profissional da área da saúde, nos termos do art. 951/CC e art. 14, § 4º, do CDC, não afasta a responsabilidade objetiva pelo fato da coisa, em caso de uso de aparelhos ou instrumentos que, por eventual disfuncionalidade, venham a causar danos aos pacientes, sem prejuízo do direito regressivo do profissional em relação ao fabricante do aparelho, e sem prejuízo tampouco da ação direta do paciente contra tal fabricante, na condição de consumidor equiparado.

Justificativa: É incontroverso que a responsabilidade pessoal dos médicos, dentistas e demais profissionais da área da saúde, é subjetiva, nos expressos termos do art. 951 do CC e art. 14, § 4º, do CDC. Todavia, a responsabilidade de tais profissionais é objetiva, quando vierem a causar danos aos seus pacientes em razão de defeitos ou uso disfuncional de aparelhos ou instrumentos empregados em sua atividade profissional. Essa responsabilidade pelo fato da coisa verifica-se não em razão de danos derivados de errôneo manuseio do aparelho ou instrumento (que seria um comum erro médico), mas sim de danos causados por eventual disfuncionalidade do próprio aparelho, que não funcionou como deveria, apesar de nenhuma falha imputável ao operador. Seriam exemplos de tal disfuncionalidade: a excessiva emissão de radioatividade por um aparelho de raio-X que venha a causar danos ao paciente; a lesão à córnea do paciente, causada pelo aparelho medidor de pressão do globo ocular; lesões internas no aparelho digestivo do paciente, causadas pelo rompimento de uma peça do endoscópio etc. Tal hipótese de responsabilidade objetiva não conflita com a reconhecida responsabilidade subjetiva dos médicos e dentistas, pois não se trata de responsabilidade por ato próprio, mas sim pelo fato da coisa. Protege-se, assim, a vítima inocente, que sofreu dano injusto (no sentido de que a ele não deu causa), devendo o risco ser assumido, num primeiro momento, por quem se utiliza do aparelho em suas atividades profissionais, sem prejuízo de posteriormente agir regressivamente contra o fornecedor do aparelho. Aliás, se assim o desejar, a própria vítima poderá, com base no CDC, na condição de consumidor equiparado, ajuizar uma ação direta contra o fabricante.

DIREITO DE EMPRESA

Art. 44

Autor: André Melo Gomes Pereira

Enunciado: A Lei 12.441/2011, ao acrescentar o inc. VI, ao art. 44, do Código Civil, criou nova modalidade de pessoa jurídica, devendo-se entender a expressão “empresas”, à luz da Teoria da Empresa, como “empresário”, distinta do empresário individual e da sociedade empresária.

Justificativa: Observamos que o legislador pretendeu claramente criar uma nova modalidade de pessoa jurídica, inspirada e derivada do conceito de empresário individual, exposto no art. 966 do Código Civil. Contudo, menciona em várias passagens da Lei 12.441/2011, termos e expressões que induzem ao equivocado pensamento de que estamos diante da personificação da empresa, o que equivaleria à personificação de uma atividade, em razão do perfil funcional descrito no citado art. 966 do Código Civil. Em outras oportunidades, ainda, usa de institutos e palavras que induzem a noção de que estamos diante de uma sociedade unipessoal, quando na realidade seus próprios atos denotam sentido diverso, ao criar nova modalidade de pessoa jurídica no art. 44 do mesmo código. Não se vislumbra, de certo, a alteração do dogma da pluripessoalidade, apenas excepcionado nas hipóteses da companhia constituída sob a forma de subsidiária integral ou temporariamente na unipessoalidade incidental.

Arts. 887 e 897

Autores: Sérgio Mourão Corrêa Lima, Osmar Brina Corrêa Lima, João Eduardo Máximo de Castro e Délio Mota de Oliveira Júnior

Enunciado: A prescrição atinge o direito potestativo de ação; e não o próprio direito material ou crédito, que podem ser exercidos ou cobrados por outra via processual admitida pelo ordenamento jurídico.

Justificativa: A prescrição é a perda da pretensão em virtude da inércia do seu titular no prazo fixado em lei (art. 189 do CC/2002). *A obrigação prescrita transforma-se, desse modo, em obrigação natural, que é aquela em que o credor não dispõe de ação judicial para exigir do credor o pagamento mas, no caso deste ser feito, pode retê-lo¹. Assim, a prescrição é relativa ao exercício do direito de propor a ação cambial. Não há, porém, a decadência do direito de crédito² [...]*

1 Conforme: AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 577/578.

2 Conforme: COSTA E SILVA, Antonio Carlos. *Tratado do Processo de Execução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1986. 2. v. p. 244.

Art. 889

Autora: Maria Bernadete Miranda

Enunciado: § 4º. O título a que se refere o disposto no § 3º poderá ser protestado por indicação e desde que comprovada a sua origem a cobrança judicial será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil.

Justificativa: No § 3º do art. 889 encontramos os títulos eletrônicos ou escriturais, que são aqueles criados a partir dos caracteres em computador ou outro meio técnico equivalente. Antigamente para se fazer uma cobrança bancária, devia-se faturar, emitir duplicata, preencher um borderô e mandar um mensageiro à instituição financeira para, assim, dar início ao processo de cobrança. Hoje, todo o serviço é *on-line*. Os títulos são eletrônicos ou escriturais e tudo é feito via sistema, com uma rapidez incrível e segurança absoluta. A empresa fatura, porém não emite papéis. O borderô é eletrônico, onde os dados do faturamento são importados por meio de uma conexão com os computadores do Banco, usando-se um *software* de comunicação computador a computador. Conectada, a empresa envia os arquivos eletrônicos para o banco, que os recebe diretamente, processa-os, emite as papeletas de cobrança e expede-as para o sacado, tudo muito simples, porém este título será considerado um título de crédito atípico e não contará com força executiva para a sua cobrança. Os bancos, não possuem meios de comprovação adequados para que o boleto enviado ao sacado possa constituir-se numa apresentação legal do título ao pagamento. Portanto, a inobservância de tais atributos transforma estes documentos em simples elementos comprobatórios, totalmente destituídos de rigor cambiário. Com a inclusão do § 4º neste artigo, desde que comprovada a origem da emissão do título, o portador poderá usufruir do disposto em conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil.

Art. 889, § 3º

Autora: Vânia Petermann

Enunciado: O conceito de emissão do título abrange os meios exclusivamente eletrônicos para todos os efeitos decorrentes da qualificação de título de crédito, inclusive a subscrição do emitente e ou do sacado por assinatura com certificação digital, aplicando-se, na dúvida, a teoria jurídica da prova documental (Enunciado 298).

Justificativa: Conquanto o título virtual seja reconhecido, é questionável a necessidade de sua emissão física; ainda, nada se disse quanto à emissão com assinatura digital. *In casu*, os elementos do título são registrados por meio eletrônico; sem pagamento, é possível que a instituição financeira cobradora o remeta virtualmente ao aponte do protesto (Lei n. 9.492, art.8º). O STJ³ entendeu que a presença física do título, é dispensada ao protesto

3 Min. Nancy Andrighi, no REsp 1024691, jul 22/03/11.

e à ação executiva (sem aceite mister a comprovação da entrega da mercadoria ou serviço prestado). E, como registra José de Oliveira Ascensão: *O documento eletrônico não é papel. A possibilidade de ser transposto para papel não altera a sua natureza.[...] É um elemento da realidade circunstante apto para nos comunicar um sentido*⁴. Demais, ensina o autor: *Para vencer a dificuldade, surge o sistema de assinatura digital*⁵. Ainda, é importante ressaltar que a assinatura eletrônica é mais segura que a real, pois é certificada, “autenticada”, ou seja, verificada em tempo real no sistema de duas chaves, enquanto as assinaturas tradicionais não são verificadas imediatamente e muitas nem sequer são verificadas⁶.

Art. 890-A, caput

Autor: Wilges Bruscato

Enunciado: A empresa individual de responsabilidade limitada deve ter pessoa física como titular do capital investido, cujo modo de integralização deverá estar descrito na declaração da Junta Comercial, sem limite mínimo.

Justificativa: A nova figura, embora tecnicamente questionável, deve ser de aplicação exclusiva às pessoas físicas, pois que se destina à proteção dos bens daquele que exerce a empresa de modo singular. Entender que ela se estende à pessoa jurídica não se alinha com sua própria razão de ser, descaracterizando-a. Além do mais, às sociedades brasileiras já é dada a formação de sociedade unipessoal, nos termos da Lei n. 6.404/76. Não são constitucionais as exigências de integralização completa e prévia do capital – que não é social, pois de sociedade não se trata –, bem como de um mínimo legal, já que tais exigências não são feitas aos demais exercentes da empresa (empresários individuais e sociedades).

Art. 890-A, caput e parágrafos

Autor: Wilges Bruscato

Enunciado: Todas as alusões à **sociedade**, como o adjetivo **social**, usados nos dispositivos em questão devem ser tidos por não escritos.

Justificativa: Não foi utilizada a técnica da sociedade unipessoal para a limitação da responsabilidade do empresário individual e, sim, a da separação patrimonial. Disso decorre que qualquer menção à **sociedade** se representa atécnica, gerando discussões estéreis e complexidades desnecessárias.

4 Contratação em Rede Informática no Brasil. SP: RT, 2007, p. 184.

5 Contratação em Rede Informática no Brasil. p.188.

6 PINHEIRO, Patrícia P. *Direito Digital*. 4 ed. SP: Saraiva, 2010. p. 216. Veja-se: Enunc. 297 e 298 JDC, CC, art. 212, III e 225 e o Dec. 3.587/2000 (Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Poder Executivo Federal), e a MP 2.200-2/2001 (Autoridade Certificadora Raiz; estende ao documento eletrônico a presunção de veracidade em relação ao subscritor prevista no art. 368 CPC).

Art. 890-A, § 6º**Autor:** Wilges Bruscato**Enunciado:** A aplicação subsidiária das regras da sociedade limitada à EIRELI deve se ater, exclusivamente, às regras da limitação da responsabilidade e suas exceções.**Justificativa:** Sendo a EIRELI destinada a limitar a responsabilidade daquele que exerce a empresa individualmente e a opção do legislador ter sido – estouvadamente – a personalização da **empresa**, as regras subsidiárias – por decorrência natural – devem ser as aplicadas aos empresários individuais, buscando-se na legislação societária apenas o que disser respeito à peculiaridade que, justamente, o empresário individual não tem no Brasil: a limitação da responsabilidade. Daí que somente quando a questão posta envolver a limitação em si é que se deverão ser aplicadas as regras da sociedade limitada.**Art. 903****Autor:** Marcos Paulo Félix da Silva**Enunciado:** Proposta de *Atualização* do Enunciado n. 52, cujo texto aprovado por ocasião da I Jornada, em 2002, é o seguinte: *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.* O novo enunciado para o dispositivo, que ora honrosamente se propõe nesta V Jornada de Direito Civil é, respeitosamente, o seguinte: *Art. 903: Por força da regra do art. 903, as disposições relativas aos títulos de crédito do CC não se aplicam aos títulos regulados por leis especiais senão em caráter suplementar, destinando-se as normas sobre os títulos de crédito do CC, essencialmente, à regência dos títulos de crédito atípicos, sendo vedada a emissão destes títulos atípicos na forma ao portador.***Justificativa:** Com efeito, editado o CC/2002, valiosas eram, porém reduzidas, as exteriorizações doutrinárias do século XXI sobre a inserção pelo legislador de normas concernentes aos títulos de crédito no então *novo* Código Civil, hoje em pleno vigor. Todavia, às vésperas do transcurso de 10 anos do CC/2002 e sem que tenha sofrido tais normas qualquer alteração legislativa superveniente, pode-se afirmar já ter a doutrina especializada dominante assentado, ao longo deste período, o entendimento que proclama a inovação trazida pelo CC/2002, na parte relativa aos títulos de crédito, consistente na possibilidade outorgada aos particulares de criação dos chamados títulos de crédito atípicos ou inominados,⁷ além de reconhecer no Título VIII um conjunto de normas disciplinadoras dos chamados títulos de crédito atípicos, admitindo-se a sua aplicação aos títulos regulados

7 LUCCA, Newton de. *Comentários ao Novo Código Civil: Dos atos unilaterais. Dos títulos de crédito*, Rio de Janeiro: Forense, p. 138, nota 29, 2003, v. XII; PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Títulos de Crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil (análise dos arts. 887 a 903): títulos de crédito eletrônicos (alcance e efeitos do art. 889, §3º e legislação complementar)*, São Paulo: Walmar, 2004, p. IX-XIII); SZTAJN, Rachel. *Código Civil Comentado: direito de empresa, arts. 887 a 926 e 966 a 1.195*, São Paulo: Atlas, 2008, v. XI, p. 3; ROSA JR, Luiz Emygdio F. da. *Títulos de Crédito*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 35-36.

por leis especiais de forma subsidiária.⁸ ⁹A vedação à emissão de títulos de crédito atípicos na modalidade ao portador é decorrência objetiva da previsão do art. 907 do CC e art. 292 do CP. Dispõe o CC/2002 de uma disciplina básica, genérica, direcionada para os títulos atípicos, isto é, àqueles documentos dotados de certas características próprias dos títulos de crédito, criados de conformidade com as exigências e dinâmica dos negócios, mas não previstos em lei.¹⁰ ¹¹A regulamentação geral não se aplica, pois, diretamente aos títulos de crédito definidos e disciplinados em leis especiais, a não ser quando compatíveis com estes e em caráter suplementar.¹² Propugna, assim, pela reforma do Enunciado n. 52, para que passe a refletir a evolução da posição doutrinal envolvendo o dispositivo, conferindo-se, assim, orientação atualizada aos operadores do direito.

Arts. 966, 980-A e 44, VI

Autores: Sérgio Mourão Corrêa Lima, Osmar Brina Corrêa Lima, João Eduardo Máximo de Castro e Délio Mota de Oliveira Júnior

Enunciado: As empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELI) podem exercer atividades empresariais (art. 966, *caput*, do CC/2002) ou exclusivamente intelectuais (art. 966, parágrafo único, do CC/2002). No primeiro caso, são empresárias, registram-se perante a Junta Comercial e sujeitam-se à falência.

-
- 8 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código Civil Comentado*, 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 778; ALMEIDA, Amador Paes de, *Teoria e Prática dos Títulos de Crédito*, 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 504; Prof. SIMÃO FILHO, Adalberto, *Comentários ao Código Civil: artigo por artigo*, coordenadores Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, Glauber Moreno Talavera, Jorge Shiguemitsu Fujita e Luiz Antonio Scavone Jr., 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 720-721; Prof. MARLON TOMAZETTE, *Curso de Direito Empresarial: títulos de crédito*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 13; Prof. FRANCISCO P. E. J. DE SOUZA BRASIL *Títulos de crédito: o novo código civil - questões relativas aos títulos eletrônicos e do agronegócio*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 81; Prof. MARCELO FORTES BARBOSA FILHO, *Código Civil Comentado*, coordenador Ministro Cezar Peluso, Barueri: Manole, 2007, p. 752; Prof. ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS, *Direito Empresarial Esquemático*, São Paulo: Método, 2010, p. 420; Prof. MAURÍCIO SCHEINMAN, *Direito Empresarial: aspectos atuais de direito empresarial brasileiro e comparado*, Coordenadores: Ecio Perin Junior, Daniel Kalansky e Luis Peyser, Método: São Paulo, "Mútuo e Juros no Código Civil de 2002: Contrato de Mútuo e Títulos de Crédito", p. 215-216, 2005; Prof.ª MARIA BERNADETE MIRANDA, *Curso Teórico e Prático dos Títulos de Crédito*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 188.
- 9 Mencione-se, a propósito, significativo julgado, de relatoria do eminente Prof. e Desembargador do Estado de SP, MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, no Agravo de Instrumento N. 461.621-4/1-00, decidido em 28/2/2007, pela Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, no qual fez destacar que: [...] *mesmo que o crédito perseguido fosse representado por nota promissória, mesmo assim, não incidiria o art. 926 do Código Reale, dispositivo que, como sabem os noviços em Direito Cambial, é de exclusiva aplicabilidade aos títulos nominativos atípicos ou inominados regidos pelo Código Reale.*
- 10 SILVA, Marcos Paulo Félix da. *Títulos de Crédito no Código Civil de 2002: questões controvertidas*, Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 66.
- 11 SILVA, Marcos Paulo Félix da. Reflexões sobre a Informatização da Atividade Bancária e a Desmaterialização dos Títulos de Crédito, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril-junho de 2003, p. 233-234.
- 12 SILVA, Marcos Paulo Félix da. Os Títulos de Crédito no Novo Código Civil, *Revista dos Tribunais*, junho de 2004, v. 824, p. 16, em coautoria com o insigne Prof. da Universidade Estadual Paulista PAULO ROBERTO COLOMBO ARNOLDI.

Justificativa: Considerando que as empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELI) são pessoas jurídicas de direito privado (art. 44, VI do CC/2002); considerando que a EIRELI será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social (art. 980-A); considerando que é *empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços* (art. 966, *caput* do CC/2002); considerando que *não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa* (art. 966, parágrafo único, do CC/2002); considerando que o Enunciado 193 aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovido pelo CJF – Conselho da Justiça Federal esclareceu que estão excluídos do conceito de empresário apenas aqueles que exercem atividade exclusivamente intelectual: *O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa*, pode-se concluir que as empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELI) podem exercer atividades empresariais (art. 966, *caput*, do CC/2002) ou exclusivamente intelectuais (art. 966, parágrafo único, do CC/2002). No primeiro caso, são empresárias, registram-se perante a Junta Comercial e sujeitam-se à falência.

Art. 968, inc. IV, parte final

Autor: Francisco de Assis Basilio de Moraes

Enunciado: Para fins do Direito Falimentar, Lei n. 11.101, de 09/02/2005, a sede da empresa, conforme informado na parte final do inc. IV do art. 968, é o local do principal estabelecimento da empresa.

Justificativa: A lei de falência em vigor, posterior a edição do Código Civil, estabelece que *é competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor* [...]. O conceito jurídico indeterminado “principal estabelecimento do devedor”, em regra, é o local de comando da empresa, isto é, é o estabelecimento, comumente denominado matriz ou sede, de onde partem os atos empresariais praticados pelos administradores sócios e não sócios. Entretanto, pode haver contrariedade entre o inc. IV, do art. 75 e o inc. IV, parte final, do art. 968, todos do CC, e para fins de interpretação do art. 3º da Lei n. 11.101, de 09/02/2005, essa contrariedade pode resultar em confusão, se o local onde funciona a diretoria e administração for distinto da sede, a ser estabelecida no contrato ou estatuto social. Desta forma, é importante frisar que tal antinomia é aparente, porque se considerará a sede como principal estabelecimento do devedor, valendo o que está escrito no contrato ou no estatuto social.

Arts. 968, § 3º e 1.033, parágrafo único

Autor: Ronald Amaral Sharp Junior

Enunciado: Não pode haver transformação de associação em sociedade nem incorporação daquela por esta, salvo autorização legal expressa.

Justificativa: A transformação é um fenômeno exclusivamente societário, na forma dos arts. 1.113 do CC/02 e 220 da Lei 6.404/76. Não infirma a assertiva o fato de os arts. 968, § 3º e 1.033, parágrafo único do CC/02 mencionarem a transformação de empresário individual em sociedade e vice-versa, uma por se tratar de transformação imprópria, envolvendo a criação ou a extinção de sujeito de direito. A transformação propriamente dita opera-se na esfera de um único sujeito de direito, que, independentemente de dissolução e liquidação, passa a revestir-se de nova forma jurídica. Nas sociedades o acervo líquido em caso de liquidação devolve-se aos sócios (CC/02, art. 1.108, e Lei 6.404/76, art. 109, inc. II), ao passo que a regra geral em matéria de associação é a destinação do remanescente líquido a outras entidades congêneres (CC/02, art. 61). A transformação de associação em sociedade e incorporação de associação por sociedade permitiria que o remanescente líquido de uma ex-associação pudesse ser partilhado entre os agora sócios da entidade transformada ou incorporada, quando muitas vezes as associações experimentam aumento de patrimônio por serem desobrigadas de certos tributos.

Arts. 968, § 3º e 1.033, parágrafo único

Autor: Mauricio Moreira Mendonça de Menezes

Enunciado: Trata-se de transformação imprópria aquela prevista no art. 968, § 3º e no art. 1.033, parágrafo único, do Código Civil, não se confundindo com a figura da transformação em sentido estrito, relacionada exclusivamente ao fenômeno societário.

Justificativa: A transformação propriamente dita, positivada como regra geral apenas para as sociedades dotadas de personalidade jurídica, envolve única entidade, que passa a se revestir de novo tipo societário, sem se dissolver ou liquidar seu patrimônio (art. 1.113, Código Civil). A sociedade transformada corresponde à mesma pessoa jurídica que já existia anteriormente à transformação. A “transformação” mencionada no art. 968, § 3º, no art. 980-A, § 3º (implicitamente) e no art. 1.033, parágrafo único, do Código Civil, pressupõe que ou uma sociedade deixará de existir (mudança de sociedade para empresário individual ou empresa individual de responsabilidade limitada) ou que a pessoa física do empresário individual continuará a existir e que adicionalmente surgirá um novo sujeito de direitos (mudança de empresário individual para a sociedade ou empresa individual de responsabilidade limitada). Portanto, há que se diferenciar as operações e seus respectivos efeitos jurídicos, de sorte a não atrair para a transformação imprópria o regime jurídico da transformação societária.

Art. 974, § 3º

Autor: Marlon Tomazette

Enunciado: A exigência de integralização de todo o capital social prevista no art. 974, § 3º, não se aplicam à constituição de sociedades anônimas por incapazes.

Justificativa: Desde o advento da Lei n. 12.399/2011, foi inserido um § 3º no art. 974, prevendo genericamente a possibilidade de sócio incapaz desde que ele seja representado ou assistido, não tenha poder de administração e todo o capital social esteja integralizado. Tal dispositivo deve ser interpretado com cuidado, apesar da sua colocação nas disposições mais gerais do livro do Direito de Empresa. Não vemos a possibilidade de sua aplicação para as sociedades anônimas no que tange a exigência de integralização de todo o capital social. Em primeiro lugar, porque não há solidariedade entre os acionistas, logo, não há sentido em exigir que o capital de outros acionistas esteja integralizado, na medida em que não há risco de comunicação de responsabilidade entre eles. Além disso, é certo que o dispositivo se refere a contrato de sociedade, e as sociedades anônimas não têm natureza contratual. Boa parte da doutrina,¹³ a nosso ver com razão, afasta a noção de contrato no ato constitutivo da sociedade anônima. Ela seria uma instituição destinada a exercer o seu objeto para atender aos interesses dos acionistas, empregados e da comunidade. Sendo uma instituição, seu ato constitutivo seria um ato institucional. Nas sociedades por ações, geralmente a empresa envolve um número tão grande de interesses (empregados, comunidade, fisco, consumidores), além dos interesses dos seus membros, que há uma responsabilidade social a ser cobrada.¹⁴ A prevalência do interesse social sobre o interesse individual dos sócios reforça a natureza institucional da relação,¹⁵ em oposição à natureza contratual, na qual prevaleceria a vontade comum dos sócios.¹⁶

Art. 977

Autores: Newton de Lucca e Leonardo Netto Parentoni

Enunciado: É admissível a contratação de sociedade entre os companheiros na união estável, bem como nas uniões homoafetivas, qualquer que seja o regime de bens, ainda que haja pacto expresso registrado em cartório, optando pelos regimes da comunhão total ou da separação obrigatória.

Justificativa: Como se percebe, o dispositivo traz vedação ao contrato de sociedade celebrado entre cônjuges, nas situações que especifica. Nada dispõe, contudo, quanto à contratação de sociedades entre companheiros, no regime da união estável. Muito menos acerca de sociedade celebrada entre pessoas do mesmo sexo (união homoafetiva). O entendimento aqui sustentado é, basicamente, o de que o art. 977 do Código Civil constitui norma restritiva de

13 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 26; MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 189.

14 LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A. (pressupostos, elaboração, aplicação)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 147.

15 PAPINI, Roberto. *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 35.

16 HALPERIN, Isaac. *Sociedades anônimas*. Atualizada e ampliada por Julio C. Otaegui. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 5, entende que o interesse social se coadunaria com a natureza contratual do ato constitutivo.

direitos, a ser interpretada restritivamente¹⁷. Destarte, é admissível a contratação de sociedade tanto entre companheiros, na união estável, quanto pelas pessoas que convivem em união homoafetiva, qualquer que seja o regime de bens eventualmente adotado, por pacto expreso registrado em cartório. Notadamente porque o STF, ao reconhecer a constitucionalidade da união homoafetiva por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, deixou claro que o fez para conferir direitos aos conviventes do mesmo sexo. Vale transcrever o trecho inicial do voto do Ministro Celso de Mello:

Os exemplos de nosso passado colonial e o registro de práticas sociais menos antigas revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso País.

[...]

Por isso, Senhor Presidente, é que se impõe proclamar, agora mais do que nunca, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual.

[...]

Também não vislumbro, no texto normativo da Constituição, no que concerne ao reconhecimento da proteção do Estado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, a existência de lacuna voluntária ou consciente [...] de caráter axiológico, cuja constatação, evidenciadora de um ‘silêncio eloquente’, poderia comprometer a interpretação exposta neste voto, no sentido de que a união estável homoafetiva qualifica-se, constitucionalmente, ‘como entidade familiar’ (CF, art. 226, § 3º).

Logo se percebe que a *ratio decidendi* desses julgados foi a de **conferir direitos** aos que convivem em união homoafetiva, minorando a exclusão a que antes estavam submetidos. Consequentemente, interpretar o silêncio do art. 977 do Código Civil acerca das uniões estáveis e homoafetivas, como forma de lhes estender, analogicamente, as restrições positivadas em relação ao casamento, seria caminhar na contramão do que decidido pelo STF. De fato, assim como o silêncio do art. 226, § 3º, da Constituição Federal - conforme interpretação que lhe foi dada pelo Pretório Excelso - não evidencia opção por excluir outras formas de família, notadamente a formada por pessoas do mesmo sexo, assim também o silêncio do art. 977 do Código Civil não deve ser interpretado como impondo restrições à contratação de sociedades a quem não consta expressamente do texto legal.

Assim, ausente proibição expressa, podem os que se encontram nessas situações contratar sociedade entre si, **qualquer que seja o regime de bens adotado**. Por cautela, porém, quando houver **pacto expreso** registrado em cartório, optando pelos regimes da

17 Note-se que o art. 977 não sofreu alterações durante a tramitação legislativa, tendo sido aprovada a redação original, constante do Anteprojeto, conforme destaca: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). *Código Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 874.

Trata-se, portanto, de dispositivo editado com base na mentalidade predominante nas décadas de 70 e 80 do século passado e não na atual interpretação constitucional do tema.

comunhão total de bens ou da separação obrigatória, é recomendável que esse documento seja também **arquivado na Junta Comercial**, com base no art. 32, II, e, da Lei n. 8.934/1994, a fim de que seja dado conhecimento aos credores.

Reforça esse entendimento o fato de que a *proposta de novo Código Comercial*¹⁸ não apenas faculta a contratação de sociedade entre cônjuges, qualquer que seja o regime de bens do casamento, como também alude expressamente à possibilidade de haver vínculo societário na união homoafetiva¹⁹, sinalizando, por conseguinte, que a tendência é a abolição das restrições hoje previstas no art. 977 do Código Civil, tal como aqui proposto.

Por tudo isso, o que se propõe é uma *interpretação conforme a Constituição*²⁰ do art. 977, a fim de deixar claro que é admissível a contratação de sociedade entre os companheiros na união estável, bem como nas uniões homoafetivas, qualquer que seja o regime de bens adotado.

Art. 980-A

Autor: Márcio Souza Guimarães

Enunciado: A empresa individual de responsabilidade limitada poderá ser constituída por pessoa natural ou jurídica, sendo que esta última pode figurar em mais de uma empresa dessa modalidade.

Justificativa: O *caput* do art. 980-A fez alusão à possibilidade da constituição da EIRELI por uma única “pessoa”. Quando pretendeu restringir à pessoa natural, o fez no § 2º, aduzindo que a pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

18 Do ponto de vista doutrinário, veja-se a proposição de Fábio Ulhoa Coelho: COELHO, Fábio Ulhoa. *O Futuro do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44. Art. 163. *Os casados podem ser sócios, independentemente do regime de bens do casamento*. No âmbito legislativo: BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1.572. Autor: Deputado Vicente Cândido. Brasília: 14/06/2011. Art. 121. *Os casados podem ser sócios, independentemente do regime de bens do casamento*.

19 Ao disciplinar o empresário casado, o Projeto de Novo Código Comercial deixa claro que os direitos a ele conferidos aplicam-se igualmente a quem convive de forma duradoura com pessoa do mesmo sexo: BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1.572. Autor: Deputado Vicente Cândido. Brasília: 14/06/2011. Art. 26. *Este Capítulo aplica-se ao empresário que mantém união estável ou relacionamento duradouro e público com pessoa do mesmo sexo destinado à constituição de família*.

20 Sobre a diferença entre as duas espécies de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, quais sejam, a interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, confira-se a didática explanação de: MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2174>>. Consultado em 21/08/2007. *Na declaração parcial de nulidade [declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto], os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública ficam proibidos de se valer das interpretações declaradas inconstitucionais, enquanto que, na interpretação conforme [à Constituição], o judiciário e a administração ficam impedidos de realizar outra interpretação que não aquela que foi declarada como a única constitucional pelo Supremo Tribunal Federal*.

Art. 980-A

Autor: Márcio Souza Guimarães

Enunciado: O patrimônio social da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Justificativa: O veto presidencial ao § 4º do art. 980-A do Código Civil pode engendrar duas interpretações, que merecem ser afastadas: 1) a diferenciação patrimonial entre o patrimônio da pessoa constituinte da EIRELI estaria mitigada; e 2) por essa razão, seria descabida a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 980-A

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Enunciado: A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) é um tipo de sociedade e pode ser constituída para o exercício de atividade empresarial ou não, tendo em vista a disposição do § 5º do art. 980-A do Código Civil.

Justificativa: A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), embora disciplinada em Título próprio (I-A), é uma sociedade unipessoal. Não se trata de um ente personificado distinto como faz crer o acréscimo do inc. VI ao art. 44. A redação do art. 980-A denota claramente a opção do legislador por criar uma sociedade de tipo próprio (unipessoalidade permanente, capital mínimo e totalmente integralizado na constituição, aditivo EIRELI ao nome empresarial), especialmente nas seguintes passagens: **capital social** (*caput*), **denominação social** (§ 1º) e **outra modalidade societária num único sócio** (§ 3º). Note-se que já era possível a constituição de subsidiária integral antes do advento da EIRELI, embora com a exigência de sociedade brasileira como único acionista. A adoção do tipo EIRELI não se restringe às sociedades empresárias pelas seguintes razões: a) não há obrigatoriedade do arquivamento do ato constitutivo no RPEM; b) terá disciplina subsidiária pelas normas da sociedade limitada, tipo que pode ser adotado tanto por sociedade simples quanto empresária; c) poderá ser constituída para receber remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular, vinculados à atividade profissional (atividades intelectuais de natureza literária ou artística, que não são próprias de empresário – art. 966, parágrafo único). Tal entendimento permite o enquadramento da EIRELI como microempresa ou empresa de pequeno porte, observados os requisitos da Lei Complementar n. 123/2006.

Art. 980-A

Autora: Mônica de Cavalcanti Gusmão

Enunciado: O art. 1.150 e parágrafos devem ser aplicados à Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. A EIRELI tem o prazo de 30 dias para inscrição de seus atos constitutivos e averbação de alterações desses atos, sob pena de aplicação das regras das sociedades em comum, em que o titular da empresa terá responsabilidade ilimitada e solidária pelas obrigações contraídas, até a efetiva regularidade.

Justificativa: As regras do art. 1.150 do Código Civil devem ser aplicadas à atual figura da Empresa de Responsabilidade Limitada. O diploma legal tem por objetivo fomentar a regularidade do empresário individual, da sociedade empresária e simples. A exclusão das empresas individuais de responsabilidade limitada implicaria em retrocesso e incentivo à irregularidade. Se descumpridos os prazos previstos os listados no artigo em questão somente serão considerados regulares a partir da efetiva inscrição, que terá efeito *ex nunc*, hipótese em que a responsabilidade dos sócios e do titular da “EIRELI” obedecerá ao disposto no art. 990 do Código Civil.

Art. 980-A

Autor: Marlon Tomazette

Enunciado: As pessoas jurídicas podem constituir Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI.

Justificativa: Embora alguns considerem recomendável que a EIRELI fosse criada apenas por pessoas físicas²¹, a princípio não há impedimento para a pessoa jurídica constituí-la. Contra essa possibilidade poderiam ser opostas duas objeções²², uma atinente ao nome utilizado e outra relacionada aos fins da criação da EIRELI. O nome empresa individual seria impróprio para pessoas jurídicas, sendo mais associado a pessoas físicas. Além disso, a criação da empresa individual de responsabilidade serve para proteger aqueles que não têm a possibilidade da limitação da responsabilidade, o que já existiria para as pessoas jurídicas. Todavia, diante da positivação da EIRELI no Brasil não vemos qualquer impedimento. Embora normalmente ligada a pessoas físicas, nada impede no nosso ordenamento jurídico que a EIRELI seja constituída também por pessoas jurídicas, inclusive as de fins não empresariais para exercício de atividade lucrativas subsidiárias²³. Isso é o que se depreende do próprio *caput* do art. 980-A que diz que a EIRELI *será constituída por uma única pessoa* sem especificar ou delimitar. Outrossim, a restrição constante do § 2º do mesmo art. 980-A dirigia especificamente a

21 BRUSCATO, Wilges Ariana. *Empresário Individual de Responsabilidade limitada*: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 289.

22 MARCONDES, Sylvio. *Limitação de responsabilidade do comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 288.

23 CRISTIANO, Romano. *Personificação da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 180.

peças físicas, mostra que essa não é a única possibilidade de constituição da EIRELI. Ademais, reitera-se que a aplicação das regras atinentes às sociedades limitadas, corrobora a possibilidade de titularidade por uma pessoa jurídica. Apesar disso, reconhecemos que tal expediente será muito mais útil às pessoas físicas.

Art. 980-A

Autor: Marlon Tomazette

Enunciado: As exigências de capacidade e o não impedimento do empresário individual não se aplicam à pessoa física instituidora da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI.

Justificativa: Pela própria destinação da EIRELI a pequenos e médios empreendimentos é natural que esse sujeito seja uma pessoa física que quer exercer a atividade empresarial sem comprometer todo o seu patrimônio pessoal. Trata-se de uma ferramenta muito útil para a pessoa física exercer a empresa, limitando os riscos de perda do patrimônio. Por se tratar de uma nova pessoa jurídica com vida própria, muito similar a uma sociedade limitada, consoante determina o próprio art. 980-A, § 6º, não vemos a necessidade da capacidade plena para tal pessoa física constituir a EIRELI. Ora, se incapazes podem ser sócios da limitada, eles podem constituir a EIRELI como um investimento que seria feito em uma sociedade, exigindo-se as mesmas condições de tal participação societária²⁴. Pelos mesmos motivos, os impedimentos atinentes ao exercício da atividade empresarial das pessoas físicas como empresário individual também não se aplicam aqui, uma vez que haverá a criação de uma nova pessoa jurídica. Ora, se tais impedimentos não vedam a condição de sócio de uma sociedade limitada, também não devem vedar a condição de titular da EIRELI, pela própria determinação de aplicação das regras da sociedade limitada (CC – art. 980-A, § 6º). Dessa forma, servidores públicos, magistrados, membros do Ministério Público e militares da ativa podem constituir EIRELI, desde que não exerçam as funções administrativas inerentes ao exercício da empresa.

Art. 980-A, § 5º

Autora: Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de Castro

Enunciado: A remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional não pode ser considerada para a integralização do capital social, que é restrita aos bens susceptíveis de avaliação pecuniária, existentes no ato de constituição de empresa individual de responsabilidade limitada para a prestação de serviços de qualquer natureza (art. 980-A, § 5º, do Código Civil, redação dada pela Lei 14.421/2011).

24 CRISTIANO, Romano. *Personificação da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 178-179.

Justificativa: O empresário, conforme o art. 966, *caput*, do Código Civil, é a pessoa física que exerce profissionalmente atividade econômica organizada de produção e, ou, circulação de bens e serviços. Sem maiores formalidades legais, mas apenas o requerimento e os dados de identificação civil, indicação da firma, capital e objeto e sede da empresa, difere da empresa como organização de meios humanos e materiais para o exercício de atividade econômica. Ademais, havia a expressa exclusão, desse âmbito, do exercente de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo organizada e com a ajuda de colaboradores e intuito lucrativo, salvo se o exercício estivesse inserido em uma realidade maior e mais complexa de caráter nitidamente empresarial (elemento de empresa). Essa distinção entre empresários e sociedade empresária quanto à responsabilidade patrimonial foi alterada com a nova previsão da empresa individual, como pessoa jurídica específica, que pode ser constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza e ter atribuída a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, os quais sejam vinculados à atividade profissional. O quadro tradicional da responsabilidade inclusiva do patrimônio pessoal do empresário é substituído pela responsabilidade limitada e a separação patrimonial. A integralização do capital mínimo no ato de declaração de empresário e inscrição de empresa é restrita aos bens então existentes e não alcança a remuneração relativa à cessão de direitos patrimoniais de autor, ao se tratar da remuneração ainda não concretizada e separada do seu titular, dada a origem na expressão econômica de direitos da personalidade.

Arts. 980-A e 44

Autor: Maurício Andere von Bruck Lacerda

Enunciado: A nova modalidade de pessoa jurídica de direito privado, inserida no inc. VI do art. 44 e no art. 980-A do Código Civil Brasileiro – denominada “Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI)” – não afeta o disposto no art. 981 do mesmo diploma legal, acerca da definição e principais características do contrato de sociedade, embora a nova figura esteja sujeita à desconsideração da personalidade jurídica (art.50, CC), se submeta, subsidiariamente, às regras aplicáveis às sociedades limitadas e apresente características similares às das denominadas “sociedade unipessoais”, previstas na maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Justificativa: Seguindo uma tendência mundial, já verificada em outros ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, como, por exemplo, nas leis portuguesa e alemã²⁵, o ordenamento jurídico brasileiro recepciona – por meio do advento da Lei 12.441, que altera dispositivos do Código Civil Brasileiro – com a criação de uma nova modalidade de pessoa jurídica, a possibilidade do exercício da empresa, de forma individual e com responsabilidade limitada. A nova figura possibilita que os riscos inerentes ao exercício da

25 Ver artigos 270º-A a G do Código das Sociedades Comerciais Português e art. §1º da Lei Alemã (GmbHG).

empresa sejam, em regra²⁶, dissociados do patrimônio pessoal do sujeito responsável pela gestão da atividade – na medida em que prevê a necessidade de constituição de um capital social mínimo – e afasta a necessidade de constituição de sociedades *pro forma* – para atender ao requisito da pluralidade de membros – cujo objetivo precípua é o de garantir a limitação de responsabilidade dos sócios, sendo que, frequentemente, se verifica que um destes sócios mantém-se completamente alheio ao cotidiano da sociedade. Não obstante as críticas que possam ser levantadas a respeito do tratamento, talvez insuficiente, conferido à referida figura, em especial se observada a evolução das denominadas “sociedades unipessoais” em realidades jurídicas estrangeiras²⁷, o fato é que o formato jurídico atribuído à “EIRELI” não interfere no tratamento conferido à “sociedade” pela lei brasileira, em especial no que se refere ao caráter transitório da “sociedade unipessoal”, salvo no caso das conhecidas “sociedades subsidiárias integrais”, previstas pelo art. 251 da Lei 6.406.

Arts. 980-A e 1.033

Autor: Graciano Pinheiro de Siqueira

Enunciado: A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), fazendo as vezes da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, é uma pessoa jurídica de direito privado da qual poderão se valer o empresário e o não empresário, que, para tanto, farão seu registro, respectivamente, perante o Registro Público de Empresas Mercantis e o Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Justificativa: A Lei n. 12.441/2011, alterou o CC/02, para nele acrescentar o art. 980-A, o inc. VI ao art. 44 e alterar o parágrafo único do art. 1033. Cria-se, aparentemente, no direito pátrio, a tão sonhada “sociedade unipessoal de responsabilidade limitada”, que, além de limitar o risco daquele que, individualmente, exerce atividade econômica, garantindo-lhe maior segurança jurídica, fará com que deixem de existir “sócios fictícios”, verdadeiros “laranjas”, apenas para cumprir exigências legais, em que pesem posições divergentes no sentido de que a EIRELI é uma pessoa jurídica de direito privado *sui generis* ou um patrimônio de afetação dotado de personalidade jurídica. O certo é que essa nova modalidade de pessoa moral poderá fazer, no mínimo, muito bem, as vezes da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada. A propósito, do próprio texto legal se conclui que a EIRELI seja uma nova espécie societária, pois manterá ela **capital social, firma ou denominação social, patrimônio social**, podendo resultar de **outra modalidade societária**. A EIRELI é, por assim dizer, uma derivação da sociedade limitada, tanto que as regras desta, no que couber, àquela se aplicam (§ 6º do art. 980-A), lembrando que o

26 Pois a nova figura sujeitar-se-á, assim como ocorre com relação às demais pessoas jurídicas, à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, nos moldes do disposto no art. 50 do Código Civil Brasileiro, consoante se verifica da própria mensagem de veto n. 259, ao § 4º do art. 980-A da referida lei 12.441.

27 Cumpre notar, por exemplo, que na realidade portuguesa, ainda na década de 1980, foi criada figura análoga à presente, o denominado “estabelecimento mercantil individual de responsabilidade limitada”, que, posteriormente, em atendimento às diretivas europeias deu lugar às atuais “sociedades unipessoais”.

tipo LIMITADA pode ser usado tanto pela sociedade de natureza empresária como pela de natureza simples. Assim sendo, a EIRELI é pessoa jurídica unipessoal que pode ser adotada tanto pelo empresário como pelo não empresário. Ademais, a regra do art. 1033 é própria da sociedade simples, daí não poder se falar, no parágrafo único do mesmo, apenas, em RPEM (o correto seria “registro competente”). Verifique-se que o § 5º do art. 980-A do CC faz alusão aos prestadores de serviços de qualquer natureza que, no mais das vezes, exercem atividade econômica não empresária.

Arts. 981 e 983

Autor: Marcio Lobianco Cruz Couto

Enunciado: A responsabilidade ilimitada dos profissionais liberais, por força de atos ou omissões no exercício de sua profissão, não impede que os mesmos organizem-se sob a forma de sociedade simples, inclusive prevendo a responsabilidade limitada dos sócios por dívidas contraídas pela pessoa jurídica na qualidade de unidade econômica.

Justificativa: Temos visto em alguns arestos alguma confusão no trato da matéria. Com efeito, o fato de a sociedade da espécie simples ostentar membros cuja lei corporativa estabeleça responsabilidade civil por atos dolosos ou culposos no exercício profissional não impede que a mesma estabeleça responsabilidade limitada pelos sócios por dívidas que a pessoa jurídica vier a contrair na qualidade de unidade econômica (aluguéis, fornecedores, etc.).

Arts. 981 e 983

Autor: Marcio Lobianco Cruz Couto

Enunciado: Considerando ser da essência do contrato de sociedade a partilha do risco entre os sócios, não desfigura a sociedade simples o fato de o respectivo contrato social prever distribuição de lucros, rateio de despesas, concurso de auxiliares e responsabilidade limitada e solidária pelas dívidas da pessoa jurídica.

Justificativa: Para o Código Civil, existem duas espécies de sociedade: simples e empresária. A sociedade da espécie simples pode ser organizada sob o tipo societário “simples” ou sob qualquer outra forma típica das sociedades empresárias, à exceção das sociedades por ações. Temos visto em alguns arestos alguma confusão no trato da matéria. Com efeito, o fato de a sociedade da espécie simples adotar a forma limitada não atrai para si a classificação como empresária e, portanto, não sofre os efeitos de como se empresária fosse (atos constitutivos registrados na Junta Comercial, adoção de escrita contábil especial e submissão à Lei n. 11.101/2005).

Art. 982

Autor: Marcio Lobianco Cruz Couto

Enunciado: Eventuais classificações conferidas pela lei tributária às sociedades são desinfluentes para sua caracterização como empresárias ou simples, especialmente no que se refere ao registro dos atos constitutivos e à submissão ou não aos dispositivos da Lei 11.101/2005.

Justificativa: O Direito Tributário apresenta classificações próprias para as sociedades, baseadas em critérios econômicos, como o tamanho da receita bruta anual, por exemplo. Logo, é possível que uma sociedade da espécie simples seja classificada, do ponto de vista tributário, como microempresa ou empresa de pequeno porte. Isso não significa, porém, que, para o Direito de Empresa, a sociedade mude sua espécie de simples para empresária, porquanto o objeto ou a forma adotada é que importam para esta diferenciação. No mesmo diapasão, é desimportante para se chegar à conclusão acerca do registro a ser observado e à submissão ou não à Lei de Recuperação e Falências pela sociedade que ostentar classificação tributária como microempresa, empresa de pequeno porte ou qualquer outra que venha a ser criada.

Autor: Rodrigo Magalhães

Art. 983

Enunciado: A sociedade simples pode adotar qualquer um dos tipos empresariais do art. 1.039 ao art. 1.092 do Código Civil, exceto os da sociedade anônima ou da sociedade em comandita por ações constantes nos seus arts. 1.088 e 1.089 e 1.090 a 1.092, respectivamente.

Justificativa: O art. 983 do CC faculta à sociedade simples usar um dos tipos empresariais do art. 1.039 a 1.092 do CC, mas, a despeito disso, ela continua sendo uma sociedade *simples*, ou seja, *não empresarial*. Com efeito, a leitura da norma do art. 983 do CC dá a falsa impressão de que as sociedades simples podem adotar quaisquer espécies empresariais, e que todas elas são compatíveis com a sua natureza, todavia, o art. 982, parágrafo único, do CC e também o art. 2º, § 1º, da LSA, esclarecem que as sociedades por ações (ou seja, a sociedade anônima constante dos arts. 1.088 e 1.089, CC, e a sociedade em comandita por ações dos arts. 1.090 a 1.092, do mesmo, situadas dentro dos quadrantes facultados à sociedade simples pelo art. 983, CC) são empresárias, independentemente de seu objeto. Logo, o uso dessas espécies conduziria as sociedades simples a se tornarem necessariamente empresariais, afrontando o espírito do art. 983 do CC, ou então, a sociedade simples que adotasse a divisão do capital social em ações não se tornaria empresária, afrontando, a seu turno, os arts. 982, parágrafo único, do CC e o art. 2º, § 1º, LSA. Em síntese, sociedade simples e sociedades por ações *lato sensu* são espécies incompatíveis e refratárias entre si, de modo que as sociedades simples não podem se constituir na tipologia da sociedade anônima e nem da sociedade em comandita por ações.

Arts. 985 e 990

Autor: Fernando Cerqueira Chagas

Enunciado: O fato de uma sociedade empresária ter seus atos constitutivos arquivados no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, ou de a sociedade simples tê-los registrados junto ao Registro Público de Empresas Mercantis, não as equipara à sociedade em comum, nem autoriza a aplicação do comando do art. 990 do Código Civil.

Justificativa: A perda da limitação da responsabilidade do sócio é uma sanção cominada pela lei. Os sócios que arquivam os atos constitutivos de sua sociedade, seja no Registro Público de Empresas Mercantis, seja no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não agem clandestinamente, porquanto o fazem de maneira transparente de boa-fé. Por outro lado, ambos os registros são delegatários de Serviço Público e, portanto, o Estado brasileiro chancela o arquivamento dos referidos atos constitutivos. Não pode o mesmo Estado, por meio do Poder Judiciário, negar esta condição de regularidade.

Art. 986

Autor: André Luiz Santa Cruz Ramos

Enunciado: A sociedade em comum não é uma sociedade irregular, mas uma sociedade contratual em formação, que está praticando atos preparatórios tendentes ao registro; será irregular, porém, se iniciar sua atividade fim antes de formalizado o registro.

Justificativa: Em meu livro *Direito Empresarial Esquemático*, assim explico o meu ponto de vista: *muitos autores [...] entendem que a sociedade em comum [...] é, na verdade, apenas uma nova expressão trazida pelo legislador para se referir às sociedades de fato e às sociedades irregulares [...]. Outros autores, todavia, [...] apontam [...] que ao usar a expressão “enquanto não inscritos os atos constitutivos” o legislador quis disciplinar, na verdade, as sociedades contratuais em formação [...]. Dizemos especificamente que a norma se refere apenas às sociedades contratuais porque o próprio art. 986 deixa claro que estão excluídas do seu âmbito de incidência normativa as sociedades por ações em organização [...]. As regras da sociedade em comum, na verdade, aplicam-se às sociedades contratuais que estão se constituindo, ou seja, aplicam-se às suas relações entre o momento real da constituição até o respectivo registro do contrato social. Isso ocorre porque nenhuma sociedade é constituída da noite para o dia. Ao contrário, no Brasil, o trâmite para constituição de uma sociedade é bastante lento [...]. Desde o momento em que os sócios decidem constituir a sociedade até o momento em que o registro é deferido pelo órgão competente [...], a sociedade já existe, embora ainda não tenha personalidade jurídica, e já pratica alguns atos (por exemplo: aluga um imóvel para lhe servir de sede, [...]). Grosso modo, pode-se fazer um paralelo com as pessoas físicas [...]: embora elas só adquiram personalidade após o nascimento com vida, o ordenamento jurídico lhes reconhece existência e confere proteção desde a concepção (art. 2.º do Código Civil). Da mesma forma, embora a sociedade só adquira personalidade após o registro, o ordenamento jurídico reconhece sua existência e lhe confere proteção desde a exteriorização dos primeiros atos tendentes à constituição do vínculo societário (por exemplo: assinatura de contrato social).*

Art. 986

Autores: Sérgio Mourão Corrêa Lima, Osmar Brina Corrêa Lima, João Eduardo Máximo de Castro e Délio Mota de Oliveira Júnior

Enunciado: Os fundos de investimento, os grupos de consórcio financeiro e planos de previdência complementar, sob o prisma subjetivo, são sociedades “de fato” ou em comum (art. 986 do CC/2002); e, no âmbito objetivo, exercem a copropriedade (que o Direito designa por condomínio) sobre o dinheiro e os demais ativos.

Justificativa: A operação dos fundos de investimento, dos grupos de consórcio e dos planos de previdência complementar consiste na entrega do dinheiro, pelos cotistas, consorciados e participantes, respectivamente, a uma instituição gestora, que administra a soma dos recursos financeiros, investindo-os conforme os parâmetros impostos pela autoridade reguladora e fiscalizadora. No caso dos fundos de investimento, dos grupos de consórcio e dos planos de previdência complementar, há um aglomerado de pessoas (os cotistas, consorciados e participantes), reunidos em sociedade, na medida em que pessoas *reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados* (art. 981 do CC/2002). Todavia, a lei não lhes atribui personalidade jurídica própria. Esta coletividade de indivíduos exerce propriedade comum (condomínio) sobre o dinheiro e demais ativos adquiridos a partir dos recursos aportados pelos Participantes. Note-se que há *condomínio, quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes [...]. A cada condômino é assegurada uma quota ou fração ideal da coisa e não uma parcela material desta. Cada cota ou fração não significa que a cada um dos comproprietários se reconhece a plenitude dominial sobre um fragmento físico do bem, mas que todos os comunheiros têm direitos qualitativamente iguais sobre a totalidade dele, limitados, contudo, na proporção quantitativa em que concorre com os outros comproprietários na titularidade sobre o conjunto*²⁸. Anote-se, por fim, que o tratamento legal atribuído pelo direito processual ao condomínio edilício e à massa falida não significa que todo conjunto de pessoas que exerça a copropriedade sobre determinado patrimônio; ou que todo conjunto de credores se torne, sob o prisma subjetivo, condomínios edilícios e massas falidas (entes despersonalizados), respectivamente.

Art. 991

Autor: Douglas Camarinha Gonzales

Enunciado: A administração da atividade de consórcio somente é possível mediante autorização expressa do Banco Central antes ou depois da Lei n. 11.795/2008. Já a partir da vigência da Lei n. 11.795/08, a administração da atividade de consórcio só poderá ser realizada por sociedade com responsabilidade limitada ou sociedade anônima, jamais por sociedade em conta de participação.

²⁸ Conforme: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. IV, 13a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 130.

Justificativa: Muito comum foi a formação de sociedades em conta de participação para a captação de clientes e formação de grupos de crédito, bem como a utilização de supostos contratos atípicos sem a autorização do Banco Central, mas que, na realidade, constituem simulação de efetiva atividade de administração de grupos de consórcio, em que os aderentes se obrigam a realizar depósitos mensais para um fundo social, além da existência de cobrança de diversas taxas de administração. A rigor, para a legítima caracterização da sociedade em conta de participação é mister a presença da *affectio societatis*, estabilidade do pacto entre os sócios e caracterização de sociedade de pessoas. Contudo, tais características passam ao largo de contratos em que há publicidade voltada ao público em geral para captar interessados na celebração de consórcios, pois se terá a relação de consumo estabelecida pela empresa e os clientes interessados – num polo o fornecedor e do outro o consumidor, sem qualquer estabilidade ou *affectio societatis*, pacto firmado via contrato de adesão. Nesses casos não há contrato comercial, mas sim de consumo. Por essas e outras razões, o legislador houve por bem definir os tipos de sociedade que poderão ter como objeto social a administração de consórcio, definiu-as no art. 5º da Lei 11.795/2008, deferindo-as tão somente à sociedade anônima e à sociedade limitada. A partir de 1º de maio de 1991, nos termos do art. 33 da Lei n. 8.177/91, as administradoras de consórcios dependem de autorização do Banco Central para funcionar regularmente no Brasil, que regulamentou o assunto pela Circular Bacen n. 3.432, de 3 de fevereiro de 2009. Ora, como a natureza jurídica de um contrato advém do plexo de direitos e obrigações perante terceiros e não do seu *nomen juris*, deve-se ter em mente que o objeto social da sociedade deve guardar fins legítimos e a forma estabelecida em lei, justamente para preservar a função social do contrato e da própria lei.

Art. 997, *caput* e inc. III

Autor: Rodolfo Pinheiro de Moraes

Enunciado: A integralização do capital social em bens imóveis pode ser feita por instrumento particular de contrato social ou de alteração contratual, ainda que se trate de sociedade sujeita a registro exclusivamente no RCPJ.

Justificativa: A sociedade limitada e outros tipos societários empresariais podem ser adotados pelas sociedades de natureza simples, sujeitas a registro no RCPJ (arts. 983 e I.150 do CC/02), aplicando-se lhes o direito federal estabelecido nas leis em sentido material e formal e decretos regulamentares relativas ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais. E neste caso incide o art. 64 da Lei Federal 8.934/94, que dispõe que a certidão das Juntas Comerciais será o documento hábil para o assentamento, no registro próprio, da transferência de propriedade dos bens utilizados na integralização do capital, dispensando-se a regra geral de instrumento público do art. 108 do CC/02. Já na sociedade de natureza simples que adotar o tipo simples, a chamada simples pura ou simples *stricto sensu* (CC/02, art. 983, *caput*, parte final), não poderiam incidir tais regras. Entretanto, a regra especial do art. 997, *caput* e inc. III, derogatória do comando contido no sobredito art. 108, prevê que o contrato social seja celebrado indiferentemente por instrumento

público ou particular e que a integralização compreenda indistintamente quaisquer espécies de bens, móveis ou imóveis, acrescente-se, desde que susceptíveis de avaliação pecuniária. A derrogação da regra geral tem como finalidade, assim como no art. 89 da Lei 6.404/76, facilitar a constituição de sociedades e a formação de seu capital.

Art. 997, inc. VII

Autora: Mônica de Cavalcanti Gusmão

Enunciado: Na sociedade simples pura (art. 983, parte final do CC/02) a responsabilidade dos sócios depende de previsão contratual. Na omissão será ilimitada e subsidiária, conforme o disposto nos arts. 1.023 e 1.024 do CC/02.

Justificativa: Nas sociedades simples puras, ou seja, aquelas que não adotam os tipos societários elencados nos arts. 1.039/1.092 do Código Civil, a responsabilidade dos sócios, ao invés de ilimitada e subsidiária, tese adotada por alguns doutrinadores, pode ser pactuada no contrato social (princípio da autonomia da vontade das partes), isto é, as partes podem convencionar sobre a responsabilidade: limitada, ilimitada, subsidiária ou solidária. Dificilmente encontraremos uma sociedade simples em que os sócios assumam espontaneamente responsabilidade ilimitada, arriscando o seu patrimônio pessoal no caso de inadimplemento das obrigações sociais. O Código Civil admite que os sócios optem expressamente pela responsabilidade ilimitada e subsidiária. Admitir a responsabilidade ilimitada nas sociedades simples, independentemente de cláusula contratual em sentido contrário, implica em verdadeiro retrocesso com evidente retração do mercado. A recentíssima Lei n. 12.441/2011, que instituiu a figura da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, tem como um dos propósitos o estímulo ao exercício de atividade empresarial por pessoas físicas, sem que precisem usar de artifício conhecido para escapar da responsabilidade ilimitada: a constituição de sociedade aparente ou fictícia, em que um dos sócios detém quase que a totalidade do capital social, deixando para o outro um percentual ínfimo. Dito isso, já está mais do que na hora de os sócios de sociedade simples pura terem segurança jurídica em relação à responsabilidade perante credores sociais²⁹. Este entendimento não contraria o disposto no **Enunciado 61**, aprovado na I Jornada do Conselho da Justiça Federal, pois nada impede que os sócios pactuem no contrato social a responsabilidade ilimitada, solidária ou subsidiária, ou a responsabilidade limitada. Entendo que³⁰, na omissão contratual, há responsabilidade ilimitada e subsidiária dos sócios, com base nos arts. 1.023 e 1.024 do Código. Segundo Arnoldo Wald,³¹ *em razão deste dispositivo, pode-se concluir que o regime de responsabilidade dos sócios é uma prerrogativa dos sócios, a ser definida no contrato social, não sendo obrigatória a adoção da responsabilidade subsidiária.*³²

29 Para Carlos Maximiliano a segurança jurídica é o objeto superior da legislação. Apresenta-se como um pressuposto para o desenvolvimento das atividades econômicas, com o estímulo do investimento produtivo, o empreendedorismo, os atos e operações negociais.

30 GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial*, 10. ed. Editora Lumen júris. Rio de Janeiro.

31 WALD, Arnoldo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

32 Parecer publicado no site www.irtdpjbrazil.com.br/ParecerWald.pdf.

Arts. 1.009, 1.016, 1.036, 1.080 e 50

Autores: Sérgio Mourão Corrêa Lima, Osmar Brina Corrêa Lima, João Eduardo Máximo de Castro e Délio Mota de Oliveira Júnior

Enunciado: Na apuração de haveres de sócio ou acionista retirante (art. 1.031 do CC), devem ser afastados os efeitos da diluição injustificada e ilícita da participação destes na sociedade.

Justificativa: O sócio ou acionista que se retira da sociedade tem o direito de ter o valor dos seus haveres aferido:

- De acordo com o valor do patrimônio real da sociedade, que abarca os bens intangíveis e incorpóreos³³; e
- A partir da participação que os sócios ou acionistas retirantes teriam, afastados os efeitos nefastos de eventuais diluições ilícitas de sua participação, sob pena de restar configurado o enriquecimento sem causa (art. 884 do CC/2002 e art. 170 da Lei das S.A.) da sociedade (diretamente) e dos sócios remanescentes (indiretamente).

Arts. 1.009, 1.016, 1.036, 1.080 e 50

Autores: Sérgio Mourão Corrêa Lima, Osmar Brina Corrêa Lima, João Eduardo Máximo de Castro e Délio Mota de Oliveira Júnior

Enunciado: A extensão de responsabilidade, genericamente tratada como desconsideração da personalidade jurídica, nos casos de fraude, ilicitude, confusão patrimonial e unicidade administrativa, engloba:

- 1) a responsabilização dos administradores da sociedade (arts. 50, 1.009, 1.016, 1.036 do CC/2002; e art. 158 da Lei das S.A.), que permite que se atinja o patrimônio destes;
- 2) a desconsideração da personalidade jurídica (arts. 50 e 1.080 do CC/2002; e art. 117 da Lei das S.A.), que permite que se atinja o patrimônio dos sócios; e
- 3) a extensão da responsabilidade a outras pessoas do mesmo grupo econômico (art. 50 do CC/2002; e art. 265 e seguintes da Lei das S.A.), que permite que se atinja o patrimônio destas.

Justificativa: Aplicando o instituto da extensão de responsabilidade, genericamente tratada como desconsideração da personalidade jurídica, nos casos de fraude, ilicitude, confusão patrimonial e unicidade administrativa:

33 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 453476 / GO, Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Órgão Julgador: Terceira Turma, Data do julgamento: 01/09/2005; e Recurso Especial n. 271930 /SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Órgão Julgador Quarta Turma, Data do julgamento 19/04/2001.

- 1) O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu que *não só os sócios das sociedades empresárias são responsáveis pela prática de atos irregulares, mas, igualmente, os seus administradores, ex vi do art. 50 do diploma material, sendo esse, ainda, o entendimento dos tribunais superiores. Assim, [...] nada impede que os atos de constrição, além dos sócios, recaiam sobre os bens do ADMINISTRADOR*³⁴;
- 2) O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que *a execução segue em direção aos bens dos sócios, tal qual previsto expressamente pela parte final do próprio art. 50, do Código Civil*³⁵; e
- 3) O Superior Tribunal de Justiça já estendeu os efeitos de sociedade falida a diversas pessoas integrantes do mesmo grupo econômico³⁶.

Art. 1.011, caput

Autor: Alexandre Pinheiro dos Santos

Enunciado: O “homem ativo e probo” ao qual se refere o *caput* do art. 1.011 do Código Civil é o **homem de negócios** apto para a atividade empresarial.

Justificativa: A presente proposta de enunciado está em consonância com precedentes críticas doutrinárias ao fato de o *caput* do art. 1.011 do Código Civil contemplar, na sua literalidade (*o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios*), uma reprodução do núcleo do disposto no art. 153 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das S/A), o qual já se encontra superado entre estudiosos e aplicadores de tal diploma legal. Conforme ensina a doutrina especializada³⁷, a tradicional figura do **bom pai de família** (“homem ativo e probo”) é, nos dias atuais, insuficiente para caracterizar o administrador diligente de uma sociedade, que deve ter elevada aptidão para a atividade empresarial e não pode ter aversão à assunção dos riscos inerentes. As diversas e notórias falhas de governança corporativa detectadas no âmbito da crise financeira internacional de 2008 corroboram tal constatação. Considerando o acima exposto, submetemos a presente proposta de enunciado, que consubstancia, essencialmente, uma interpretação sistemática e dinâmica do *caput* do art. 1.011 do Código Civil, inspirada, basicamente, no atual entendimento da doutrina de que o critério ali adotado [...] *está intimamente ligado ao do homem de negócios, o businessman do direito anglo-saxão, e não o bom pai de família do direito romano*³⁸ [...].

34 BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Processo n. 1.0024.05.642.399-9/003, Relator Desembargador Tarcísio Martins Costa, Data da Publicação 01/03/2010.

35 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1169175/DF, Relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 04/04/2011.

36 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.266.666/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 25/08/2011.

37 Cf. PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 45-53.

38 CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. *Direito das Companhias*. v. I / Coordenadores: Alfredo Lamy Filho; José Luiz Bulhões Pedreira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1100.

Art. 1.011, § 1º

Autor: Alexandre Pinheiro dos Santos

Enunciado: Para os fins do disposto no art. 1.011, § 1º, do Código Civil, *crime contra o sistema financeiro nacional* é o previsto na Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986, ou na Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976 (arts. 27-C a 27-E).

Justificativa: A presente proposta de enunciado decorre do fato de o art. 1.011, § 1º, do Código Civil, incluir entre os que não podem ser administradores de sociedade os condenados por crime contra o sistema financeiro nacional, sem, contudo, fazer expressa menção aos crimes contra o mercado de capitais, o qual, como sabido, é um dos relevantes segmentos daquele sistema. Considerando que a Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986, conhecida como *Lei do Colarinho Branco*, define os crimes contra o sistema financeiro nacional, mas é complementada pelo disposto na Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976 (com a redação conferida pela Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001), que tipifica, especificamente, os crimes contra o mercado de capitais (arts. 27-C a 27-E da Lei n. 6.385), entendemos que é cabível e importante esclarecer, no particular, a abrangência do art. 1.011, § 1º, do Código Civil. Para corroborar o nosso posicionamento, permitimo-nos transcrever o seguinte e elucidativo ensinamento da doutrina especializada: [...] *o fato de os crimes contra o mercado de capitais não encontrarem previsão típica específica na “Lei do Colarinho Branco” não elide a natureza financeira desses crimes, pois, como já foi recordado ao longo desta obra, o mercado de capitais representa um segmento ou parcela do sistema financeiro nacional, o qual, como se sabe, figura como o bem jurídico genericamente tutelado tanto pela Lei n. 7.492/86 quanto pela Lei n. 10.303/01, esta na parte em que dispõe sobre os crimes contra o mercado de valores mobiliários*³⁹.

Art. 1.015, parágrafo único

Autora: Ana Frazão

Enunciado: O parágrafo único, do art. 1.015, do Código Civil, deve ser interpretado em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva, de forma que o excesso dos administradores não pode ser oposto ao terceiro que não sabia nem deveria saber da limitação de poderes daqueles. (A aprovação do presente enunciado implica o cancelamento, ainda que parcial, do Enunciado 219).

Justificativa: O artigo precisa ser interpretado de acordo com a boa-fé objetiva, princípio estruturante das relações privadas, e em conformidade com a teoria da aparência, que já vinha sendo reconhecida pela doutrina e jurisprudência antes do novo Código Civil. Vale ressaltar, inclusive, que o Enunciado 145, das II Jornadas, acolhe entendimento semelhante, ao prever que *o art. 47 não afasta a aplicação da teoria da aparência*. Consequentemente, o excesso de poderes de administradores não pode ser oposto a terceiro de boa-fé. Por essa

39 WELLISCH, Julya Sotto Mayor. *Competência da Justiça Federal para processo e julgamento dos crimes contra o mercado de capitais*. Interesse Público, n. 63. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 108.

razão, e também em nome da segurança das transações empresariais, a teoria do *ultra vires* foi praticamente abandonada mesmo no direito anglo-saxão desde o final do século XX, de forma que seria um grande retrocesso interpretar o parágrafo único do art. 1015, sob o seu viés. Acresce que mesmo a interpretação gramatical dos incisos do parágrafo único do art. 1.015, confirma a conclusão ora proposta. Com efeito, apenas se poderia entender que a teoria do *ultra vires* foi acolhida em maior extensão se o inc. I fosse independente. Ocorre que a leitura do inc. II mostra que este se refere necessariamente ao inc. I. Com efeito, ao mencionar a expressão “conhecida”, o inc. II, por uma questão de concordância gramatical, apenas pode referir-se à “limitação” prevista no inc. I, uma vez que, se estivesse se referindo ao “excesso”, tal como previsto no *caput*, teria que utilizar da expressão “conhecido”. Assim, os incs. I e II referem-se a uma só hipótese, qual seja, à de limitação de poderes que, inscrita ou averbada no registro, era conhecida do terceiro, conclusão que se afina com o enunciado proposto, pois afasta a boa-fé objetiva – e mesmo a subjetiva – do terceiro. A hipótese do inc. III, que seria distinta da primeira (incs. I e II combinados), também é compatível com o enunciado, na medida em que, diante dos padrões de cuidado impostos pela boa-fé, seria exigível do terceiro que soubesse da limitação de poderes dos administradores em hipótese de *operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade*. Ainda que assim não fosse, o inc. I deveria ser interpretado em conformidade com a proteção ao terceiro de boa-fé.

Art. 1.016

Autora: Juliana Brites Gomes

Enunciado: O redirecionamento de dívida não tributária ao administrador, sócio ou não, independe da desconsideração da personalidade jurídica, como disposto no art. 50, CC, sendo cabível desde que descumprido o estabelecido no art. 1016, CC, pelo gestor da pessoa jurídica, o que pode ser evidenciado com a dissolução irregular desta.

Justificativa: A pessoa jurídica tem, por lei, personalidade jurídica diversa de seus membros, angariada, no caso da sociedade empresária, com o arquivamento de seu contrato social na Junta Comercial respectiva. Tal personalidade subsiste até sua extinção regular, conforme art. 1033 do CC, necessitando de posterior liquidação, nos termos do art. 1102 do CC. Mas nem sempre se opta pelos ditames legais, preferindo o simples cerramento das portas.

Nesta hipótese, quanto às dívidas tributárias, o art. 135, III, do CTN prevê, em suma, que há responsabilidade dos representantes pelas dívidas que a sociedade contrair, como ocorre na célebre certidão do meirinho que não encontra a pessoa jurídica onde ela deveria funcionar (art. 997, II, do CC e art. 999, parágrafo único, do CC), como se vê do REsp n. 1.117.705.

No que tange às obrigações não tributárias, em que o CTN não se aplica, defendia-se, de início, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, o que era dificultado, pois a prova do abuso de personalidade é quase inviável, como se observa do REsp n. 973.0635, além do que, era olvidado que o art. 50, do CC é medida extrema e, portanto, inadequada à hipótese.

Diante desta disparidade, os tribunais passaram a entender pela responsabilização do gestor de pessoa jurídica quando ocorresse a dissolução irregular desta, conforme art. 1016 do CC, como já determinou o art. 10 do extinto Decreto n. 3.078/19, diante da não aplicação do procedimento de liquidação, como visto no AI n. 169.691 (TRF/ 2ª Região). Por isso, propõe-se este enunciado que, consubstanciado em boa parte da jurisprudência, reafirma a responsabilização dos gestores de pessoas jurídicas por dívidas não tributárias (art. 1016, do CC), sem que, para isso, proceda-se à prévia desconsideração da personalidade jurídica destas.

Art. 1.029

Autora: Ana Frazão

Enunciado: Cancelamento do Enunciado 390.

Justificativa: A regra do art. 1.029 não pode se aplicar às sociedades anônimas fechadas, que estão regidas pela disciplina específica da Lei das S/A, clara ao mencionar que o direito de retirada não é livre, mas apenas pode ocorrer nas hipóteses previstas em seu art. 137. A razão para as limitações ao direito de retirada decorre da própria natureza das sociedades anônimas – em princípio, sociedades de capital –, em relação às quais as participações societárias podem ser livremente negociadas, de forma que o meio usual de saída do sócio é alienação de ações, por sua conta e risco. Sob esse prisma, o direito de retirada, no qual a saída do acionista ocorre com ônus para a companhia, precisa ser limitado a hipóteses específicas, nas quais se quer proteger o acionista dos ônus decorrentes da livre negociação de suas ações quando for dissidente em relação a assuntos de fundamental importância. Mesmo havendo jurisprudência, inclusive do STJ, admitindo a dissolução parcial de sociedades anônimas fechadas, tem-se que tal entendimento, além de discutível, é restrito a hipóteses específicas de sociedades anônimas familiares ou nas quais se vislumbraria a *affectio societatis*, não podendo ser considerado como regra. A regra, pelo contrário, é a de que o direito de retirada, em qualquer sociedade anônima – aberta ou fechada – está limitado às hipóteses do art. 137, da Lei das S/A. Acresce que, independentemente das questões de princípio ora levantadas, o critério da especialidade da Lei das S/A já afastaria a aplicação do art. 1.029, do Código Civil, às sociedades anônimas. Mesmo em relação às sociedades limitadas, não se pode aplicar irrestritamente o art. 1.029 para todos os casos, tendo em vista que o art. 1.077, do Código Civil, estabelece as hipóteses do direito de retirada. Ainda que se entenda que tais hipóteses não sejam exaustivas, até em razão da possibilidade de dissolução parcial da sociedade, a aplicação subsidiária do art. 1.029 do CC, às sociedades limitadas “de capital” deve ser cuidadosa e compatível com o perfil da sociedade, evitando que se transfira para esta o ônus da saída que caberia aos sócios.

Art. 1.030, parágrafo único**Autores:** Newton de Lucca e Leonardo Netto Parentoni**Enunciado:** O insolvente civil fica de pleno direito excluído das sociedades nas quais seja sócio.**Justificativa:** Assim dispõe o art. 1.030, parágrafo único, do Código Civil:

Art. 1.030. [...] Parágrafo único. Será de pleno direito excluído da sociedade o sócio declarado falido, ou aquele cuja quota tenha sido liquidada nos termos do parágrafo único do art. 1.026.

O parágrafo único do art. 1.030 impede o sócio falido de participar de sociedades. Porém, não trata, ao menos expressamente⁴⁰, do sócio insolvente. A partir dessa omissão, surgiu posicionamento no sentido de que a insolvência civil não constituiria impedimento à participação do insolvente em sociedade, por inexistir proibição legal expressa⁴¹. Todavia, deve-se recordar que *o insolvente civil perde o poder de administrar e dispor de seus bens*, conforme clara dicção do art. 752 do Código de Processo Civil⁴². Tem-se, portanto, a mesma consequência atribuída ao falido pelo art. 75 da Lei n. 11.101/2005. Assim, *diante de uma mesma circunstância de fato, não faria sentido aplicar consequências jurídicas diversas*, em atenção ao clássico brocardo: *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*. Destarte, se propõe a interpretação de que também o insolvente civil fica proibido de participar do quadro societário, devendo ser excluído de pleno direito.

Art. 1.031**Autores:** Sérgio Mourão Corrêa Lima, Osmar Brina Corrêa Lima, João Eduardo Máximo de Castro e Délio Mota de Oliveira Júnior**Enunciado:** Na apuração de haveres de sócio retirante de sociedade *holding*, deve ser apurado o valor global de seu patrimônio. Para tanto, deve-se considerar o valor real da participação da *holding* nas sociedades das quais participa, incluindo seus bens incorpóreos ou intangíveis.**Justificativa:** É pacífico o entendimento de que a apuração de haveres deve considerar o montante real e global do patrimônio da sociedade⁴³. A sociedade *holding* não desenvolve

40 Indiretamente, parece indicar a possibilidade do insolvente ser excluído, a requerimento do credor, nos termos do art. 1.026, parágrafo único, do Código Civil: art. 1.026. [...]

Parágrafo único. *Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação.*

41 LOBO, Jorge. *Sociedades Limitadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I. p. 243. *A insolvência civil (CPC, arts. 748 e segs.) é justa causa para exclusão judicial do sócio da sociedade limitada, embora não constitua um impedimento[...]*.

42 BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 5.869. Brasília: 11/01/1973. Art. 752. *Declarada a insolvência, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e de dispor deles, até a liquidação total da massa.*

43 Conforme: STF, Recurso Extraordinário n. 89464, Relator: Ministro Cordeiro Guerra, Órgão Julgador: Segunda Turma; e STJ, Recurso Especial n. 35.702/SP, Relator: Ministro Waldemar Zveiter, Órgão Julgador: Terceira Turma.

qualquer atividade, na medida em que seu objetivo consiste no controle ou participação em outras sociedades. Desse modo, a apuração de haveres em sociedade *holding* não pode deixar de considerar o valor real e global da participação desta nas sociedades quais participa, sob pena de proporcionar o enriquecimento sem causa da sociedade (diretamente) e dos sócios remanescentes (indiretamente), em detrimento do sócio retirante.

Art. 1.033, parágrafo único

Autor: Fernando Cerqueira Chagas

Enunciado: O sócio remanescente de sociedade simples que desejar continuar suas atividades econômicas sob a forma de *empresa de responsabilidade limitada*, ao dar curso à transformação imprópria a que alude o parágrafo único do art. 1.033 do Código Civil, poderá manter seu registro como pessoa jurídica junto ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Justificativa: Trata-se de hipótese em que a lei falou menos do que gostaria. A limitação de responsabilidade não deve estar afeta apenas ao empresário, mas também ao profissional autônomo estabelecido, como medida de isonomia.

Art. 1.033, parágrafo único

Autora: Mônica de Cavalcanti Gusmão

Enunciado: Admite-se o pedido de transformação do registro da sociedade anônima, na hipótese do art. 206, I, *d*, da Lei 6404/1976, para empresário individual ou empresa individual de responsabilidade limitada.

Justificativa: O parágrafo único do art. 1.033, acrescentado pela Lei Complementar n. 128/08, permite a continuação da atividade pelo sócio remanescente, ainda que seja titular de todas as cotas da sociedade, se requerer no Registro Público de Empresas Mercantis a transformação do registro da sociedade para empresário individual, ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 do Código Civil. Sustento que a hipótese acima pode ser aplicada às sociedades anônimas reduzidas a um único acionista, ao invés de ser-lhes imposta a dissolução de pleno direito.⁴⁴ Pensar de forma diversa é conferir tratamento diferenciado às sociedades regidas pelo Código Civil, em flagrante violação aos princípios da isonomia, preservação da empresa e sua função social. Acrescente-se o fundamento de que o art. 1.090 do Código Civil permite sua aplicação supletiva nas hipóteses de omissões da lei das sociedades por ações. Entendo que o apego à literalidade, nesse caso, prejudicaria o acionista remanescente que optasse pela continuação da atividade como empresário individual⁴⁵.

44 Art. 206, I, *d*, da L. n. 6.404/76.

45 GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial*. 10. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Arts. 1.043, II; 1.063, § 3º; 1.084, § 1º; 1.109, parágrafo único; 1.122; 1.144; 1.146; 1.148 e 1.149; Lei Complementar n. 123/2006, art. 71

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Enunciado: Os prazos estabelecidos no Código Civil cujo termo inicial se dá a partir da publicação de ato societário ou de empresário individual são contados da data do arquivamento ou averbação do documento no registro próprio (art. 1.150) para os fins do art. 71 da Lei Complementar 123/2006 (microempresa, empresa e pequeno porte e microempreendedor individual).

Justificativa: A dispensa de publicação de atos societários para as sociedades enquadradas como ME, EPP ou para atos de empresário individual ou MEI, prevista na Lei Complementar 123/2006, não dispensa a publicidade do ato societário ou do empresário. Não se deve confundir a dispensa de **publicação** com a de **publicidade**, pois essa é fundamental em determinadas situações previstas no Código Civil para o exercício por parte de terceiros de direitos de ordem material (arts. 1.084, § 1º e 1.148), formal (arts. 1.043, II; 1.109, parágrafo único e 1.122) ou eficácia do ato em relação a terceiros (1.063, § 3º; 1.144 e 1.149). Os prazos referidos nos dispositivos citados na proposição devem ser contados a partir do arquivamento ou averbação do documento apropriado no registro da sociedade ou do empresário, observadas as prescrições do Código Civil quanto ao órgão competente e o efeito do arquivamento intempestivo (arts. 1.150 e 1.151, §§1º e 2º).

Art. 1.053

Autor: André Luiz Santa Cruz Ramos

Enunciado: A aplicação subsidiária das normas da sociedade simples à sociedade limitada não se confunde com a aplicação supletiva das normas da sociedade anônima à sociedade limitada, não se tratando de situações excludentes. A primeira se dá *ex lege*, quando não houver regra específica expressa (ex.: regras de dissolução); a segunda se dá por previsão contratual, quando houver compatibilidade de regimes jurídicos (ex.: regras sobre acordo de acionistas).

Justificativa: Em meu livro *Direito Empresarial Esquematizado*, assim explico o meu ponto de vista: [...] *Em princípio, aplicam-se subsidiariamente à sociedade limitada as regras da sociedade simples (art. 1.053 ...). No mais, cabe ao contrato social suprir eventuais omissões da legislação. [...] Assim, o que a norma do art. 1.053, parágrafo único, do Código Civil permite, ao facultar aos sócios a estipulação contratual de regência supletiva da sociedade limitada pelas regras da sociedade anônima, é a possibilidade de incidirem as regras da S/A nas matérias sobre as quais os sócios poderiam contratar. [...] Veja-se o seguinte exemplo: as regras da sociedade limitada não disciplinam expressamente a possibilidade de os sócios firmarem acordo sobre compra e venda de quotas. Também não há nada sobre esse assunto nas regras da sociedade simples. No entanto, também não há nenhuma regra [...] que impeça o tratamento dessa matéria no contrato social. Portanto, os sócios podem estabelecer no*

contrato a possibilidade de celebração de acordo de quotistas nas sociedades limitadas, com aplicação supletiva do disposto no art. 118 da Lei das S/A [...]. Há certas regras da Lei das S/A, todavia, que não podem ser aplicadas supletivamente às sociedades limitadas, porque se referem a matérias que são típicas das sociedades anônimas, sendo, pois, incompatíveis com o regime contratual das limitadas, como, por exemplo, a emissão de debêntures, a abertura do capital etc. Também não é possível aplicar supletivamente as regras da S/A às sociedades limitadas quando se tratar de temas relacionados à constituição e à dissolução da sociedade. Sendo a sociedade limitada tipo societário contratual, a sua constituição e dissolução deve seguir, necessariamente, as regras previstas no Código Civil.

Arts. 1.057 e 1.003

Autores: Sérgio Mourão Corrêa Lima, Osmar Brina Corrêa Lima, João Eduardo Máximo de Castro e Délio Mota de Oliveira Júnior

Enunciado: A atribuição de pequena participação societária a empregado configura gratificação que, formalizada por meio de alteração contratual, gera efeito entre o sócio cedente e o empregado cessionário.

Justificativa: O Direito do Trabalho define gratificação como *parcelas contraprestativas pagas pelo empregador em decorrência de um evento ou circunstância tida como relevante pelo empregador (gratificações convencionais) ou por norma jurídica (gratificações normativas)*⁴⁶. É prática recorrente que a sociedade ou seus controladores atribuam, a título de gratificação, o direito de participação nos lucros ou pequenas participações societárias. Estas duas formas de gratificações geram efeitos tanto trabalhistas, quanto societários. O registro da alteração contratual confere eficácia do ato perante terceiros (art. 1.057, parágrafo único, do CC/2002). Todavia, os efeitos entre cedente, cessionário e a própria sociedade não dependem de registro⁴⁷.

Art. 1.074, § 1º

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Enunciado: Quando as deliberações sociais obedecerem à forma de reunião, na sociedade limitada com até 10 (dez) sócios, é possível que a representação do sócio seja feita por outras pessoas além das mencionadas no § 1º do art. 1.074 do Código Civil (outro sócio ou advogado).

Justificativa: Apesar de admitir expressamente que as deliberações sociais possam ser realizadas em assembleia ou reunião de sócios nas sociedades limitadas com até 10 (dez) sócios, conforme interpretação *a contrario sensu* do § 1º do art. 1.072, o Código Civil não precisa quais exigências previstas para a assembleia podem ser afastadas no contrato social

⁴⁶ Conforme: DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 738.

⁴⁷ Conforme STJ, Recurso Especial n. 195236 / SP, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, Órgão Julgador: Quarta Turma.

se a forma de deliberação prevista for reunião. Embora o art. 1.074 não faça menção em sua redação à reunião, é possível ampliar o rol dos legitimados a representar o sócio ausente no conclave, inclusive admitindo-se que qualquer pessoa possa fazê-lo mesmo sem vínculo com a sociedade. Com tal proposta pretende-se tornar mais fácil e rápida a tomada de decisões, possibilitando ao sócio maiores opções de escolha de seu mandatário. Sem embargo, é fundamental a previsão expressa da regra no contrato social, sob pena de aplicação das disposições sobre assembleia (art. 1.072, § 6º).

Art. 1.076

Autor: Wilges Bruscato

Enunciado: Além das ressalvas contidas no *caput* do art. 1.076, que remetem ao art. 1.061 e § 1º do art. 1.063, é necessário que se observe o comando do § 2º do art. 1.074.

Justificativa: As deliberações sociais se dão pelo princípio da maioria, que leva em conta a participação societária e não o número de sócios partidários de um posicionamento em deliberação. Ocorre que, na prática, tal princípio não tem se harmonizado.

Arts. 1082, inc. I e 1084

Autora: Nelly Maria Potter Welton

Enunciado: A diminuição do capital social quando houver perdas irreparáveis (art. 1082, I, CC) deve obedecer às mesmas formalidades legais dos parágrafos do art. 1084, CC.

Justificativa: O art. 1084 visa regular a diminuição do capital social quando excessivo em relação ao objeto da sociedade (art. 1082, II, CC), estabelecendo determinadas formalidades legais que devem ser observadas para que a redução se efetive. Quais sejam:

- A ata de assembleia que aprova a redução do capital social deve ser publicada, seguindo os trâmites do parágrafo único do art. 1152 do CC (órgão oficial e jornal de grande circulação);
- Desta publicação o credor quirografário pode opor-se à deliberação (oposição de credores, art. 174 LSA);
- A redução pretendida somente se efetivará se a ata de assembleia não for impugnada ou se no prazo legal provar-se o pagamento ou o depósito do respectivo valor.

Apenas depois de satisfeitas tais condições é que se procederá à averbação da ata que tenha aprovado a redução no Registro Público de Empresas Mercantis. À luz do princípio constitucional da igualdade que propugna pelo tratamento isonômico e em prol da garantia dos credores, estas mesmas formalidades devem ser observadas na hipótese de redução do capital social, depois de integralizado, quando houver perdas irreparáveis.

Art. 1.085

Autor: Leonardo Gomes de Aquino

Enunciado: A previsão de exclusão extrajudicial do sócio poderá ocorrer sempre que o sócio praticar atos de atos de inegável gravidade, gerando risco à continuidade da empresa. O *quorum* para a exclusão deverá observar a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, excluindo da contagem deste *quorum* o(s) sócio(s) que cometeram os atos de inegável gravidade, bem como as suas quotas.

Justificativa: Se o sócio com a maioria do capital social praticar atos desleais para com a sociedade e demais sócios, gerando risco para existência viável da empresa poderá ser excluído de forma extrajudicial. A doutrina dominante afirma que a exclusão prevista no art. 1.085 apenas se aplica aos sócios minoritários e está condicionada: a) à previsão legal ou contratual permitindo a exclusão por justa causa; b) a exclusão deverá fundar-se em ato de inegável gravidade que coloque em risco a continuidade da empresa e em decisão de maioria em assembleia ou reunião, que represente metade do capital social e; c) à ciência prévia do acusado para que possa exercer o direito de defesa. Assim, a minoria não reúne o pressuposto da representação de mais da metade do capital social⁴⁸. Neste caso, o sócio não poderia ser excluído da sociedade por meio de acordo em assembleia, pois o demais sócios não iriam conseguir a maioria do capital social, devendo neste caso solicitar judicialmente. É certo que todos os sócios possuem o direito de votar e ser votado nas reuniões e assembleias, mas nenhum sócio, por si ou na condição de mandatário, pode votar matéria que lhe diga respeito diretamente (art. 1.074, § 2º, do Código Civil). Logo, não me parece correto a interpretação dada pela doutrina ao art. 1.085, CC, visto que o voto do sócio majoritário será um voto conflitante com o interesse da sociedade. Assim este deve abster-se, uma vez que o direito de voto deve ser exercido no interesse da sociedade, bem como não deve ser considerada a sua quota para a mensuração do *quorum* de aprovação da exclusão.

Arts. 1.085, 1.030 e 1.033, III

Autores: Sérgio Mourão Corrêa Lima, Osmar Brina Corrêa Lima, João Eduardo Máximo de Castro e Délio Mota de Oliveira Júnior

Enunciado: A quebra da *affectio societatis* configura justa causa para a exclusão extrajudicial e judicial do sócio minoritário, desde que aprovada pela maioria dos sócios remanescentes, em virtude do disposto no art. 5º, XX, da Constituição da República de 1988.

Justificativa: A *affectio societatis* é elemento essencial e de extrema importância para o convívio dos sócios e o ambiente adequado ao desenvolvimento das atividades sociais no

48 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 418.

âmbito das sociedades de pessoas, constituídas *intuitus personae*⁴⁹. Assim, a imposição de que pessoas, que não mais têm afeição, permaneçam vinculadas em sociedade, é extremamente prejudicial ao funcionamento da empresa e afronta o disposto no art. 5º, XX, da Constituição da República de 1988, que dispõe que *ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado*. Parte da jurisprudência também já reconheceu que *a quebra da affectio societatis configura justa causa à exclusão do sócio minoritário*⁵⁰. Necessária, pois, a revogação do Enunciado 67⁵¹ aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

Arts. 1.134

Autor: Ronald Amaral Sharp Junior

Enunciado: A sociedade estrangeira pode ser sócia em sociedades de outros tipos, não se limitando às anônimas.

Justificativa: A norma do art. 1.134 do Código Civil tem natureza permissiva, e não proibitiva, apenas prevendo a possibilidade de pessoas jurídicas estrangeiras participarem de sociedades anônimas, mas sem vedar a participação em sociedades de outros tipos. O artigo representa a quase que literal transcrição do art. 64 do Decreto-Lei 2.627/40 (antiga Lei das S.A.) que, aliás, continua em vigor, por força do art. 300 da Lei 6.404/76. Fazia todo sentido que o referido art. 64 somente se referisse à participação em sociedades anônimas, porquanto o diploma normativo em que estava inserido tratava justamente de S.A e quando foi transposto para o Código Civil de 2002 restou mal localizado. Houve uma falha de revisão final do Código. Contudo, o art. 997, inc. I, prevê que contrato social das sociedades regidas pelo Código Civil mencione a nacionalidade dos sócios pessoas jurídicas, logo admitindo que possam ser estrangeiras. Além disso, a liberdade de associação para a constituição de sociedades e a livre iniciativa são franquias constitucionais que não comportam interpretações restritivas.

Arts. 1.134

Autores: Newton de Lucca e Leonardo Netto Parentoni

Enunciado: Atendidos os requisitos do art. 1.134 do Código Civil, a sociedade estrangeira pode ser cotista de sociedade limitada brasileira.

49 Conforme: LEITE JÚNIOR, Carlos Antônio Goulart. *Affectio Societatis*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 112 e 113; e TJMG, Apelação n. 1.0024.01.025864-8/001, Relator: Des. Nicolau Masselli, Órgão Julgador: 13ª Câmara Cível.

50 Conforme: STJ, Recurso Especial n. 61.321/SP, Relator: Ministro Waldemar Zveiter, Órgão Julgador: Terceira Turma; e TJMG, Apelação n. 2.0000.00.487033-9/000, Relatora: Des. Albergaria Costa, Órgão Julgador: 11ª Câmara Cível.

51 Enunciado 67 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (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*).

Justificativa: Numa economia globalizada e altamente competitiva, com a tendência de concentração de empresas em muitos setores – setor de transporte aéreo de passageiros, venda de alimentos no varejo, distribuição de combustíveis, indústria automotiva etc. – é usual que sociedades estrangeiras busquem adquirir participação em empresas brasileiras. No entanto, o art. 1.134 somente permite que sejam acionistas de sociedade anônima nacional, *excluindo a possibilidade de que grupos estrangeiros adquiram cotas de sociedades limitadas nacionais.*

A razão histórica disto é o fato de que o dispositivo em comento baseou-se nos arts. 59 a 73 do Decreto-Lei n. 2.627/1940 (Antiga Lei de S/A), a qual trazia proposição semelhante⁵². Não havendo nada a esse respeito na norma sobre sociedades limitadas então vigente (Decreto n. 3.708/1919), este tipo societário restou “esquecido” pelo art. 1.134 do Código Civil de 2002.

Ocorre que a mencionada vedação apresenta *vício de inconstitucionalidade e destoa de todo o sistema do Código Civil*. Primeiro, porque ao disciplinar os investimentos estrangeiros no País, a Constituição Federal não sinalizou, em momento algum, que deveriam eles se restringir às companhias. Pelo contrário, simplesmente se limitou a atribuir a regulamentação do tema à lei ordinária⁵³. Portanto, não há fundamento *constitucional* que embase essa restrição⁵⁴.

Em segundo lugar, porque no plano infraconstitucional a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁵⁵ aproxima as companhias fechadas das sociedades limitadas, de maneira que não faria sentido a diferenciação entre elas, quanto à possibilidade de acolher sócios estrangeiros.

Por fim, o tratamento dispensado pelo Código Civil às sociedades limitadas diverge muito do modelo sucinto anteriormente adotado pelo Decreto n. 3.708/1919⁵⁶, na medida em que lhes impõe rigorosos quóruns deliberativos e regula com maior detalhamento a

52 Notícia histórica dada por: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). *Código Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1046.

53 BRASIL. Congresso Nacional. Constituição Federal. Brasília: 05/10/1988. Art. 172. *A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.*

54 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 722.

55 Por exemplo: STJ, 2ª Seção, EREsp. n. 419.174/SP, j. 28/05/2008, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior. Trecho do voto do Relator: *É inquestionável que as sociedades anônimas são sociedades de capital (intuito pecuniae), próprio às grandes empresas, em que a pessoa dos sócios não têm papel preponderante. Contudo, a realidade da economia brasileira revela a existência, em sua grande maioria, de sociedades anônimas de médio e pequeno porte, em regra, de capital fechado, que concentram na pessoa de seus sócios um de seus elementos preponderantes, como sói acontecer com as sociedades ditas familiares, cujas ações circulam entre os seus membros, e que são, por isso, constituídas intuito personae.* [...]

Em tais circunstâncias, muitas vezes, o que se tem, na prática, é uma sociedade limitada travestida de sociedade anônima, sendo, por conseguinte, equivocado querer generalizar as sociedades anônimas em um único grupo, com características rígidas e bem definidas.

No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp. n. 507.490/RJ, j. 19/09/2006, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros.

56 Fato que, inclusive, rendeu diversas críticas ao Código Civil: TAVARES BORBA, José Edwaldo. *Direito Societário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 100. *Hoje, quando muitos países adotam uma sociedade anônima simplificada, a fim de flexibilizar os pequenos e médios negócios, o novo Código Civil complica e burocratiza um modelo societário consagrado pela prática.*

administração e o funcionamento dos demais órgãos sociais. Portanto, *foi intenção do próprio Código Civil aproximar o tratamento das sociedades limitadas ao das companhias fechadas*⁵⁷, de sorte que o art. 1.134 destoa do restante do sistema⁵⁸.

Em razão disso, o que se propõe é uma *interpretação conforme a Constituição*⁵⁹ do art. 1.134, *caput*, a fim de que a possibilidade de sociedades estrangeiras serem sócias de pessoas jurídicas nacionais seja *estendida às sociedades limitadas*, ressalvados os casos em que a própria Constituição Federal proíbe ou limita essa participação.

Art. 1.142

Autores: Sérgio Mourão Corrêa Lima, Osmar Brina Corrêa Lima, João Eduardo Máximo de Castro e Délio Mota de Oliveira Júnior

Enunciado: O contrato de cessão de direito de integrar Shopping Center (*res sperata*) é bilateral, sinalagmático e não tem trato sucessivo, diferentemente do contrato de locação. Portanto, a partir de sua aquisição, a titularidade do direito de integrar o Shopping Center passa a ser do lojista, integrando seu estabelecimento empresarial (art. 1.142 do CC/2002), sob pena de enriquecimento ilícito do cedente.

Justificativa: O contrato de cessão do direito de integrar Shopping Center (*res sperata*) é bilateral, sinalagmático e de trato unitário, porque: prevê obrigação para ambas as partes; à obrigação de uma parte, corresponde a obrigação da outra; e a contraprestação é paga em uma única vez. Assim, a cessão do direito de integrar o empreendimento tem caráter definitivo. Desde que paga integralmente a contraprestação prevista no contrato, o lojista adquire a titularidade do direito de integrar o Shopping Center. Não pode, portanto, o Shopping Center retomar o direito de integrar estrutura técnica do empreendimento, sem devolver o preço pago pelo lojista, sob pena de enriquecimento ilícito do cedente. O tratamento jurídico

57 Há quem entenda diversamente, considerando que por haver – ao menos na omissão do contrato – a regência supletiva das sociedades limitadas pelas normas da sociedade simples, ao invés das companhias, as limitadas teriam sido aproximadas do modelo das sociedades simples. Nesse sentido: Op. cit. p. 100.

Porém, basta uma leitura do Código Civil na parte de quoruns e órgãos societários para se verificar que, na realidade, foi imposta uma regulamentação mais complexa às sociedades limitadas, semelhante à das companhias, fato que também vem sendo apontado pela jurisprudência, como já se mencionou anteriormente.

58 Propõe-se, portanto, uma interpretação que permita integrar os vários dispositivos do sistema, na esteira das lições clássicas: TARELLO, Giovanni. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale: L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980. v. I. t. 2. p. 376. [...] *a un enunciato normativo o a un insieme di enunciati normativi (tra loro assunti come collegati proprio ai fini della interpretazione 'sistemica') si deve attribuire il significato prescritto, ovvero non si deve attribuire il significato impedito, dal 'sistema giuridico'*.

59 Sobre a diferença entre as duas espécies de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, quais sejam, a interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, confira-se a didática explanação de: MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2174>>. Consultado em 21/08/2007. *Na declaração parcial de nulidade [declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto], os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública ficam proibidos de se valer das interpretações declaradas inconstitucionais, enquanto que, na interpretação conforme [à Constituição], o judiciário e a administração ficam impedidos de realizar outra interpretação que não aquela que foi declarada como a única constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.*

dos direitos de integrar Shopping Center não se distingue daquele conferido ao “ponto”, que pertence ao locatário e não ao locador⁶⁰.

Art. 1.142 do Código Civil e Súmula 451 do Superior Tribunal de Justiça

Autor: Gabriel Martins Teixeira Borges

Enunciado: A penhora do estabelecimento comercial virtual, com fulcro na Súmula 451 do Superior Tribunal de Justiça, com a sua devida avaliação mediante a significativa importância do *website* no ramo de sua atividade.

Justificativa: O estabelecimento comercial é o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos organizados para o exercício da empresa, pela sociedade empresária ou empresário. Diante dessa clássica definição de estabelecimento, temos a presença do estabelecimento comercial virtual que tem a mesma natureza jurídica do estabelecimento físico, enquadrando-se no art. 1.142 do Código Civil, mesmo aquele possuindo em sua maioria bens imateriais. Diante da Súmula 451 do STJ, o estabelecimento comercial pode ser objeto de penhora, salvo exceções, assim temos a possibilidade de um *website* pertencente a uma empresa ser objeto de penhora e avaliação para garantia de um crédito, visto que, esse é equiparado ao estabelecimento comercial físico. Perante tal quadro, como deve ser a regra para a penhora do *website* se há necessidade de nomeação de um administrador, ou depositário, e o modo de avaliação, deve se verificar a conjuntura/reconhecimento desse no ramo de sua atividade, se, situação bem peculiar, pois se trata de um bem incorpóreo.

Art. 1.147

Autor: Mauricio Moreira Mendonça de Menezes

Enunciado: O prazo máximo de 5 anos de proibição de concorrência pelo alienante ao adquirente do estabelecimento não pode ser contratualmente ampliado.

Justificativa: A cláusula de não restabelecimento, em caso de alienação de estabelecimento empresarial, foi introduzida no ordenamento jurídico pelo Código Civil de 2002, embora a doutrina já admitisse implicitamente com base da teoria da boa-fé objetiva pós-contratual. A previsão legal do art. 1.147 permite reduzir o prazo de 5 anos relativo à vedação de concorrência, nada dispondo, entretanto, sobre a possibilidade de sua ampliação. Ricardo Negrão, citando o art. 2557 do Código Civil italiano – que também já previa o mesmo prazo de 5 anos – e a doutrina de Georges Ripert, afirmam que cláusulas dessa natureza *devem ser definidas no tempo, espaço e objeto [...], sob pena de afrontar o direito do vendedor de exercer profissão lícita de forma ilimitada, conforme garantia constitucional prevista no art. 5º, XIII*⁶¹. Assim,

60 Conforme STJ, Recurso Especial n. 189380 / SP, Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Órgão Julgador: Sexta Turma.

61 RIPERT, Georges. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*, vol. 1, 4. ed. Saraiva, 2005, p. 97.

o art. 1.147 deve ser interpretado no sentido de não se admitir ampliação do prazo limite de 5 anos, restringindo-se nesse aspecto a autonomia privada, em proveito da livre iniciativa econômica, que consubstancia valor de ordem constitucional.

Arts. 1.166

Autor: Ronald Amaral Sharp Junior

Enunciado: A proteção ao nome empresarial limitada ao estado tem efeito meramente administrativo, de natureza cautelar, para impedir o surgimento de nome igual ou semelhante, mas sem obstar a proteção em âmbito nacional e internacional por meio da tutela jurisdicional.

Justificativa: O Código Civil, em seu art. 1.166, e seu parágrafo único, estabelece que a proteção ao nome empresarial circunscreve-se aos limites do respectivo Estado. Todavia, preveem a possibilidade de extensão da proteção para esfera nacional, desde que se promova o arquivamento da certidão originária do registro dos atos constitutivos nas demais Juntas Comerciais do País, o que torna onerosa e praticamente inviável a obtenção da proteção do nome empresarial em âmbito nacional. Tais dispositivos não se compatibilizam com a Convenção da União de Paris, da qual o Brasil é signatário e que estabelece, em seu art. 8º, a proteção ao nome empresarial de estrangeiros em esfera nacional independentemente do registro. Isso gera uma violação ao princípio constitucional da isonomia, pois confere tratamento distinto a nacionais e estrangeiros. Deve-se lembrar que o nome empresarial apresenta *status* constitucional, art. 5, XXIX, da CR/88, o que por si só descaracterizaria a reduzidíssima proteção trazida ao instituto pelo Código Civil, tendo em vista que seria no mínimo irrazoável amparar apenas em esfera estadual direito constitucional. Frise, ademais, que o nome empresarial integra os direitos da personalidade e objetiva a tutela da clientela e do crédito, para impedir que a má atuação de um empresário contamine outro. Por fim, continua em vigor o art. 3º da Lei 6.404/76, que não restringe a proteção da denominação de sociedades por ações ao estado de seu registro e a interpretação literal do art. 1.166 do Código Civil criaria dois regimes distintos e discriminatórios: proteção nacional para S.A. e estadual para as demais sociedades do Código Civil.

Art. 1.166

Autor: André Ricardo Cruz Fontes

Enunciado: Apesar da redação do art. 1.166 do Código Civil sobre o limite da proteção do nome empresarial, no respectivo Estado, são-lhe aplicados igualmente o art. 8º da Convenção Unionista de Paris, o direito de preferência no registro da marca da Lei 9.279/96 e a concorrência desleal.

Justificativa: O art. 1166 confere proteção ao nome empresarial, nos limites do respectivo Estado, e não ressalva a proteção da Convenção Unionista de Paris, o direito de preferência no caso de registro e a concorrência desleal, que também podem ser invocados em sua defesa.

Arts. 1.642, V e 1.647, III

Autor: Wilges Bruscato

Enunciado: A modalidade de garantia do aval deve ser excluída da possibilidade do inc. V do art. 1.642, bem como das hipóteses do inc. III do art. 1.647.

Justificativa: A questão posta no direito de família desconsidera, completamente, a teoria geral do direito cambiário, de construção secular e internacional. A exigência da participação do cônjuge no aval, além de introduzir uma complexidade que não se harmoniza com a agilidade dos títulos de crédito, está longe de atingir a almejada proteção patrimonial da família. Num contexto de mais de 99% de micro e pequenas empresas, sendo que quase a metade delas opera como sociedade limitada, via de regra, para obtenção do crédito indispensável à empresa, o sócio é o avalista natural. Vincular a validade do aval ao comparecimento do cônjuge tem o efeito de colocar em risco não a meação do cônjuge avalista, mas a integralidade do patrimônio familiar, já que ambos passarão a ser avalistas. A hipótese de negativa prática ao aval pelo outro cônjuge é quase nula, pois interfere no próprio sustento e subsistência da família. Os bancos já têm por praxe a exigência de uma declaração/autorização antecipada de avais, que fica arquivada em seus registros, permitindo que as operações continuem com a mesma agilidade de sempre. No entanto, o risco ao patrimônio familiar é muito maior. Com tais proibições, na prática, ao invés de proteção se obtém a exposição do patrimônio familiar, já que o cônjuge não mais poderá embargar de terceiro, p.e., para exigir o respeito à sua meação.

Art. 71

Autor: Leandro da Motta Oliveira

Enunciado: O interesse público para o licenciamento compulsório poderá ser feito sempre que o Estado brasileiro implemente política pública de combate às doenças epidêmicas que representam emergência nacional ou outras circunstâncias de urgência.

Justificativa: A Constituição Federal de 1988 estabelece a saúde como um direito de todos e dever do Estado, garantido por intermédio de políticas sociais e econômicas que permitam o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, bem como que a proteção à propriedade intelectual deve ter em vista o interesse social, arts. 196 e 5º, incs. XXIII e XXIX, respectivamente. Da mesma forma, a saúde é um direito fundamental do ser humano, nos termos do art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, e do art. 12 do Pacto Internacional de Direitos

Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966, incorporado ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992, que prevê o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. No mesmo sentido está a Declaração de Doha que após reconhecer a gravidade dos problemas de saúde pública que afligem muito países em desenvolvimento, também reconhece que a proteção da propriedade intelectual estabelecida no Acordo TRIPS deve ser interpretada de modo a apoiar os países membros da OMC a proteger a saúde pública e, em particular, mediante a promoção do acesso aos medicamentos para todos. Destarte, observa-se plena possibilidade de flexibilizar o instituto de proteção das patentes, permitindo-se o licenciamento compulsório de medicamentos por interesse público, previsto no art. 71 da Lei 9.279/1996, sempre que houver reconhecimento do Poder Público da necessidade de combater doenças, e em particular de promover o acesso aos medicamentos a todos os brasileiros.

DIREITO DAS COISAS

Art. 1.196

Autora: Ana Rita Vieira Albuquerque

Enunciado: A posse de que trata o art. 1.196 do CC não compreende apenas a apreensão física de bens materiais, móveis e imóveis, bens de consumo e de produção, mas também a posse de bens imateriais. Não tem um sentido unívoco e pode designar várias coisas. Dessa forma, é possível falar-se em ‘posses’ e não apenas em ‘posse’.

Justificativa: Compreende-se que atualmente o instituto da posse atravessa um momento no qual se realça as diversas vertentes de atuação de sua função social, demandando uma interpretação mais clara em relação aos bens à que se refere. A posse, quando desvinculada de uma obrigação real ou pessoal, muitas vezes deixa o possuidor sem saber se tem ou não direitos e obrigações sobre a coisa. Dessa forma, é importante, numa fase em que os bens móveis, materiais e imateriais, superam muitas vezes o valor dos bens imóveis, que se tenha uma noção mais clara e concisa acerca das coisas que possam ou não ser objeto de posse, e, portanto, de proteção possessória. Dispomos de amplo regime sobre posse e propriedade, inclusive no que concerne à classificação dos bens. A consideração de uma ampla categorização de bens sobre os quais recai o instituto da posse pode proporcionar um avanço na tutela de diversos direitos, tais como os direitos culturais e territoriais, principalmente no que tange ao direito dos povos e das populações tradicionais. A conveniência da criação de registros, bancos de dados, incentivo às publicações científicas e até mesmo a construção de um regime jurídico paralelo *sui generis*, tem sido matéria de estudos visando à proteção de material genético e conhecimentos tradicionais associados¹. Nessa linha, a posse não significa apenas a apreensão física de um bem, mas vem a ser importante instrumento para a garantia de titulação de bens imateriais, por exemplo, no que se refere ao desenvolvimento e preservação dos conhecimentos, inovações e práticas das populações tradicionais, associados à biodiversidade. A posse pode assim compreender bens tangíveis ou materiais e intangíveis ou imateriais (ex: conhecimentos, inovações e práticas da biodiversidade); pode também referir-se à posse de um bem de produção ou de consumo, ou mesmo à posse urbana e rural. Não tem um sentido unívoco e pode designar várias coisas. Dessa forma, é possível falar-se em “posses” e não apenas em “posse”.

Art. 1.196

Autora: Ana Rita Vieira Albuquerque

Enunciado: A posse, tal qual a propriedade, é dotada de função social e ambiental.

¹ SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*, p. 210.

Justificativa: A questão da função social da posse traz em si o problema de se perquirir acerca dos valores sociais que lhe são subjacentes, como o valor à saúde, à moradia, ao trabalho, à alimentação, ao meio ambiente, todos informados pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Com o advento da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002, a semântica da posse passa a ser mais bem compreendida por meio dos sentidos de permanência, habitação, produção econômica sustentável. Essa interpretação do instituto da posse permite visualizá-la além da materialização de um bem de uso atual, sem qualquer garantia. Passa-se a compreender que nesse bem foi plantada uma vida, construída uma casa. Enfim, a posse desperta para seus fins sociais, como exigência humana integradora, e não de dominação e estratificação, apenas a serviço do direito de propriedade. Isso significa harmonizar o instituto da posse com nossa sociedade complexa e pluralista do séc. XXI, marcada por grandes diferenças sociais. Na fase contemporânea, pode-se notar uma intensa atuação do legislador: na redução de prazos prescricionais para efeitos da usucapião com fins de moradia² ou decorrente do trabalho rural³; na consagração da usucapião coletiva⁴; na regularização fundiária de ocupações em imóveis públicos da União, urbanos ou rurais, no âmbito da Amazônia Legal⁵; na concessão do direito real de uso e de moradia de imóveis públicos⁶; na regularização fundiária de assentamentos urbanos⁷; na legitimação de posse de imóveis urbanos⁸. Assim como a propriedade privada, também a posse urbana ou rural pressupõe uma dimensão social e ambiental. Em se tratando de área urbana, a posse enfatiza o direito à moradia e a necessidade de proteção ao patrimônio natural, paisagístico e cultural. Na área rural, o possuidor, seja de áreas especialmente protegidas, seja daquelas que constituem Patrimônio indivisível, como a Mata Atlântica, o Pantanal-Matogrossense, a Floresta Amazônica, a Serra do Mar e a Zona Costeira está sujeito às restrições gerais de uso impostas por lei, bem como ao ônus de conservar ou recuperar as áreas degradadas. O direito ao meio ambiente como direito e dever de todos gera responsabilidades tanto para o proprietário, como para o possuidor ou mesmo para o mero ocupante. Nessa linha, deve o possuidor estar capacitado, tal como o proprietário, para o uso racional e adequado do solo, preservando o equilíbrio ecológico, as belezas naturais, a fauna e a flora, o patrimônio histórico e artístico e evitando a poluição do ar e das águas, conforme dispõe o art. 1.228, § 1º, do Código Civil de 2002.

2 BRASIL. Constituição (1988). art. 183. Brasília, DF: Senado Federal, Gráfica Institucional, 2010.

3 BRASIL. Constituição (1988). art. 191. Brasília, DF: Senado Federal, Gráfica Institucional, 2010.

4 BRASIL. Lei n. 10.257 de 10/07/2001 (Estatuto da Cidade), art. 10. Presidência da República. Disponível em: [//www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 21/08/2010.

5 BRASIL. Lei n. 11.952 de 25/06/2009. Presidência da República. Disponível em: [//www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 27/07/2010.

6 BRASIL. Lei n. 11.952 de 25/06/2009. Presidência da República. Disponível em: [//www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 27/07/2010. V. Medida Provisória n. 2.220/2001.

7 BRASIL. Lei n. 11.977 de 07/07/2009, art. 46. Presidência da República. Disponível em: [//www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 27/07/2010.

8 BRASIL. Lei n. 11.977 de 07/07/2009, art. 59. Presidência da República. Disponível em: [//www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 27/07/2010.

Art. 1.196

Autores: Gustavo Tepedino e Pablo Rentería

Enunciado: A posse não se identifica com o exercício do direito de propriedade, aproximando-se deste para, de modo autônomo, independentemente do domínio ou até mesmo em detrimento deste, expressar o efetivo aproveitamento econômico dos bens para o alcance de interesses existenciais e sociais merecedores de tutela.

Justificativa: A posse traduz o poder de fato que alguém exerce sobre uma coisa, de modo a tirar dela proveito econômico. Cuida-se, precisamente, de um estado de fato que se assemelha ao exercício da propriedade – visto se materializar na prática de qualquer ato por meio do qual a propriedade se exterioriza – mas que não se identifica com o exercício da propriedade⁹. Com efeito, a posse se configura não somente quando o proprietário exerce o domínio, mas igualmente quando qualquer das faculdades inerentes à senhoria é exercida por alguém autorizado pelo proprietário – seja em virtude de direito real limitado (*e.g.* usufrutuário) seja em razão de direito pessoal (*e.g.* o locatário) – ou por uma pessoa que, mesmo contra a vontade do proprietário, se arrogou o aproveitamento econômico da coisa. Sendo a posse um direito que pode ser exercido por quem não é dono da coisa e até mesmo contra este, evidencia-se o equívoco em que incorre a assertiva de que a posse consiste no exercício da propriedade. Ao reverso, a posse constitui direito autônomo em relação à propriedade, que expressa o efetivo aproveitamento econômico dos bens para o alcance de interesses existenciais e sociais merecedores de tutela.

Art. 1.198

Autor: Alcir Luiz Lopes Coelho

Enunciado: Ao conservar a posse da coisa em nome do possuidor, o detentor não dispõe de ações possessórias, nem pode, em nome próprio, exercer a autodefesa do bem sob seu poder.

Justificativa: O art. 487 do Código revogado possui o seguinte teor: *Não é possuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outros, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.* A redação do art. 1198 do novo código (*considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas*), apenas define, em sentido positivo, o que é detentor, e não conferiu ao detentor a disposição de ações possessórias nem o exercício da autodefesa. Mas mero detentor não fica impossibilitado de defender a posse em nome de outrem, no caso de perigo iminente, observadas as condições previstas no parágrafo único do art. 188 do Código Civil. (*o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo*).

⁹ Cf. Ebert Chamoun, Exposição de Motivos do Esboço do Anteprojeto do Código Civil – Direito das Coisas. In *Revista Trimestral de Direito Civil*.

Art. 1.203

Autores: Gustavo Tepedino, Pablo Rentería e Marcus Dantas

Enunciado: Nas hipóteses de aquisição derivada, a posse é adquirida com o mesmo caráter com que era mantida pelo transmitente, salvo se a alteração do caráter da posse resultar objetivamente das circunstâncias fáticas.

Justificativa: O dispositivo legal estabelece o princípio da continuidade do caráter da posse, segundo o qual se presume que a posse continue o mesmo caráter com que foi adquirida. Consequentemente, presume-se a manutenção do caráter da posse nos atos de aquisição derivada, *inter vivos* ou *mortis causa*, sendo injusta ou de má-fé a posse do adquirente quando assim fosse a do transmitente. Tal solução normativa se justifica na regra fundamental de que, diversamente do que ocorre na aquisição originária, a aquisição derivada opera a transmissão do direito (no caso, o *ius possessionis*) com as mesmas características com que se encontrava no patrimônio do transmitente, em observância ao princípio de que não se pode transmitir a outrem mais direito do que se tem. Tal orientação também se encontra em sintonia com a regra, tradicional em matéria possessória, de que ninguém pode alterar, somente por sua vontade, a própria posse. Com efeito, a presunção estabelecida no dispositivo é elidida mediante a comprovação objetiva da alteração do caráter da posse por força de circunstâncias fáticas, e nunca em razão da mera vontade do possuidor. Assim, por exemplo, afasta-se a presunção quando o adquirente exhibe justo título em favor da sua posse de boa-fé. Do mesmo modo, a posse adquirida com o caráter de injusta torna-se justa quando o possuidor celebra acordo com o terceiro prejudicado pelo esbulho, adquirindo definitivamente a propriedade da coisa.

Art. 1.203

Autora: Ana Carolina Lobo Gluck Paul Peracchi

Enunciado: A interservação da posse precária ocorre quando prescrever a obrigação de restituir o bem.

Justificativa: Com o advento do Código de 2002, parte da doutrina, que há muito já vinha apresentando certa inquietação com a pretensa insanabilidade da precariedade, firmou posicionamento no sentido de que qualquer vício da posse é relativo, de modo que a posse precária pode convalescer, ao contrário do que entendia a doutrina clássica. Considerar que a posse precária é vício absoluto significa marginalizar do Direito uma série de acontecimentos que precisam ganhar estabilidade, o que atentaria contra o princípio da segurança jurídica, elementar ao Estado democrático de Direito. No entanto, ainda que o vício da precariedade seja relativo, continua difícil a fixação de um termo *a quo*, seguro e objetivo, por meio do qual seja possível verificar a conversão da posse precária em posse justa. Em que momento é possível identificar a mudança na intenção do possuidor? A resposta a esse questionamento se torna ainda mais difícil se considerarmos que muitos dos casos de posse precária estão associados

à má-fé daquele que não pretende restituir. Se, contudo, for analisada a precariedade em sua origem, será mais fácil visualizar um critério objetivo que evidencia a modificação da intenção do possuidor. Ora, se a causa da precariedade é a violação de uma obrigação de restituir e se é consabido que relações obrigacionais são transitórias por natureza, é óbvio que a obrigação de restituir não recairá eternamente sobre o patrimônio do devedor. Com efeito, o direito subjetivo de pedir de volta o bem é prescritível e a prescrição, ao eliminar a pretensão, faz cessar a exigibilidade da obrigação de restituir. Não sendo mais exigível a obrigação e continuando o possuidor até então precário com a coisa sob seu poder, sem a objeção do proprietário, a mudança da intenção restará objetivamente evidenciada e a partir deste momento o vício da precariedade convalesce.

Art. 1.207

Autores: Gustavo Tepedino, Pablo Rentería e Marcus Dantas

Enunciado: A faculdade conferida ao sucessor singular de somar ou não o tempo da posse de seu antecessor não significa que, ao optar por nova contagem, estará livre do vício objetivo que maculava a posse anterior.

Justificativa: A união de posses consiste na faculdade que a lei confere ao sucessor singular de aproveitar ou desprezar o período de posse exercido pelo antecessor. Diversamente do que se verifica na sucessão universal, o sucessor a título singular tem a opção de desprezar o período da posse antecedente, quando for mais interessante se valer do justo título da sua posse nova para a contagem da usucapião ordinária. No entanto, o dispositivo legal deve ser interpretado, sistematicamente, em conjunto com o disposto no art. 1.203, segundo o qual a posse permanece com o mesmo caráter com que foi adquirida, salvo prova objetiva em contrário. Consequentemente, o sucessor a título singular adquire a posse com o mesmo caráter com que era mantida pelo antecessor, sendo injusta a sua posse quando assim fosse a do antecessor. Tal solução normativa se justifica na regra fundamental de que, diversamente do que ocorre na aquisição originária, a aquisição derivada opera a transmissão do direito (no caso, o *ius possessionis*) com as mesmas características com que se encontrava no patrimônio do transmitente. Tal orientação também se encontra em sintonia com a regra, tradicional em matéria possessória, de que ninguém pode alterar, somente por sua vontade, a própria posse, como ocorreria se, pelo exercício da faculdade de união de posses, o possuidor fosse capaz de convalescer a posse injusta em justa.

Art. 1.210, § 1º

Autor: Leonardo de Andrade Mattietto

Enunciado: O desforço possessório interpreta-se restritivamente. A expressão “contanto que o faça logo” deve ser entendida apenas como a reação imediata ao esbulho ou à turbação, cabendo ao possuidor recorrer à via jurisdicional nas demais hipóteses.

Justificativa: O desforço imediato constitui defesa da posse pelo próprio titular, como reação ao esbulho ou à turbação. Por caracterizar mecanismo de autotutela, deve ser interpretado restritivamente. A autotutela é admitida excepcionalmente pelo ordenamento jurídico, sendo certo que compete ao Estado-juiz a solução dos litígios, inclusive a respeito da posse, que recebe adequada tutela processual de evidência e de urgência. O que é excepcional, interpreta-se restritivamente. Admitir o contrário, alargando a interpretação do dispositivo para permitir a reação tardia do possuidor esbulhado ou turbado, seria incentivar a violência, mal que já assola o cotidiano dos brasileiros tanto nas cidades como no campo, ferindo a sublime missão da ordem jurídica de promover a paz social. É crucial considerar que a perspectiva da reação legítima do possuidor se prende incontinenti ao próprio fato que representa esbulho ou turbação. Havendo dilação temporal entre a data da violação da posse e a da respectiva ciência pelo possuidor, deve este buscar a via jurisdicional, não lhe sendo dado fazer justiça pelas próprias mãos.

Art. 1.228, §1º

Autor: Francisco Cardozo Oliveira

Enunciado: Na aplicação do princípio da função social da propriedade imobiliária consideradas a premissa de fundamentalidade e a centralidade do trabalho na evolução social, deve preponderar a cláusula aberta do § 1º do art. 1228 do Código Civil, que, em termos de efetividade do princípio de repersonalização do direito civil, permite objetivar finalidades de funcionalização mediante processos de valoração, com maior eficácia, em detrimento do disposto nos arts. 185 e 186 da Constituição de 1988 e na Lei 8629/1993.

Justificativa: O problema que se apresenta para o intérprete é o de objetivar as finalidades de funcionalização no exercício do direito de propriedade imobiliária que possam merecer tutela jurídica. Esse problema pode encontrar solução no pensamento de Marx, desde que operada a passagem de uma teoria do valor para processos de valoração que possam confrontar o princípio proprietário e o trabalho. A ideia de propriedade produtiva, nos termos dos arts. 185 e 186 da Constituição de 1988 e da Lei n. 8629/1993, pode não ser suficiente para aferir o cumprimento da função social, uma vez considerado que a ideia de produtividade, tributária da teoria do valor, está atrelada a uma sobre-exploração do trabalho. Tomada a perspectiva do pensamento de Giorg Lucáks, os “pores teleológicos” capazes de objetivar as finalidades de função social no exercício do direito de propriedade imobiliária, compatíveis com a premissa de fundamentalidade tanto da garantia de função social como do direito de propriedade, nos termos dos inc. XXII e XXIII do art. 5.º da Constituição, como do trabalho, somente podem ser operadas mediante critérios de valoração a partir da cláusula aberta do § 1º do art. 1228, do Código Civil. Daí a premissa de que a aplicação da função social da propriedade imobiliária, considerada a fundamentalidade e a centralidade do trabalho na evolução da vida social, deve ser operada a partir do disposto no § 1º do art. 1228, do Código Civil. Recupera-se a prevalência do Código Civil em relação às regras dos arts. 185 e 186 da Constituição da República, no sentido de assegurar efetividade ao princípio de repersonalização do direito civil.

Art. 1.228, § 4º

Autora: Ana Carolina Lobo Gluck Paul Peracchi

Enunciado: Uma vez efetuada a desapropriação judicial a que se refere este dispositivo, será formado entre os beneficiários condomínio especial, *pro indiviso* e permanente, que deverá ser administrado a fim de manter as obras e serviços considerados de relevante interesse social e econômico que justificaram a medida.

Justificativa: O Código Civil não disciplinou a relação que surgirá entre os beneficiários da desapropriação judicial pela posse-trabalho contida no art. 1.228, §§ 4º e 5º. Contudo, é possível estabelecer uma analogia entre este instituto e a usucapião coletiva do Estatuto da Cidade quanto à disciplina dos efeitos decorrentes da concessão do título de propriedade aos possuidores. A finalidade do art. 1.228, § 4º, é prestigiar a posse-trabalho exercida pelas pessoas que, lá presentes, realizaram obras e serviços considerados de relevante interesse econômico e social, em evidente instrumentalização do princípio da função social da propriedade. Logo, não faria sentido que uma vez efetuada a desapropriação os beneficiários pudessem desmembrar o imóvel em tantas partes quanto fosse o número de pessoas, pois a relevância socioeconômica foi reconhecida em um todo indivisível. É necessária, portanto, a formação de um condomínio indivisível e especial. Ademais, o cumprimento do papel constitucional da propriedade está atrelado, neste caso, à relevante função socioeconômica já mencionada. Por isso, a administração do condomínio deve estar voltada à finalidade para a qual a propriedade foi conferida aos beneficiários, que devem continuar a exercer, dessa vez como condôminos, posse-trabalho e manter as obras já existentes ou construir novas, bem como continuar realizando serviços, sempre de relevante interesse social e econômico.

Art. 1.228, §§ 4º e 5º

Autor: Marcelo de Oliveira Milagres

Enunciado: O conteúdo do art. 1.228, §§ 4º e 5º, pode ser objeto de ação autônoma, não se restringindo à defesa em pretensões reivindicatórias, ampliando-se, pois, a extensão do Enunciado 84, aprovado na I Jornada de Direito Civil.

Justificativa: Defende-se a possibilidade de pretensão inicial fundada no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil. Teria sentido admitir que titulares de moradia, em razão da posse já consolidada pelo tempo, somente poderiam formalizar ou declarar essa situação de segurança da posse mediante a obtenção do título de propriedade, quando provocados por ação judicial de iniciativa exclusiva do proprietário da coisa? A indagação parece conduzir a resposta negativa. Não se pode sobrevalorizar a inércia desse proprietário. A denominada desapropriação privada ou judicial indireta tem por causa exatamente o não exercício do direito. Nesses termos, soa contraditória a exegese que condiciona a iniciativa de todo procedimento à ação daquele que se demonstrou, a todo tempo e a

todo custo, inoperante e desidioso. Veja-se que a analogia da situação parece adequar-se bem à regra procedimental do usucapião especial urbano coletivo. Há fundamento legal permitindo ampliar a legitimidade para a propositura daquela pretensão, cabendo tanto aos possuidores - isoladamente, em litisconsórcio originário ou superveniente, em estado de comosse - quanto aos substitutos processuais. A essencialidade e a indisponibilidade da moradia, por si só, justificam essa atuação. Uma maior extensão da garantia da propriedade funcionalizada pressupõe alargamento do âmbito de ação da desapropriação privada. É preciso haver igualdade na repartição de encargos entre as pessoas: se um sujeito de direito não exerce efetivamente o domínio, deve perdê-lo em favor de outro que confere à coisa finalidade primordial e fundamental, que é a moradia, tudo sem afastar a garantia do valor econômico do imóvel.

Arts. 1.228 a 1.244

Autora: Carolina Silvino de Sá Palmeira

Enunciado: O presente trabalho pretende, por meio de estudos doutrinários e jurisprudenciais, responder aos questionamentos mais correntes, inseridos nos estudos de institutos do direito à propriedade, como usucapião nas suas espécies e concessão de uso, bem como debater o conteúdo do futuro Plano Diretor da Cidade Maravilhosa, a fim de se averiguar a capacidade deste de atender ao problema do déficit de moradia, bem como de atender ao princípio da função social da propriedade. Objetiva-se, por meio deste debate, buscar soluções concretas, capazes de assegurar a todos uma moradia digna, dando ao indivíduo marginalizado aquilo que é seu por direito: um local de residência para o exercício pleno de sua cidadania.

Justificativa: Com base nos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em estudo elaborado pela Fundação João Pinheiro (FJP) para o Ministério das Cidades, realizado no ano de 2008 e divulgado no segundo semestre de 2009, o déficit habitacional estimado no Brasil era de 5,546 (cinco milhões e quinhentos e quarenta e seis mil domicílios) dos quais 4,629 milhões, ou 83,5%, estão localizados nas áreas urbanas, ao passo que, em todo o país, 340.000 (trezentos e quarenta mil) imóveis vagos particulares estão em ruínas. É sabido, ainda, que as ações de usucapião podem tramitar por anos na justiça, sem que se chegue a uma decisão final e, sobretudo, satisfatória aos interesses dos mais carentes, enquanto várias propriedades privadas permanecem abandonadas e/ou se encontram ocupadas de modo clandestino. Inserido nesta lógica, o presente trabalho busca propor ideias para a viabilização do direito social à moradia a todos os cidadãos por meio dos mecanismos já existentes em nossa legislação ou mesmo outros capazes de preservar o direito de propriedade não absoluto e conferir aos imóveis existentes a função social que deles se espera, dando ao indivíduo marginalizado aquilo que é seu por direito: um local de residência para o exercício pleno de sua cidadania.

Art. 1.238, parágrafo único

Autor: Eduardo Kraemer

Enunciado: Quando ocorrer sucessivamente posses para fins de usucapião extraordinária que se amolde no *caput* do art. 1.238 e em seu parágrafo necessário estabelecer um prazo proporcional entre as mesmas.

Justificativa: A questão colocada diz com duas situações que não apresentam clareza no Código Civil. Estabeleceu a lei civil em seu art. 1.238, duas formas de usucapião. A primeira prevista no *caput* do art. 1.238 em que o prazo é de 15 anos e apenas se exige posse que preencha os requisitos tradicionais do usucapião. Criou o novo Código Civil no parágrafo único, do art. 1.238, nova modalidade de usucapião, com redução de prazo para dez anos, caso tenha estabelecido no imóvel moradia habitual ou alternativamente realizada obras de caráter produtivo. A questão que pode ser polemizada diz com um início de posse que se amolde no *caput* do art. 1.238 e no curso venha o possuidor estabelecer sua moradia ou realização de obras de caráter produtivo. Qual seria o prazo da residência habitual ou das obras de caráter produtivo? Haveria necessidade de dez anos? Suficiente que estes dois requisitos estivessem presentes quando da consumação do usucapião? Nenhuma das respostas apresenta clareza no texto legal. Exigir dez anos de posse qualificada seria exagero. Igualmente apenas exigir os requisitos da qualificação para minorar o prazo quando dos dez anos poderia ocasionar surpresa indevida para o proprietário. Nestas circunstâncias tenho que criar um critério intermediário. Quando os dois prazos estivessem presentes haveria necessidade de qualificar o prazo com residência ou obras de caráter produtivo. Assim cada ano em que houvesse residência ou obras de caráter produtivo seriam equivalente a 1 ano e 6 meses – haveria a criação de um tempo ficto para os anos com posse qualificada. O prazo de um ano e meio para as posses qualificadas se justifica na medida em que seria equivalente a 15 anos sem qualquer qualificação na posse. A interpretação permitiria que os interesses do possuidor e proprietário fossem preservados.

Arts. 1.238, 1.239, 1.240 e 1.242

Autor: Alexandre Corrêa Leite

Enunciado: O prazo para o implemento da prescrição aquisitiva no usucapião, pode ser complementado no curso do processo, haja vista a regra do art. 462 do CPC.

Justificativa: A prática forense tem revelado ser comum que, depois da tramitação por vários anos da ação de usucapião, por natureza morosa (necessidade da juntada de documentos, notificação das Fazendas Públicas e citação de diversas pessoas, muitas vezes por edital), descobre-se, já na audiência de instrução, ao inquirir as testemunhas, que a posse da parte autora não é tão longa como declinado na inicial, faltando-lhe tempo (por vezes pouco), quando do ajuizamento da ação, para requerer o usucapião. Nessas situações e **não obstante precedentes em contrário do STJ**, seria desmesurado

tecnicismo, incompatível com os princípios da instrumentalidade do processo e da economia processual, denegar-se o direito da parte autora ou extinguir-se o feito por falta de interesse processual depois de ter tramitado por anos, obrigando-a à propositura de nova ação, quando resta patente que o prazo da prescrição aquisitiva já foi alcançado e ultrapassado e o art. 462 do CPC (*se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença*) permite uma interpretação mais benigna aos seus interesses¹⁰. Ainda mais considerando que o próprio STJ tem afirmado que a mera contestação à ação de usucapião, não configura efetiva oposição à posse capaz de interromper a prescrição aquisitiva.

Art. 1.240-A

Autor: Adriano Marteleto Godinho

Enunciado: A fluência do prazo de 2 anos, previsto pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contemplada, só tem início a partir de 16 de junho de 2011, data da entrada em vigor da Lei n. 12.424.

Justificativa: Com a edição da Lei n. 12.424, que passou a vigorar em 16 de junho de 2011, surgiu no ordenamento brasileiro uma nova modalidade de usucapião, a permitir que um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros venha a usucapir a parte do imóvel pertencente ao outro. Com isso, o ex-cônjuge ou ex-companheiro que continue a habitar o imóvel abandonado pelo outro consorte ou convivente passará a titularizar a integralidade da propriedade, outrora mantida em regime de condomínio entre o casal. Entre os diversos aspectos polêmicos que o tema suscita, cabe discutir sobre a fluência do prazo de 2 anos. À partida, não se pode admitir que os casais que já tiveram seus laços afetivos extintos antes da edição da Lei n. 12.424/2011 venham a invocar de imediato a figura. Assim, somente a partir da entrada em vigor da norma, que ocorreu em 16 de junho deste ano, será possível iniciar a contagem do lapso temporal exigido pelo legislador, sob pena de se comprometer a segurança jurídica e surpreender o ex-cônjuge ou ex-companheiro a quem se impute o abandono do lar.

Art. 1.240-A

Autor: José Carlos Zebulum

Enunciado: A aquisição do domínio integral pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro ocorrerá ainda que o imóvel estivesse na propriedade exclusiva do outro em virtude do regime de bens adotado, sendo suficiente a caracterização da composses pré-existente ao abandono.

¹⁰ Nesse sentido, ilustrativamente: TJRS – Apelação Cível n. 70017911140, Décima Nona Câmara Cível, Relator Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior, j. 17.04.2007, DJ 27.04.2007; TJSP – Apelação n. 9189065-51.2006.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Carlos Alberto Garbi, j. 13.09.2011

Justificativa: A interpretação literal do art. 1.240-A, incluído pela Lei n. 12.424, de 2011, restringe a aquisição do domínio integral pelo cônjuge ou companheiro que se manteve na posse do imóvel, à hipótese de o mesmo já ser titular da propriedade de frações ideais do imóvel, como se verifica da expressão *cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar*. A restrição não se justifica, uma vez que a aquisição do direito de propriedade prevista no dispositivo inspira-se na necessidade de proteção ao ex- cônjuge e à entidade familiar remanescente, prestigiando-se o direito de moradia. A tutela conferida pelo legislador impõe-se, pelas mesmas razões, ainda que o imóvel que servia de moradia ao casal fosse, apesar da composses exercida por ambos, da propriedade exclusiva do cônjuge ou companheiro que se retirou do lar, em virtude do regime de bens adotado. A limitação imposta pela literalidade do dispositivo excluiria da proteção legal os casos em que o regime de bens impedisse a caracterização do imóvel como bem comum, prejudicando ainda mais o ex-cônjuge ou ex-companheiro que não teria direito à meação. Além disso, a aquisição do direito de propriedade pela usucapião exige tão somente o exercício da posse qualificada em função da presença de alguns requisitos estabelecidos na lei, não se incluindo, em qualquer das hipóteses de usucapião amparadas no Direito pátrio, a exigência da titularidade do domínio sobre parte do imóvel usucapiendo.

Art. 1.240-A

Autor: Cesar Calo Peghini

Enunciado: O imóvel objeto do usucapião prevista no art. 1.240-A deve ser de propriedade do casal que decorre do casamento ou com a união estável, seja esta união hetero ou homossexual.

Justificativa: O presente enunciado verifica a possibilidade do usucapião na modalidade familiar ou por abandono de lar entre pessoas do mesmo sexo tendo em vista o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar pela doutrina e mais recentemente, pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, bem como da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. O referido julgamento, bem como a possibilidade desta modalidade de usucapião entre pessoas do mesmo sexo tem como base inicialmente o art. 3º, inc. IV, da CF, que veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Em continuidade, como fundamentação temos o art. 5º, inc. I que determina que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* e que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*, e o art. 226, *caput*, ambos da CF no Título “Da Ordem Social”, a Lei Maior afirma que *a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*, que se amoldam perfeitamente no caso em tela. Por fim, cumpre ressaltar que à procedência das citadas ações obtiveram o efeito vinculante, no sentido de se verificar a interpretação da Constituição Federal para excluir qualquer significado do art. 1.723, do Código Civil, que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Art. 1.240-A

Autores: Tereza Cristina Monteiro Mafra e Marcelo de Oliveira Milagres

Enunciado: A Lei n. 12.424, de 16 de junho de 2011, instituiu, indevidamente, no Código Civil, o art. 1240-A. Trata-se de modalidade de usucapião, pelo prazo de 2 anos, entre cônjuges ou companheiros, como sanção pelo abandono do lar. A novidade viola a natureza e a finalidade do instituto da usucapião e ressuscita a inculpação na ruptura da comunhão de vida do casamento, introduzindo-a na união estável, em clara incompatibilidade com a objetivação do término das entidades familiares, que encontra fundamento na promoção das liberdades individuais e no respeito à vida privada e à intimidade. O dispositivo deve ser revogado.

Justificativa: O usucapião, como modalidade de aquisição originária de direitos reais, atende à exigência de funcionalidade social que se atribui ao exercício de direitos patrimoniais, não se ajustando à ideia pretendida e discutida de sanção pelo rompimento de vínculos de natureza afetiva. A posse prolongada no tempo é requisito inafastável. Nesse sentido, o art. 1240-A, também, proporciona incoerências em nosso sistema. O menor tempo, até então, instituído para fins de usucapião, 3 (três) anos, cinge-se a coisas móveis objeto de posse de boa-fé e com justo título (art. 1260). De outro lado, as modalidades especiais de usucapião imobiliário (urbano e rural), fixado o prazo em 5 (cinco) anos, têm expressa previsão constitucional (arts. 183 e 191). A inovação legislativa vai além do texto constitucional. Além disso, contraria a conhecida regra do art. 1244 do Código Civil, acerca das causas que obstem o curso do tempo. Em homenagem à estabilidade das relações familiares, não há que se falar em curso do tempo ou prescrição entre os cônjuges (e companheiros) na constância da sociedade conjugal (art. 197, I, do Código Civil). O art. 1240-A, além de fixar prazo aquém da previsão constitucional, parece incrementar conflitos no âmbito familiar. A saída do cônjuge ou companheiro de casa não se ajusta à posição de inércia em relação à coisa. Não se confundem conteúdos patrimoniais e extrapatrimoniais. À exceção da posse *cum animo domini*, a configuração do usucapião não requer aferição da intenção daquele a quem a coisa formalmente pertence. Perde-se a coisa contra a própria vontade do titular. Em verdade, o legislador brasileiro previu esse elemento subjetivo, somente, na figura do art. 1276 do Código Civil. No próprio âmbito do **Direito de Família**, a ideia de abandono, hoje, é extremamente controvertida. Violação ao dever de vida em comum no domicílio conjugal (art. 1.566, II, do Código Civil), o abandono do lar se caracterizava pela decisão unilateral e imotivada de fazer cessar a convivência conjugal, com a intenção (*animus*) de terminar o casamento. O emprego do passado se deve ao fato de que, com o advento da Emenda Constitucional n. 66, vislumbra-se uma predominância da exegese que sustenta ter sido abolida a discussão de culpa nas demandas sobre o desfazimento da sociedade conjugal.¹¹ No mínimo, o desaparecimento dos requisitos para concessão do divórcio (separação de fato ou

11 DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já!* São Paulo: RT, 2010, p. 47-52; LÔBO, Paulo. A PEC do Divórcio: consequências jurídicas imediatas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ago/set. 2009, v. 11, p. 05-17; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 49-52.

judicial e lapso temporal) levará a uma **incompatibilidade prática** com separação-sanção, cuja causa de pedir envolvia um dos cônjuges imputar ao outro grave violação dos deveres do casamento e a decorrente insuportabilidade da vida conjugal. Ainda que não se admita a impossibilidade jurídica do pedido de separação litigiosa, caso tal modalidade de dissolução da sociedade conjugal seja ajuizada, bastará ao réu propor o divórcio tornando prejudicado o pedido de separação e, com tal medida, inviabilizando-se, na prática, a inculpação. Seria possível, pois, falar-se em uma incompatibilidade derivada de considerações de **racionalidade prática**, reveladoras de uma inconsistência no contexto do novo sistema do divórcio.¹² Lado outro, quanto à união estável, inexistente previsão regulamentando a imputação de culpa pelo fim do relacionamento, como causa de pedir, à semelhança do tratamento conferido à separação litigiosa, não se admitindo analogia de normas restritivas de direito. A objetivação das demandas que têm por objeto o fim das entidades familiares representa o declínio de um modelo familiar unicamente matrimonial, hierarquizado e forte influência religiosa, dando lugar a uma família democrática, orientada pela liberdade de planejamento familiar (mínima interferência estatal) e cuja interpretação deve ser voltada para atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de modo que o abandono da discussão de culpa se traduz pelo reconhecimento do direito ao respeito à vida privada e à intimidade das pessoas. Afastada a inculpação pelo fim do casamento no Direito de Família, à luz da nova ordem constitucional, é totalmente incompatível interpretação que a ressuscite para fins de usucapião. Diante de todo o exposto, propõe-se a revogação do art. 1.240-A do Código Civil.

Art. 1.240-A

Autor: Jones Figueirêdo Alves

Enunciado: *Usucapião familiar e direito intertemporal* - Aquele que abandonar o lar, deixando o cônjuge ou companheiro(a) na posse direta e exclusiva da moradia do casal, perderá a cotitularidade dominial do imóvel urbano em favor do outro, que ao cabo de dois anos da separação adquirirá o domínio integral do bem. Assim, a norma do art. 1.240-A do Código Civil, tem sua incidência imediata, aos casos de abandono de bem imóvel comum, uma vez já decorridos mais de dois anos. A tanto, por leitura sistêmica com a previsão do art. 1.275, III, CC; não se cogitando, portanto, qualquer lesão à segurança jurídica a aplicação incontinenti do novo instituto.

Justificativa: O abandono de imóvel, na permanente lição de Maria Helena Diniz¹³ constitui *ato unilateral pelo qual o titular da propriedade de um imóvel dele se desfaz voluntariamente. Para tanto é necessário que haja derrelição, a intenção abdicativa*. O mesmo sucede, quando encontrado na posse de outrem (cônjuge ou companheiro), o cotitular do domínio, abdica a sua meação, em abandono voluntário do lar, desertando espontaneamente da moradia do casal, fazendo cessar os seus atos de posse. Logo, tem ensejo a prescrição aquisitiva do domínio integral,

12 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 259.

13 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. Art. 1.275, Ed. Saraiva.

por parte do cônjuge meeiro que permaneceu no imóvel, ali mantendo sua moradia, com a família, tendo-se como termo inicial do biênio o referido abandono. Não há cogitar, portanto, que o lapso de aquisição prescritiva possa ter início apenas a partir da edição da Lei n. 12.424, de 16/06/2011, em trato de discussões acerca da segurança jurídica. Em bom rigor, a ordem jurídica civilista, de há muito cuida acerca da perda da propriedade pelo abandono, quando o proprietário faz cessar os seus atos de posse, em face do bem (art. 1.275, III, CC). De boa nota, entender-se, então, que a permanência de outrem, no caso o cônjuge ou companheiro, ali exercendo a “posse direta e exclusiva do bem”, autoriza o usucapião familiar, tendo-se, nesse fim, de imediato, para os referidos fins, a moldura jurídica do reportado art. 1.275, III, do Código Civil.

Art. 1.240-A

Autor: Jones Figueirêdo Alves

Enunciado: As acepções “*ex-cônjuge*” e “*ex-companheiro*” e a expressão “*abandono do lar*”, contidas no art. 1.240-A do Código Civil, implicam (I) a situação fática da separação, independente de divórcio, e (II) o abandono da moradia comum – a ensejar a perda da propriedade, no equivalente do art. 1.275, III, CC – quando somente esse se apresente voluntário e deliberado, espontâneo na assertiva de deserção do lar.

Justificativa: A nova espécie do usucapião, especial e urbano, incidente sobre bem imóvel de casal, configura, em bom rigor, política legislativa assecuratória e equipotente de um direito real de habitação (em favor daquele que permaneça na moradia), então somente deferido ao cônjuge sobrevivente, na forma do art. 1.831 do Código Civil. No ponto, a ideia-força do novo instituto objetiva, em sua *ratio essendi*: (I) garantir ao cônjuge o direito de continuar residindo no imóvel, *desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural*, tal como sucede no art. 1.831, CC, que refere a único imóvel de natureza familiar a inventariar; (II) mais que isso, dele tornar-se único proprietário, em adquirindo o domínio integral, a saber que o cônjuge desertor do lar, em exata medida, pode perder a propriedade pelo abandono, no equivalente do art. 1.275, III, CC. Cuida-se de instituto jurídico de elevado alcance social. Entretanto, para sua devida e adequada efetividade, cumpre observar que: (I) o dispositivo refere ao casal titular do domínio comum, independente esteja ele apenas separado de fato ou divorciado com o bem comum a partilhar; (II) o abandono do lar deve ser, conceitualmente, aquele referido pelo art. 1.573, IV, do Código Civil e ali previsto em prazo de 1 (um) ano contínuo. Em ser assim, para efeito da prescrição aquisitiva do domínio integral do imóvel, mediante a perda da meação do cônjuge ou companheiro sobre o referido bem, será decisivo, como elemento fático, que o abandono tenha ocorrido sob a premissa base de um afastamento voluntário do lar, e não forçado ou necessário, por parte do ausente que deixa o imóvel em face de circunstâncias substanciais, a exemplo de maus-tratos físicos.

Art. 1.240-A

Autor: Madson Ottoni de Almeida Rodrigues

Enunciado: A hipótese da perda da propriedade, por força do art. 1.240-A, introduzido pela Lei 12.424/2011, padece de inconstitucionalidade, com fundamento no art. 5º, inc. X, da Constituição da República, em razão de vincular o direito de propriedade a aspectos personalíssimos como a intimidade, a vida privada, a afetividade e o desejo de coabitação das pessoas, que são deveres incoercíveis.

Justificativa: O direito de propriedade, que também tem assento constitucional, não pode ser vulnerado por razões ligadas ao relacionamento íntimo das pessoas, que podem ser determinantes do afastamento do lar por qualquer dos cônjuges ou companheiro. Ademais, a previsão legal em discussão poderá precipitar o desfazimento de matrimônios e uniões estáveis, afetando a paz familiar e potencializando a litigiosidade, na medida em que o prazo de 2 (dois) anos é deveras curto considerando a complexidade das relações familiares. Por outro lado, o abandono a que se refere o dispositivo legal em comento, contraria o sentido tradicional de abandono civil, consistente na intenção do proprietário em não mais ter o bem em definitivo, a exemplo do art. 1.276 do Código Civil.

Art. 1.240-A

Autor: Marco Aurélio Bezerra de Melo

Enunciado: A Lei n. 12.424/2011 adotou o sentido vulgar de posse direta, pois em se tratando de modalidade especial de usucapião, a posse deverá ser exercida com intenção de dono (art. 1238), ressalvada a hipótese de interservação do caráter da posse (Enunciado n. 237, CJP).

Justificativa: A modalidade de usucapião criada pela Lei n. 12.424/2011, que se fundamenta no abandono do lar por parte de um dos cônjuges atribuiu significado de posse direta àquela em que a pessoa permanece com a coisa em seu poder. No caso, o cônjuge que ficou no imóvel do ex-casal. Entretanto, verifica-se com clareza que o legislador não primou pela técnica jurídica, pois toda modalidade de usucapião está a exigir o requisito subjetivo do *animus domini*, o que fica expressamente afastado na hipótese de desdobramento da posse em que o possuidor direto tem a obrigação de restituir o bem. O presente enunciado tem por objetivo apenas corrigir a norma jurídica atécnica.

Art. 1.245

Autor: Leonardo de Andrade Mattietto

Enunciado: É relativa a presunção de propriedade decorrente do registro imobiliário.

Justificativa: É clássica a controvérsia doutrinária sobre o caráter absoluto (*juris et de jure*) ou relativo (*juris tantum*) da presunção de propriedade de imóvel decorrente do registro. O

Código Civil de 2002, no art. 1245, § 1º, manteve-se fiel à previsão que constava no art. 533 do Código revogado, no sentido de que enquanto não se registrar o título, o alienante continua a ser havido como dono. A presunção de propriedade em favor do sujeito cujo nome consta como proprietário no registro não pode, contudo, ser absoluta, ainda que se argumente invocando a fé pública de que goza o sistema registral e, ademais, a força meramente obrigacional e a oponibilidade somente *inter partes* do contrato não registrado. O registro não é, no texto da lei, o único modo de aquisição da propriedade imobiliária. Basta pensar nas formas originárias, tais como a desapropriação e o usucapião, e mesmo em formas derivadas, como a sucessão, para constatar que a informação registrada não expressa verdade absoluta, devendo ceder diante da prova em contrário. Contemporaneamente, há nítido predomínio, tanto na doutrina como na jurisprudência¹⁴, na direção de considerar a presunção como relativa.

Art. 1.253

Autor: Pablo Stolze Gagliano

Enunciado: Nos termos do regime de bens aplicável, admite-se, em nível obrigacional, a comunicabilidade do direito sobre a construção realizada no curso do casamento ou da união estável – acessão artificial socialmente conhecida como “direito sobre a laje” —, subordinando-se, todavia, a eficácia real da partilha ao regular registro no Cartório de Imóveis, a cargo das próprias partes, mediante recolhimento dos emolumentos e tributos devidos (Enunciado que elaboramos e apresentamos aos juízes das Varas de Família da Comarca de Salvador, aprovado à unanimidade, consoante ata de 6 de maio de 2011, disponível na Corregedoria Geral de Justiça do TJBA).

Justificativa: Grande parte dos imóveis, nas zonas urbanas e rurais de nosso país, carece de registro imobiliário, razão por que, frequentemente, em demandas que discutem a dissolução do vínculo casamentário ou de companheirismo, o magistrado se depara com a incômoda situação de ter de remeter as partes às vias ordinárias, a fim de que, após conclusão de procedimento de usucapião ou outro congênere, em sede de juízo petitório, os envolvidos regularizem a titularidade dominial do bem para autorizar a consequente partilha e divisão da propriedade sobre o bem discutido. O que a proposta de enunciado visa, pois, é ao reconhecimento do *direito obrigacional ou pessoal* sobre o imóvel que se pretenda partilhar, de maneira a permitir ao magistrado homologar a partilha, conferindo, desde já, a cada uma das partes, **um título judicial abrangente de uma obrigação de fazer oponível à parte adversa**. Assim, discutida a divisão do direito sobre a laje (“ou sobre o puxadinho”, em linguagem tipicamente brasileira), poderá o juiz reconhecer a cada cônjuge direito de cunho simplesmente obrigacional ou pessoal sobre a coisa, de maneira que a transmissibilidade estritamente dominial, a ser feita posteriormente, com o recolhimento tributário devido, deverá observar o direito judicialmente reconhecido a cada parte, legitimando o eventual

14 BRASIL, STJ, 4ª Turma, REsp 472.375/RS, Rel. Min. Ruy Rosado; 1ª Turma, REsp 848.070/GO, Rel. Min. Luiz Fux; 2ª Seção, REsp 990.507/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi.

prejudicado a propor demanda executiva, contra o seu antigo consorte ou companheiro, para ver cumprida a obrigação de fazer. Com isso, respeita-se, não apenas o princípio da economia processual, mas, inclusive, da efetividade e da função social, podendo, inclusive, o enunciado proposto, aplicar-se a outras situações análogas, segundo as circunstâncias do caso.

Art. 1.279

Autora: Ana Rita Vieira Albuquerque

Enunciado: As decisões judiciais que imponham restrições à propriedade e à posse ou ao meio ambiente, por interesse público ou particular, podem ser objeto de revisão judicial, cessada a causa determinante das restrições, na esteira do art. 1279 do CC.

Justificativa: Atualmente nota-se um crescimento do número de conflitos judiciais entre bens jurídicos fundamentais como a propriedade e o meio ambiente. Muitas vezes esses conflitos envolvem situações proprietárias ou possessórias vizinhas. Não obstante a possibilidade de recaírem vínculos ambientais sobre a propriedade privada e também sobre a posse, atualmente, as opções da tecnologia e da viabilidade de redução dos custos econômicos de transações podem significar que muitas restrições hoje impostas aos direitos fundamentais de propriedade, à posse ou mesmo ao meio ambiente não tenham razão de ser num futuro próximo, podendo revestir-se de um caráter temporário. O art. 1.279 do Código Civil brasileiro prevê a possibilidade de revisão da decisão judicial quando houver interferências que devam ser toleradas, diante do interesse público. No entanto, quando não houver interesse público, estas interferências, em princípio, não devem ser toleradas e pode ser restringido o uso prejudicial da propriedade. Nessa hipótese, viola-se o princípio da igualdade em relação àquele que sofreu a restrição em sua propriedade ou posse, uma vez que, em princípio, a decisão que restringiu algum uso da propriedade não poderia ser revista quando houvesse possibilidade de diminuição ou eliminação da restrição. Imagine-se, por exemplo, que se proibiu o proprietário, a pedido da comunidade vizinha, de fazer uso de agrotóxicos em sua propriedade tendo em vista a poluição da qualidade do ar e das águas que vinha prejudicando a saúde da comunidade vizinha. Caso haja sido desenvolvido um agrotóxico não poluente e biodegradável, aquele uso, antes prejudicial, estará definitivamente proibido. Nesse caso, é cabível a interpretação, a *contrario sensu*, de que: quando, por decisão judicial, se estabeleçam restrições ao uso da propriedade e da posse, decorrentes do direito de vizinhança, o proprietário, o possuidor, ou mesmo a coletividade interessada, podem pedir a sua redução ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis com o auxílio de tecnologia apropriada. Nessa linha é possível, com base na teoria da imprevisão (cláusula *rebus sic stantibus*), aplicada ao processo civil, estender a aplicação do citado dispositivo também quando houver ponderação entre interesses privados e coletivos, como por exemplo, a ponderação entre a propriedade ou a posse e o meio ambiente, determinado pelo uso indevido de imóveis vizinhos ou próximos e que prejudique a saúde dos demais. Ressalte-se que o uso dado por um proprietário ou possuidor à sua posse ou propriedade, pode significar uma interferência na propriedade ou em propriedades e posses vizinhas, em situações que

se relacionem imediatamente à saúde e mediatamente ao meio ambiente. Podem ser dados vários exemplos, como em relação à fumaça proveniente de queimadas; ao assoreamento de um rio por força de desmatamentos ou mesmo pela perda da qualidade do ar e das águas pela prática de alguma atividade urbana ou rural. Essas interferências podem ter que ser toleradas em razão do interesse público. No entanto a sentença que determina sejam as interferências toleradas pode ser revista a qualquer tempo conforme determina o art. 1.279 do CC. De acordo com a proposta de enunciado, também as decisões que envolvam interesses privados dos proprietários e possuidores de um lado, e de outro, interesses da comunidade relativos ao meio ambiente, estabelecendo restrições à propriedade ou ao meio ambiente, no que tange a interesses difusos ou coletivos relativos à segurança, sossego e à saúde, podem ser revistas por força do art. 1.279 do CC.

Arts. 1.331 e seguintes

Autor: Melhim Namem Chalhub

Enunciado: A escritura declaratória firmada pelo titular único da totalidade das unidades autônomas de edificação é título hábil para instituição do regime da propriedade horizontal, devendo conter os elementos indicados nos arts. 1.332 a 1.334 do Código Civil e ser registrada no Registro de Imóveis competente.

Justificativa: O regime da propriedade horizontal se fundamenta na pluralidade das unidades integrantes de um conjunto imobiliário, e não na pluralidade de titulares de direitos reais sobre elas, sendo obrigatório o registro dessa espécie de propriedade por força do art. 172 da Lei n. 6.015/1973. Disso decorre que, não se sujeitando essa situação proprietária, necessariamente, ao regime do condomínio, não há fundamento algum para se negar ao proprietário único a faculdade de instituí-la e organizar sua utilização, pois, como observam J. Nascimento Franco e Niske Gondo, *é a pluralidade de unidades privativas (e não de proprietários) que dá origem à propriedade horizontal*.¹⁵ A situação não é incomum. O Código Civil português, por exemplo, prevê que, nessa situação, as unidades imobiliárias *podem* pertencer a proprietários diversos, daí se inferindo, obviamente, que *podem* pertencer a um único proprietário.¹⁶

O direito brasileiro trata da matéria nos arts. 1.331 e seguintes do Código Civil, mas atribui a tal situação a denominação **condomínio edilício**, dispondo que ele será dotado de uma **convenção de condomínio** e um **regimento interno**, que é **determinado** pela convenção (arts. 1.332 e 1.333). Acontece que o emprego da expressão **condomínio edilício** para designar o fenômeno da **propriedade horizontal** tem dado causa a discussões estéreis,

15 FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Niske. *Condomínio de Edifícios*. São Paulo: RT, 2. ed., 1988, p. 14.

16 Código Civil português – *Propriedade horizontal - Secção I – Disposições Gerais - Art. 1414.º (Princípio geral) As fracções de que um edifício se compõe, em condições de constituírem unidades independentes, podem pertencer a proprietários diversos em regime de propriedade horizontal. Art. 1415.º (Objecto) Só podem ser objecto de propriedade horizontal as fracções autónomas que, além de constituírem unidades independentes, sejam distintas e isoladas entre si, com saída própria para uma parte comum do prédio ou para a via pública.*

até mesmo com recusa de registro de instituição e de convenção de condomínio, fato que eventualmente leva o proprietário a formular uma promessa de venda de uma unidade a um terceiro, somente para “dar forma” a um “condomínio” e viabilizar o registro da instituição e da convenção e, depois, distratar a promessa. A propósito, observa Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza: *Admitida a proibição inaugural, aplicar-se-ia também à hipótese de aquisição posterior por uma única pessoa de todas as unidades de um condomínio? Seria causa da extinção do condomínio. Parece-me que não. Não se justifica que o condomínio fosse extinto para novamente ser instituído quando ao proprietário interessasse vender uma unidade.*¹⁷Do ponto de vista funcional, a estabilidade das relações entre os ocupantes e o adequado funcionamento dos serviços próprios dessa espécie de conjunto imobiliário exigem a observância das regras de um estatuto e a existência de uma estrutura administrativa, que cada vez se torna mais complexa ante as demandas da vida contemporânea, pouco importando que o Código o tenha denominado **convenção de condomínio**. Ademais, a outorga unilateral da instituição e da convenção não causa qualquer prejuízo a quem quer que seja; antes, constitui fator de segurança jurídica para os ocupantes e terceiros, notadamente trabalhadores, prestadores de serviços, fornecedores e o fisco. Em relação aos aspectos trabalhistas, previdenciários e tributários, sabe-se que é exigência legal a inscrição do “condomínio” no CNPJ e no INSS, e para tal é exigido o registro da convenção de condomínio no Registro de Imóveis, daí se percebendo a situação caótica e os graves problemas sociais e econômicos a que daria causa a ausência de regulamento nos moldes definidos nos arts. 1.332 e seguintes do Código Civil. Dados esses fundamentos, considerando que as denominações **condomínio edilício (propriedade horizontal)** e **convenção de condomínio (regulamento ou estatuto)** devem ser interpretadas em conformidade com o contexto fático, social e econômico a que se aplicam,¹⁸ e, ainda, ante a impropriedade da expressão **convenção de condomínio** para identificar o regulamento tipificado nos arts. 1.333 e seguintes do Código Civil, deve aplicar-se o princípio da primazia da realidade sobre a forma¹⁹, é de se admitir a outorga da instituição e da convenção de condomínio por ato unilateral do proprietário único do edifício.

Art. 1.334

Autor: Cesar Calo Peghini

Enunciado: É nula a cláusula que estipula o desconto de pontualidade previsto na convenção e no regimento interno que tem como objetivo verificar um abatimento da taxa condominial, pois há dupla sanção e não redução por merecimento.

17 SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Et alii. *Novo Direito Imobiliário e Registral*. Organizadores: Cláudia Fonseca Tutikian, Luciano Benetti Timm e João Pedro Lamana Paiva. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 154.

18 A outorga da convenção de condomínio por ato unilateral do proprietário único do edifício atende *aos fins sociais a que ela [a lei] se dirige e às exigências do bem comum* (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, denominação alterada para Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro pela Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010).

19 *Repudia-se a aplicação meramente formal de normas quando elas não guardam sintonia com a pujante realidade da sociedade contemporânea* (STJ, REsp 64.124-RJ, DJ 5.5.1997).

Justificativa: O desconto de pontualidade previsto na convenção e no regimento interno tem como objetivo verificar um abatimento da taxa condominial quanto da data prevista, tal situação tem gerado uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial. Referido abono é um desconto que pode ter seu percentual mais variado possível, porém, geralmente este é fixado um abatimento de 10% para o condômino que adimplir a taxa condominial até o dia do vencimento. A criação do referido instituto foi com objetivo de fomentar os condôminos a pagar em dia as despesas mensais do condomínio. Conforme o § 1º do art. 1.335 do CC, este estabelece até 2% mais juros de 1% ao mês quando não ocorre o adimplemento da obrigação, todavia, o abono de pontualidade pode agravar ainda mais sanção aplicada ao condômino. Tal ponderação tem como fundamento que se o condômino não adimplir sua obrigação no dia aprazado, além de perder o desconto de 10%, estará sujeito ao pagamento da multa de 2% cominado de juros moratórios. Os julgados mais antigos, em especial o STJ no REsp 236.828/SP, entendem que é possível, porém os novos julgados em decorrência da redução da multa de 20% para 2% têm entendido que há dupla sanção e não redução por merecimento. Nesse sentido a Súmula n. 36 do TJRJ: *O desconto por pagamento antecipado da cota condominial embute multa, que não admite aplicação de outra, e, muito menos, de percentual acima de 20% como previsto na lei 4.591/64*, bem como neste mesmo sentido, muitos outros julgados dos tribunais estaduais.

Art. 1.337

Autor: Marco Aurélio Bezerra de Melo

Enunciado: Verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CRFB e 1228, § 1º, CC) e a vedação ao abuso do direito (art. 187 e 1228, § 2º, CC) justificam a exclusão do condômino anti-social, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único, art. 1337, do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal.

Justificativa: A sanção de exclusão do condômino anti-social, conquanto seja extremamente severa, por vezes, é o único mecanismo para o restabelecimento da paz social e a convivência harmônica entre os condôminos. A tentativa de sancionar apenas patrimonialmente o condômino anti-social pode não ser o suficiente, pois se após as árduas providências tomadas pelo condomínio, o condômino associal resolver pagar o equivalente a dez vezes o valor da cota condominial e continuar criando “insuportabilidade de convivência”, deverá sofrer uma sanção mais enérgica que vem a ser a própria interdição do imóvel para o condômino recalitrante. Situações envolvendo prostituição, drogas, festas rave, dentre outras, não devem ser toleradas pela comunidade cumpridora de seus deveres. A parte final do parágrafo único do art. 1337 do Código Civil diz que a sanção patrimonial será aplicada “até ulterior deliberação da assembleia” que poderá deliberar pelo ajuizamento de ação judicial para excluir o condômino anti-social. Importa assinalar que tal medida é admitida no direito suíço, alemão, italiano, espanhol e argentino. Não se vulnera o direito

de propriedade, na medida em que o condômino anti-social após a determinação judicial liminar ou definitiva, poderá exercer outros poderes dominiais como a própria alienação. O referido enunciado amolda-se ao atual estágio do direito civil em que se prestigia a funcionalidade dos institutos (art. 5º, XXIII, CC e 1228, § 1º, CC) e o repúdio ao abuso do direito (art. 187 e 1228, § 2º, CC).

Arts. 1.359 e 1.360

Autor: Leonardo de Andrade Mattietto

Enunciado: A resolução da propriedade, quando determinada por causa originária, opera *ex tunc* e *erga omnes*; se decorrente de causa superveniente, atua *ex nunc* e *inter partes*.

Justificativa: Normalmente se define a propriedade resolúvel como a que encontra, no título constitutivo, a previsão de sua extinção. Entretanto, tal conceito se amolda apenas à resolução da propriedade por causa originária (condição resolutiva ou termo extintivo previstos no título), a exemplo do pacto de retrovenda (art. 505), da cláusula de reversão em contrato de doação (art. 547) e do fideicomisso (art. 1951). É preciso perceber que, ao lado da resolução por causa originária (art. 1359), o Código regula a resolução por causa superveniente (art. 1360), da qual a revogação da doação por ingratidão do donatário (art. 563) é o melhor exemplo. As diferenças são radicais: enquanto a resolução por causa originária não respeita eventuais direitos adquiridos por terceiros na pendência da condição ou do termo, a resolução por causa superveniente alcança somente as partes, não prejudicando direitos de terceiros. Na medida em que a causa originária é previamente conhecida, o implemento do fato previsto no título não permite manter efeitos pretéritos, se incompatíveis com a resolução da propriedade. Por outro lado, diante da causa superveniente, tais efeitos são preservados, indenizando-se em perdas e danos o sujeito a quem a resolução beneficiaria, o qual não poderá, no entanto, reivindicar o bem contra terceiro que tenha adquirido a respectiva titularidade.

Art. 1.361, § 3º

Autor: Melhim Namem Chalhub

Enunciado: Estando em curso contrato de alienação fiduciária de determinado bem, é possível a constituição concomitante de nova garantia fiduciária sobre o mesmo bem, que, entretanto, incidirá sobre a respectiva propriedade superveniente que o fiduciante vier a readquirir, quando do implemento da condição a que estiver subordinada a primeira garantia fiduciária; a nova garantia poderá ser registrada desde a data em que convencionada e será eficaz desde a data do registro, produzindo efeito *ex tunc*.

Justificativa: Vez por outra se cogita de se constituírem propriedades fiduciárias sucessivas sobre o mesmo bem. Não é admissível a constituição de alienações fiduciárias “em graus

diferentes”, tal como se admite a pluralidade de hipotecas, isto porque a partir do momento em que se registra um contrato de alienação fiduciária o devedor fiduciante não é mais titular da propriedade do bem fiduciado e, portanto, não tem mais poder de disposição para aliená-lo novamente, inclusive em caráter fiduciário. O fiduciante é titular de direito aquisitivo sob condição suspensiva, e readquirirá a propriedade plena quando do implemento da condição. A regra relativa às disposições gerais sobre os direitos reais de garantia, segundo a qual *a propriedade superveniente torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono* (Código Civil, § 1º do art. 1.420) aplica-se à propriedade fiduciária nos precisos termos do § 3º do art. 1.361 do Código Civil. Assim, para atender às demandas do mercado de constituição de mais de uma garantia sobre o mesmo bem objeto de propriedade fiduciária, a solução é sua incidência sobre a propriedade superveniente.

Art. 1373

Autor: Eduardo Kraemer

Enunciado: O superficiário que não foi previamente notificado pelo proprietário para exercer o direito de preferência previsto no art. 1373, do CCB possui o direito no prazo de seis meses, contados do registro da alienação, para depositando o preço da alienação adjudicar para si o bem.

Justificativa: O exame do art. 1373 revela uma deficiência que merece ser corrigida pela doutrina e jurisprudência. Conforme se infere o dispositivo legal estabelece ao superficiário e ao proprietário direito de preferência caso os respectivos direitos sejam alienados. A norma não merece qualquer reparo no pertinente a questão principal: estabelecer direito de preferência. Não obstante estabelecer a preferência o legislador não apresenta qualquer instrumento para a concretização do direito de preferência. Necessário primeiro estabelecer que a ausência de prévia preferência ocasione a ineficácia da alienação em relação ao prejudicado (seja o superficiário ou proprietário). Estabelecida a ineficácia do ato se mostra necessário permitir a instrumentalização do direito postestativo outorgado ao prejudicado. Imagino que o proprietário ou superficiário possam se utilizar de demanda semelhante a aquela prevista no art. 504. O prejudicado pode depositar o valor da alienação em juízo, no prazo máximo de seis meses contados do registro do negócio, adjudicar para si o direito que lhe foi sonogado.

Art. 2.038

Autora: Nilza Maria Costa dos Reis

Enunciado: Em face da determinação contida no art. 2.038 do Código Civil, o laudêmio devido nas transmissões onerosas do bem enfiteutico só pode incidir sobre o valor do terreno no qual há plantações e construções, excluindo-se do seu âmbito, neste último caso, o valor ou a área das frações ideais correspondentes às unidades autônomas resultantes de edificações em sentido vertical, que dão lugar à propriedade condominial horizontal.

Justificativa: A enfiteuse é instituto superado, já foi eliminado em muitos sistemas jurídicos e caminha à margem da função social da propriedade. Malgrado a existência desses aspectos, os titulares do domínio eminente ainda insistem na sua manutenção, dele retirando um significativo proveito econômico todas as vezes em que há transmissão onerosa do bem sobre o qual recai a enfiteuse. Ao fazê-lo, desrespeitam, inclusive, a imposição da exclusão das plantações e das construções, ambas objeto do domínio útil atribuído ao enfiteuta, e, em consequência, as absorvem no valor do bem para fins de incidência do laudêmio. Nesse cenário, considerando que o atual Código Civil excluiu o valor das construções da base de cálculo do laudêmio (art. 2.038), esta também não pode absorver a expressão econômica das frações ideais oriundas das edificações verticais, usualmente denominadas de “propriedades horizontais”, que envolvem o terreno e as partes comuns do prédio nele construído, sob pena de enriquecimento sem causa lícita dos titulares do domínio eminente. Diante disso, a incidência de laudêmio sobre qualquer valor decorrente da construção, à semelhança do que ocorre com a fração ideal de cada uma das unidades condominiais, viola o preceito contido no art. 2.038, §1º, do Código Civil, e, portanto, não pode prevalecer. Daí porque, visando eliminar procedimentos díspares capazes de conduzir a inclusão do seu valor na base de cálculo do laudêmio, acarretando uma onerosidade excessiva e descabida para o foreiro, cremos ser útil o enunciado ora apresentado.

Artigo não identificado

Autor: Flávio Capez

Enunciado: A posse jurídica, exercida sobre a coisa por meio de procurador habilitado, constituído mediante instrumento próprio, merece a mesma proteção legal que a posse direta.

Justificativa: Tem-se observado, em vários tribunais do país, a não concessão de medida liminar ou definitiva em casos em que o possuidor não exerça a posse direta sobre a coisa, embora ora a tenha explorado economicamente por longo período de tempo ou tenha exercitado a vigilância, como se dono fosse, sobre a coisa por meio de procurador *ad negotia* constituído para esse fim precípua. Seja fática, seja juridicamente falando, não há efetivamente nenhuma razão suficiente para que não se ampare esse tipo de posse, o que contribui para o surgimento de injustiças e esbulhos arbitrários ou perturbações dessa posse, tão legítima quanto a direta, por parte de outrem²⁰.

Lei n. 9.514/1997, art. 27, §§ 1º e 2º

Autor: Melhim Namem Chalhub

Enunciado: Do leilão, mesmo que negativo, deverá ser lavrada ata que, subscrita pelo leiloeiro, será averbada no Registro de Imóveis.

20 Precedente ora em curso: Ag 1.249.105/SP, Superior Tribunal de Justiça.

Justificativa: Uma vez consolidada a propriedade do bem imóvel, o ex-proprietário fiduciário é obrigado por lei a promover dois leilões visando à venda do bem. A Lei n. 9.514/1997 é omissa em relação a determinadas formalidades. Uma delas é o assentamento do evento **leilão**. Esse assentamento é necessário para observância do princípio da continuidade do Registro de Imóveis e deve ser feito na matrícula do imóvel. Na hipótese de não se lograr a venda do imóvel no segundo leilão, o oficial do Registro de Imóveis deverá averbar esse fato, com base na ata lavrada pelo leiloeiro encarregado do certame.

Lei n. 9.514/1997, art. 27, §§ 1º e 2º

Autor: Melhim Namem Chalhub

Enunciado: A transmissão da propriedade licitada em leilão a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 27 se formaliza mediante contrato de compra e venda.

Justificativa: Vez por outra oficiais de Cartórios de Registro de Imóveis cogitam de exigir “carta de arrematação” para a transmissão da propriedade resultante do leilão do imóvel objeto de alienação fiduciária, a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 27 da Lei n. 9.514/1997. A exigência é injustificável. O fato de se efetivar a venda em leilão não implica necessariamente a emissão de “carta de arrematação”, pois *leilão* nada mais significa do que a *venda pública* [...], *que se efetiva a quem mais der*²¹; a “venda pública” pode ser judicial ou extrajudicial; se judicial, o título de transmissão da propriedade é, sim, carta de arrematação, que contém o “auto de arrematação” assinado pelo juiz (CPC, art. 703); se extrajudicial, o título é a escritura de compra e venda, assinada tão somente pelo vendedor e pelo comprador, nenhuma assinatura mais se exigindo, salvo a de testemunhas, quando o caso. Sendo apenas um procedimento de negociação, o leilão não implica alteração do título de transmissão da propriedade, que continuará a ser compra e venda, tal como dispõe o art. 27 do Decreto n. 21.981/1932, ainda em vigor, que regula a atividade dos leiloeiros, do seguinte teor: *Art. 27. A conta de venda dos leilões será fornecida até cinco dias úteis depois da realização dos respectivos pregões, da entrega dos objetos vendidos ou assinatura da escritura de venda, e o seu pagamento efetuado no decurso dos cinco dias seguintes.*

21 Cf. De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 23. ed., 2003, p. 834.

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

Art. 1.240-A

Autoras: Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues

Enunciado: A aquisição da propriedade nesta modalidade de usucapião só pode ocorrer em virtude do implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito “abandono de lar” deve ser interpretado de maneira cautelosa, verificando se o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e dever de sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente com as despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, justificando a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião.

Justificativa: O art. 1.240-A inaugura uma nova modalidade de “usucapião conjugal” e reedita postura arbitrariamente interventora do Estado nas relações privadas, ou, mais precisamente, do Estado na intimidade das relações familiares, subvertendo a hermenêutica constitucional que permeia o direito de família contemporâneo, o qual liberta a família de antigas atribuições institucionais e a converte em núcleo íntimo, privado, funcionalizado ao desenvolvimento de seus membros e de seus interesses individuais. Deste modo, a eleição do abandono de lar como requisito para a usucapião conjugal revisita o instituto da culpa na dissolução da sociedade conjugal e a sanção que dela deriva, o que não se coaduna com a atual concepção de família como espaço de comunhão de vida, na qual a simples insuportabilidade da vida conjugal deve ser motivo ensejador para o afastamento do lar, como uso da liberdade individual, sem que disso derive consequências como perda da propriedade sobre o imóvel utilizado para residência da família. Além disso, esta nova modalidade de aquisição de propriedade entre ex-cônjuges e ex-companheiros viola diretamente regras e institutos jurídicos basilares e tradicionalmente vigentes no Direito Privado, sobretudo, a aplicação do princípio da autonomia privada na livre escolha do regime de bens para a regulação das relações patrimoniais familiares. Por estas razões, este usucapião deve ter como *ratio* não a punição do cônjuge que se afastou do lar conjugal, mas o objetivo de corrigir desequilíbrios financeiros derivados desse abandono, em situações em que juntamente com o abandono do lar, o ex-cônjuge ou o ex-companheiro tenha descumprido objetivamente outros deveres conjugais tais como assistência material e sustento do lar, onerando unilateralmente aquele que se manteve na residência familiar.

Arts. 1.290; 1.571, III; 1.572 a 1.578

Autor: Caetano Levi Lopes

Enunciado: É inconstitucional o art. 1.290 do Código Civil atual porque o casamento é a única instituição familiar reconhecida pela Constituição da República. Continuam em vigor

os arts. 1.571, III, e 1572 a 1578 do Código Civil de 2002 porque a Emenda Constitucional n. 66, de 2010, apenas aboliu o requisito temporal para o divórcio.

Justificativa: O art. 1290, ao estabelecer a sucessão legítima envolvendo o companheiro ou a companheira, limitou-se somente aos bens adquiridos de forma onerosa. Ainda restringiu a proporção em que o companheiro ou a companheira participará no acervo hereditário. Ora, o art. 5º da Constituição da República estabeleceu, como viga mestra de nossa ordem constitucional, o princípio da isonomia. E o art. 226 reconhece às expressas, que união estável é uma das espécies de entidade familiar. Portanto, a entidade familiar é gênero e o casamento é apenas uma das espécies. Tanto assim é que recente decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal entendeu que a união homoafetiva também é espécie de referido gênero. Forçoso é concluir que a discriminação estabelecida no art. 1.290 do Código Civil de 2002 é inválida. A sucessão legítima do companheiro ou da companhia regula-se pelo disposto nos arts. 1.829 a 1.843 do mesmo Código. Tem havido entendimento no sentido de ter a Emenda Constitucional n. 66, de 2010, revogado as disposições relativas à separação judicial. Entretanto, a referida emenda somente aboliu o requisito temporal para o divórcio e, enquanto não houver lei revogando as normas do Código Civil de 2002 que regem a separação judicial, esta continua sendo uma faculdade legal para o casal.

Arts. 1.514 e 1.517

Autor: Fábio Lopes Alfaia

Enunciado: É plenamente constitucional a habilitação e celebração de casamento civil ou de casamento religioso com efeitos civis entre pessoas do mesmo sexo, seguindo-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal (ADI 4227 e ADPF 132) por imposição do princípio constitucional da isonomia.

Justificativa: O reconhecimento da validade constitucional das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo por parte do Supremo Tribunal Federal ao concluir o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, em interpretação conforme a constituição do art. 226, § 3º, da CF/1988 e do art. 1.723 do Código Civil e com fundamento no princípio da isonomia e do direito à felicidade, não permite outro entendimento que concluir da mesma maneira relativamente à possibilidade de casais homoafetivos buscarem a habilitação para o casamento civil ou religioso com efeito civis, aplicando-se as mesmas razões externada pelo Pretório Excelso para as uniões estáveis. Entendimento contrário violaria o princípio constitucional da isonomia (art. 3º, IV, CF/1988).

Art. 1.517

Autora: Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras

Enunciado: O art. 1.517, que exige autorização dos pais ou responsáveis para casamento, enquanto não atingida a maioridade civil, não se aplica ao emancipado, tendo em vista que este, embora menor, é capaz civilmente. Por isso, embora o artigo se refira à maioridade civil, deve ser interpretado como “capacidade civil” e não “maioridade civil”, uma vez que o sentido da norma é completar a capacidade civil de quem ainda não a possui.

Justificativa: A capacidade civil não pode ser confundida com a maioridade civil. A maioridade civil se atinge aos 18 anos. O emancipado, embora menor, é capaz civilmente. O sentido do art. 1.517 do Código Civil, que exige autorização dos pais ou responsáveis para casamento, é que a regra seja aplicada aos que não possuem “capacidade civil”, e não aos que não têm “maioridade civil”. Não é aplicável a regra do art. 1.517 do CC ao emancipado, uma vez que este não possui representante legal, por ser plenamente capaz civilmente.

Art. 1.520

Autor: Luís Fernando de Andrade

Enunciado: O caso de gravidez contido no art. 1.520 do Código Civil deverá conter a autorização dos pais para o casamento, bem como a idade mínima de 16 (dezesesseis) anos, nos moldes do art. 1.517 do Código Civil.

Justificativa: A justificativa do presente enunciado é no sentido de que nos termos do art. 1517 do Código Civil só podem casar os menores, com pelo menos 16 (dezesesseis) anos, com a autorização dos pais. Em relação ao art. 1.520 do Código Civil, excepcionalmente em caso de gravidez, o legislador não fixou limite de idade para o casamento, podendo o menor de 16 (dezesesseis) anos casar-se, comprovada a situação de gravidez. Sendo assim, verifica-se uma enorme incoerência entre esses dois dispositivos analisados, no qual se verifica que o menor de 16 (dezesesseis) anos não tem maturidade, muito menos discernimento em assumir os atos da vida civil ou até mesmo de constituir uma família, mesmo estando em estado de gravidez. À luz da Constituição Federal, bem como do Código Civil, entende-se que no artigo em análise, mesmo em caso de gravidez, deve o menor poder se casar a partir dos 16 (dezesesseis) anos completos e com autorização dos pais, dentro dos moldes do art. 1.520 do Código Civil.

Art. 1.527, parágrafo único

Autora: Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras

Enunciado: A interpretação a ser dada ao art. 1.527, parágrafo único, do CC, que explicita exceções para a dispensa da publicação do edital de proclamas, não pode ser literal, por ser a publicidade do edital da essência do casamento. O juiz não pode dispensar, mesmo fundamentadamente, a publicação, mas sim o decurso do prazo.

Justificativa: O *caput* do art. 1.527 determina que, estando em ordem toda a documentação, deverá ser extraído um edital, com o anúncio do casamento entre os nubentes, com os nomes e qualificações dos mesmos. O edital será afixado no Cartório de Registro Civil, pelo prazo de 15 dias e, obrigatoriamente, na imprensa local, se houver. Por sua vez, o parágrafo único admite que, havendo urgência, o juiz poderá dispensar a publicação. As previsões de urgência vão desde a enfermidade grave de um dos nubentes (art. 1.539, CC), iminente risco de vida de um deles (art. 1.540, CC), bem como gravidez, viagem inadiável, ou outra causa, suscitada pela parte interessada, e avaliada pelo juiz como justo motivo, após manifestação do Ministério Público. Ocorre que, a finalidade da norma é dar ampla divulgação da pretensão de casamento dos nubentes, para fins de oportunizar a oposição de impedimentos matrimoniais (art. 1.522, CC) e das causas suspensivas (art. 1.523, CC) ou, ainda, motivos que causem a nulidade relativa do matrimônio, como o defeito de idade (ausência de autorização dos pais ou responsáveis ou não ter idade núbil, dentre outros). O casamento é ato público, e aberto ao público, tanto que quando o art. 1.534 afirma que a celebração se dará em cartório, de portas abertas, com a presença de testemunhas. De igual modo, se a celebração for em local privado ficará de portas abertas durante o ato. Sendo o matrimônio um ato jurídico complexo, formal (procedimento de habilitação) e solene (celebração), a publicidade é essencial para a validade do ato. Portanto, não se deve compreender a regra do parágrafo único como sendo dispensa da “publicação”, mas sim, dispensa do “prazo” de 15 dias previstos no *caput* do mesmo artigo, de forma que, somente assim, restará coerente a interpretação com o sistema e com o objetivo finalístico da norma.

Art. 1.561

Autora: Nilza Maria Costa dos Reis

Enunciado: À semelhança do casamento, a união estável pode ser putativa, desde que um ou ambos os conviventes estejam de boa-fé, quando produzirá os seus efeitos legais até a data da sua extinção judicial por meio de sentença.

Justificativa: A Constituição Federal/88 e o atual Código Civil amparam a família oriunda da união estável, embora o comando inserido no primeiro diploma (art. 226, § 3º) ainda não tenha merecido a devida atenção do legislador ordinário. De fato, o Código Civil/2002 dedica apenas cinco preceitos à união estável, encartando-os após a disciplina de outras matérias que também lhe dizem respeito, sem fazer menção, todavia, à possibilidade de existência da união estável putativa, à semelhança do que faz com o casamento. No particular, porém, não há distinções significativas entre o casamento e a união estável, pois a boa-fé (subjéctiva) de um ou de ambos os cônjuges ou companheiros, resulta da ignorância acerca da existência de um impedimento matrimonial, o que pode acontecer em qualquer uma dessas situações. No caso do casamento, o Direito tutela a confiança e a lealdade, que também devem existir entre os que convivem em união estável. Assim, a putatividade deve ser aplicada à união estável, e há de ser entendida como um instrumento hábil para assegurar os efeitos jurídicos

da confiança, da lealdade e da boa-fé manifestadas por quem conviveu com outro em uma situação de aparência que conduz à crença da legalidade e da legitimidade das relações que os vinculava, impedindo que sejam surpreendidos pela negativa de amparo jurídico, notadamente porque são inegáveis os aspectos existenciais envolvidos na questão, tornando pertinentes as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, quando afirma que os efeitos legalmente atribuídos ao casamento putativo podem ser aplicados à (ao) companheiro (a), desde que seja *pessoa de boa-fé na relação concubinária*¹ justificando o enunciado antes formulado.

Art. 1.566

Autor: Gustavo Kloh Muller Neves

Enunciado: O dever conjugal de sustento, guarda e educação dos filhos, previsto no art. 1.566, IV, do Código Civil, é sustentáculo normativo para o exercício da paternidade socioafetiva no âmbito das relações do cônjuge com os filhos de seu consorte, estendendo-se o fundamento também à União Estável.

Justificativa: O dever de guarda, educação e sustento dos próprios filhos decorre da autoridade parental – com certeza, não é um efeito do casamento. Tal norma, todavia, não é inútil ou inadequada, pois fundamenta o exercício do dever-poder decorrente da paternidade socioafetiva, em especial se o filho do consorte reside com a nova família. Com a disseminação da guarda compartilhada como modelo a ser perseguido, estes deveres se tornam mais exercitáveis, pois em muitas famílias teremos a convivência de filhos havidos em uniões anteriores no lar dos “novos” cônjuges, *locus* para o exercício desta parentalidade socioafetiva.

Art. 1.571

Autora: Regina Beatriz Tavares da Silva

Enunciado: O art. 1.571, em razão da EC 66/2010, que alterou a redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, suprimindo os prazos de um ano de separação judicial e de dois anos de separação de fato no divórcio, continua a regular as formas de término da sociedade conjugal, pela separação judicial, e do vínculo conjugal, pelo divórcio direto e conversão, já que esses institutos não foram eliminados pela alteração constitucional.

Justificativa: A EC 66/2010 alterou o art. 226, § 6º, da CF e facilitou o divórcio ao eliminar seus requisitos temporais, sem, contudo, eliminar os institutos da separação e da conversão da separação em divórcio. Essa norma da CF é formalmente e não materialmente constitucional; ali não são reguladas as espécies de dissolução conjugal, que se mantêm no Código Civil, sem quaisquer pressupostos temporais, mas com a preservação dos efeitos diversos de cada uma dessas espécies². A manutenção da separação decorre do respeito ao direito fundamental

1 In: Concubinatos e união estável. Del Rey: Belo Horizonte, 2004, p. 76

2 Ver SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. Saraiva, 2011; CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, RT, 2011, p. 75.

à liberdade (CF, art. 5º, *caput*), na escolha na espécie dissolutória. Dissolvida a sociedade conjugal pela separação, pode ser restabelecido o mesmo casamento (CC, art. 1.577), o que não ocorre no divórcio, que dissolve o vínculo conjugal. Por ser o Brasil um Estado laico, é inviolável a liberdade de consciência e de crença e de exercício de direitos em razão de crença (CF, art. 5º, VI e VIII); a supressão da separação violaria o direito de regularização do estado civil dos que têm crença que não admitem o divórcio. Em caso de pedidos contrapostos de separação e de divórcio, este deve prevalecer (v. CC português, art. 1.795). Em respeito à dignidade da pessoa humana, à tutela da vida, integridade física e psíquica e honra, à proteção especial aos membros da família e ao combate à violência doméstica (CF art. 1º, III, 5º, *caput*, III e X, art. 226, *caput* e § 8º), assim como à faculdade de obtenção do divórcio direto, sem prazos (CF, art. 226, § 6º cf. EC 66/2010), a espécie sanção, baseada no grave descumprimento de dever conjugal (CC, art. 1.572, *caput* e art. 1.573), passou a ser aplicável também ao divórcio, como uma de suas espécies, com seus efeitos específicos da perda do sobrenome conjugal (CC, art. 1.578) e do direito à pensão plena (CC, art. 1704), que antes se aplicavam somente à separação porque o divórcio tinha natureza estritamente conversiva. Assim, o § 2º do art. 1.571 do CC deve ser interpretado considerando-se que tanto na separação como no divórcio pode ocorrer a perda do sobrenome conjugal, quando a sentença assim decretar.³

Art. 1571, inc. III

Autora: Heloisa Helena Gomes Barboza

Enunciado: A dissolução da sociedade conjugal pela separação consensual ou judicial é ato que decorre do exercício da autonomia privada dos cônjuges, constitucionalmente assegurada, não atingido pela Emenda Constitucional 66.

Justificativa: A EC 66, ao dar nova redação ao § 6º, do art. 226, pôs fim aos requisitos ainda existentes para a dissolução do casamento pelo divórcio, cuja admissão em 1977 (EC 9, de 28/06/1977) enfrentou forte resistência religiosa, que resultou na imposição de condições para o divórcio, que foram, contudo, pouco a pouco atenuadas e finalmente afastadas, após 34 anos de restrições não cabalmente justificadas. O legislador ordinário, na esteira do constituinte de 1988, valoriza a cada momento a autonomia privada e diminui a ingerência estatal na relação familiar, em casos em que ela não mais se justifica, de que é vivo exemplo a Lei 11.441, de 04/01/2007, que possibilitou a realização do divórcio por via administrativa, dispensada sua homologação judicial. O casamento e sua dissolução estão submetidos à decisão soberana das pessoas, que poderão – no exercício de sua autonomia – manter o vínculo conjugal, encerrando apenas a sociedade conjugal, pela via da separação, que sempre teve natureza transitória e conduziu ao divórcio. A separação e o divórcio, consensuais ou judiciais, sempre também estiveram submetidos

³ Ver TJSP 5ª Ap 990.10.534475-5 15/12/10; TJMG 6ª C Ap 1.0701.09.260001-7/003 07/12/2010; TJES 3ª C AI 24100917921 30/11/2010; TJSC 1ª C Ap. 2008.021819-9 j 05/05/2011; TJRS, 8ª C Ap. 70040844375 07/04/2011; STJ SEC 5.302 – EX 2010/0069865-9.

à deliberação dos cônjuges. Nessa medida, deve-se entender que a EC 66 não extinguiu a possibilidade de separação consensual (não mais sujeita, porém, a prazo mínimo de convivência) ou judicial, sob pena de afronta à liberdade de decisão dos cônjuges, constitucionalmente garantida, e de graves prejuízos aos interessados (cônjuges e filhos), decorrentes da supressão injustificada do período de transição e de deliberação sobre a vida da família, em seus aspectos pessoais e patrimoniais.

Art. 1.571, III

Autora: Viviane Girardi

Enunciado: A Emenda Constitucional 66 não extinguiu o instituto da separação judicial.

Justificativa: O divórcio direto que prescinde da observação de prazo para o seu decreto (Emenda Constitucional 66), não extinguiu o instituto da separação judicial, o qual, a critério e por vontade dos cônjuges, poderá ser requerido, de forma a privilegiar a opção de não dissolução do casamento em razão, por exemplo, de incidência de normas morais de caráter religioso ou da necessidade de prazo para os cônjuges avaliarem os efeitos da separação, de forma a elaborar a decisão de efetivar a dissolução.

Arts. 1.571, III e § 2º; 1.572; 1.573; 1.574; 1.575; 1.576; 1.577; 1.578; 1.580; 1.702; 1.704

Autor: Rodrigo da Cunha Pereira

Enunciado: Por uma interpretação lógica, sistemática, teleológica, histórica e social, a Emenda Constitucional 66/2010 que instituiu o Divórcio Direto no ordenamento jurídico, revogou a separação judicial do cenário infraconstitucional, eliminando prazos desnecessários e acabando com a discussão da culpa quando da dissolução do vínculo conjugal.

Justificativa: Pela supremacia das normas constitucionais não há possibilidade de sobrevivência de qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela EC 66/2010 que instituiu o Divórcio Direto. A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição apenas admite a dissolução do vínculo conjugal. Ou seja, a Constituição Federal deixou de tutelar a separação judicial em seu “corpo” normativo. Essa é a vontade soberana do comando constitucional. Não se pode estender o que o comando constitucional restringiu, pela força hierárquica das normas constitucionais. O próprio caráter teleológico das razões que motivaram o legislador em perpetrar a reforma constitucional, foi no sentido de que a separação judicial não tem mais vez em nosso ordenamento jurídico, senão vejamos: [...] *Deve-se sublinhar que a necessidade de dois processos judiciais distintos apenas redundava em gastos maiores e também em maiores dissabores para os envolvidos, obrigados que se vêem a conviver por mais tempo com o assunto penoso da separação - penoso, inclusive, para toda a família,*

*principalmente para os filhos. [...] Para esta relatoria, salta aos olhos que os representantes da advocacia, do Poder Judiciário e do Ministério Público foram unânimes em afirmar **que o instituto da separação judicial deve ser suprimido do direito brasileiro***⁴.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça em um de seus julgados e confirmando a inutilidade do instituto da separação judicial, entendeu que a separação judicial deixou de existir frente ao comando constitucional: [...] *Assim, para a existência jurídica da união estável, extrai-se o requisito da exclusividade de relacionamento sólido da exegese do § 1º do art. 1.723 do Código Civil de 2002, fine, dispositivo esse que deve ser relido em conformidade com a recente EC n.º 66 de 2010, a qual, em boa hora, aboliu a figura da separação judicial*⁵ [...].

Assim, espera-se com essa pretensão a aprovação do respectivo enunciado.

Art. 1.572

Autora: Regina Beatriz Tavares da Silva

Enunciado: O art. 1.572, em razão da EC 66/2010, que alterou a redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, aplica-se também ao divórcio, com a eliminação do prazo de um ano de ruptura da vida em comum na separação judicial prevista no § 1º daquele artigo e de dois anos de duração da enfermidade mental na separação remédio estabelecida no § 2º do mesmo artigo.

Justificativa: A EC 66/2010 alterou o art. 226, § 6º, da CF e facilitou o divórcio ao eliminar os seus requisitos temporais, sem, contudo, eliminar os institutos da separação e da conversão da separação em divórcio. Essa norma da CF é formalmente e não materialmente constitucional; ali não são reguladas as espécies de dissolução conjugal, que se mantêm no Código Civil, sem quaisquer pressupostos temporais, mas com a preservação dos efeitos diversos de cada uma dessas espécies⁶. A manutenção da separação decorre do respeito ao direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º, *caput*), na escolha na espécie dissolutória. Dissolvida a sociedade conjugal pela separação, pode ser restabelecido o mesmo casamento (CC, art. 1.577), o que não ocorre no divórcio. Por ser o Brasil um Estado laico, é inviolável a liberdade de consciência e de crença e de exercício de direitos em razão de crença (CF, art. 5º, VI e VIII); a supressão da separação violaria o direito de regularização do estado civil aos que têm crença que não admite o divórcio. As espécies *remédio* e *sanção*, previstas no CC, art. 1.572, com seus respectivos efeitos específicos, respectivamente, de perda do direito à pensão plena (CC, art. 1704) e do direito de utilização do sobrenome conjugal (CC, art. 1.578), e de proteção patrimonial (CC, art. 1.572, § 3º), que antes somente se aplicavam somente à separação porque o divórcio tinha natureza estritamente conversiva, passam a ser

4 Parecer da Comissão Especial quando da análise da PEC 413/2005 e 33/2007 ministrado na Câmara dos Deputados, Diário da Câmara dos Deputados, quinta-feira, 29.11.2000 (grifo nosso).

5 BRASIL, STJ, REsp n. 912.926 - RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, pub. 07/06/2011.

6 Ver SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. Saraiva, 2011; CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, RT, 2011, p. 75.

aplicáveis também ao divórcio, em respeito à dignidade da pessoa humana, à tutela da vida, da integridade física e psíquica e da honra, à proteção especial aos membros da família e ao combate à violência doméstica⁷.

Art. 1.573

Autora: Regina Beatriz Tavares da Silva

Enunciado: O art. 1.573, em razão da EC 66/2010, que alterou a redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, aplica-se também ao divórcio, com a eliminação do prazo de um ano no abandono do lar.

Justificativa: A EC 66/2010 alterou o art. 226, § 6º, da CF e facilitou o divórcio ao eliminar os seus requisitos temporais, sem, contudo, eliminar o instituto da separação e de sua conversão em divórcio. Essa norma é formalmente e não materialmente constitucional; ali não são reguladas as espécies de dissolução conjugal, que se mantêm no Código Civil, sem quaisquer pressupostos temporais, mas com a preservação dos efeitos diversos de cada uma dessas espécies⁸. A manutenção da separação decorre do respeito ao direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º, *caput*), na escolha na espécie dissolutória. Dissolvida a sociedade conjugal pela separação, pode ser restabelecido o mesmo casamento (CC, art. 1.577), o que não ocorre no divórcio. Por ser o Brasil um Estado laico, é inviolável a liberdade de consciência e de crença e de exercício de direitos em razão de crença (CF, art. 5º, VI e VIII); a supressão da separação violaria o direito de regularização do estado civil aos que têm crença que não admite o divórcio. A espécie *sanção* prevista no CC, art. 1.573, decorrente do grave descumprimento dos deveres conjugais de fidelidade e de respeito à vida, à integridade física e à honra, com seus efeitos específicos de perda pelo inadimplente do direito à pensão plena (CC, art. 1704) e do direito de utilização do sobrenome conjugal (CC, art. 1.578), que antes somente se aplicavam à separação porque o divórcio tinha natureza estritamente conversiva, passam a ser aplicáveis também ao divórcio, em respeito à dignidade da pessoa humana, à tutela da vida, da integridade física e psíquica e da honra, à proteção especial aos membros da família e ao combate à violência doméstica⁹.

7 CF, art. 1º, III; 5º *caput*, III e X; art. 226, *caput* e § 8º). V. TJSP, 5ª Ap 990.10.534475-5 15/12/10; TJMG 6ª C Ap 1.0701.09.260001-7/003 07/12/2010; TJES 3ª C AI 24100917921 30/11/2010; TJSC 1ª C Ap. 2008.021819-9 j 05/05/2011; TJRS, 8ª C Ap. 70040844375 07/04/2011; STJ SEC 5.302 – EX 2010/0069865-9. Em caso de pedidos contrapostos de separação e de divórcio, este deve prevalecer (v. Código Civil português, art. 1.795).

8 Ver SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. Saraiva, 2011; CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, RT, 2011, p. 75

9 Ver CF, art. 1º, III; 5º *caput*, III e X, art. 226, *caput* e § 8º). V. TJSP, 5ª Ap 990.10.534475-5 15/12/10; TJMG 6ª C Ap 1.0701.09.260001-7/003 07/12/2010; TJES 3ª C AI 24100917921 30/11/2010; TJSC 1ª C Ap. 2008.021819-9 j 05/05/2011; TJRS, 8ª C Ap. 70040844375 07/04/2011; STJ SEC 5.302 – EX 2010/0069865-9.

Art. 1574

Autora: Heloisa Helena Gomes Barboza

Enunciado: A separação judicial por mútuo consentimento pode se dar qualquer que seja o tempo de convivência dos cônjuges, cabendo ao juiz intervir apenas para preservar os interesses dos filhos.

Justificativa: A autonomia privada tem sido constantemente fortalecida pelo legislador ordinário, sem prejuízo da proteção dos vulnerados, na linha traçada pela Constituição da República. Nesse sentido, diminui a cada passo ingerência estatal nas relações familiares, de que é prova a possibilidade da realização da separação consensual e do divórcio por via administrativa, com dispensa de homologação judicial, nos termos da Lei 11.441, de 04/01/2007. Passados 34 anos da autorização constitucional para a dissolução do vínculo conjugal pelo divórcio, foram enfim afastados os requisitos temporais que impediam sua realização no momento em que os cônjuges assim deliberassem, por força da EC 66. Assim sendo, por razões de lógica, não há justificativa para a exigência de tempo mínimo de convivência dos cônjuges para a separação judicial por mútuo consentimento, nem da interferência do juiz no que foi deliberado por pessoa maior e capaz. Acresça-se que a separação sempre teve natureza transitória e conduziu ao divórcio, segundo decisão dos interessados, que poderiam inclusive se reconciliar e refazer a sociedade conjugal. Nessa medida, e considerando que a EC 66 não extingui a possibilidade de separação consensual, não tem mais cabimento a exigência de um prazo mínimo de convivência dos cônjuges para sua obtenção pela via judicial (ou administrativa), sob pena de afronta à liberdade de decisão dos cônjuges, constitucionalmente garantida. A espera de um prazo mínimo, estabelecido pelo legislador, pode contribuir para o agravamento dos conflitos conjugais e acarretar graves prejuízos pessoais e patrimoniais aos interessados (cônjuges e filhos).

Art. 1.574

Autora: Ana Gabriela López Tavares da Silva

Enunciado: O art. 1.574, em razão da EC 66/2010, que alterou a redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, não mais exige o prazo de um ano de casamento para a dissolução conjugal por mútuo consentimento, aplicando-se também ao divórcio o parágrafo único do art. 1.574 do Código Civil, pelo qual o juiz pode recusar a homologação do acordo, em caso de não haver suficiente preservação dos interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

Justificativa: A EC 66/2010 alterou o art. 226, § 6º, da CF e facilitou o divórcio ao eliminar os seus requisitos temporais, sem, contudo, eliminar o instituto da separação. Essa norma é formalmente e não materialmente constitucional; ali não são reguladas as espécies de dissolução conjugal, que se mantêm no Código Civil, sem quaisquer pressupostos temporais,

mas com a preservação dos efeitos diversos de cada uma dessas espécies¹⁰. A manutenção da separação decorre do respeito ao direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º, *caput*), na escolha na espécie dissolutória. Dissolvida a sociedade conjugal pela separação, pode ser restabelecido o mesmo casamento (CC, art. 1.577), o que não ocorre no divórcio, do que decorre uma das razões da manutenção da separação. Por ser o Brasil um Estado laico, é inviolável a liberdade de consciência e de crença e de exercício de direitos em razão de crença (CF, art. 5º, VI e VIII); a supressão da separação violaria o direito de regularização do estado civil aos que têm crença que não admite o divórcio. Na espécie consensual, seja da separação, seja do divórcio, as normas infraconstitucionais que estabelecem prazos tornaram-se incompatíveis com a nova ordem constitucional. Inaplicável, portanto, o prazo de um ano de casamento para a separação judicial por mútuo consentimento, que antes existia no art. 1.574 do Código Civil¹¹. O juiz deve ter o poder de recusar a homologação da dissolução do vínculo conjugal, quando o acordo não preserva os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges¹².

Art. 1.575

Autora: Ana Gabriela López Tavares da Silva

Enunciado: O art. 1.575, em razão da EC 66/2010, que alterou a redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, aplica-se também ao divórcio, que importa na separação de corpos, podendo a partilha ser realizada após prolação da sentença dissolutória da sociedade conjugal, como já é prevista essa possibilidade na dissolução do vínculo conjugal, conforme art. 1.581 do Código Civil.

Justificativa: A EC 66/2010 modificou a redação do art. 226, § 6º, da CF, facilitando o divórcio ao eliminar os seus requisitos temporais, sem, contudo, eliminar o instituto da separação. Essa norma é formalmente e não materialmente constitucional; ali não são reguladas as espécies de dissolução conjugal, que se mantêm no Código Civil, sem quaisquer pressupostos temporais, mas com a preservação dos efeitos diversos de cada uma dessas espécies¹³. A manutenção da separação decorre do respeito ao direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º, *caput*), na escolha na espécie dissolutória. Dissolvida a sociedade conjugal pela separação, pode ser restabelecido o mesmo casamento (CC, art. 1.577), o que não ocorre no divórcio. Por ser o Brasil um Estado laico, é inviolável a liberdade de consciência e de crença e de exercício de direitos em razão de crença (CF, art. 5º, VI e VIII); a supressão da separação violaria o direito de regularização do estado civil aos que têm crença que não

10 Ver SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. Saraiva, 2011; CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, RT, 2011, p. 75.

11 Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva: *Curso de Direito Civil – Direito de Família*, 2011, p. 377.

12 Ver sobre a manutenção da separação após a EC 66/2010: TJSP, 5ª Ap 990.10.534475-5 15/12/10; TJMG 6ª C Ap 1.0701.09.260001-7/003 07/12/2010; TJES 3ª C AI 24100917921 30/11/2010; TJSC 1ª C Ap. 2008.021819-9 j 05/05/2011; TJRS, 8ª C Ap. 70040844375 07/04/2011; STJ SEC 5.302 – EX 2010/0069865-9.

13 Ver SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. Saraiva, 2011; CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, RT, 2011, p. 75.

admite o divórcio¹⁴. Mantida a separação e o divórcio, este facilitado, possibilita-se em ambos que a partilha de bens seja realizada *a posteriori*, em execução de sentença e na forma do procedimento de inventário¹⁵.

Art. 1.576

Autora: Ana Gabriela López Tavares da Silva

Enunciado: Ao art. 1.576, em razão da EC 66/2010, que alterou a redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, também se aplica ao divórcio, que pode ser pedido diretamente, sem anterior separação judicial ou de fato, de modo a extinguir os deveres de coabitação, fidelidade e o regime de bens.

Justificativa: A EC 66/2010 alterou o art. 226, § 6º, da CF e facilitou o divórcio ao eliminar os seus requisitos temporais, sem, contudo, eliminar o instituto da separação. Essa norma é formalmente e não materialmente constitucional; ali não são reguladas as espécies de dissolução conjugal, que se mantêm no Código Civil, sem quaisquer pressupostos temporais, mas com a preservação dos efeitos diversos de cada uma dessas espécies¹⁶. A manutenção da separação decorre do respeito ao direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º, *caput*), na escolha na espécie dissolutória. Dissolvida a sociedade conjugal pela separação, pode ser restabelecido o mesmo casamento (CC, art. 1.577), o que não ocorre no divórcio. Por ser o Brasil um Estado laico, é inviolável a liberdade de consciência e de crença e de exercício de direitos em razão de crença (CF, art. 5º, VI e VIII); a supressão da separação violaria o direito de regularização do estado civil aos que têm crença que não admite o divórcio. No divórcio, que passou a ser possibilitado de maneira direta, sem os requisitos temporais de um ano de separação judicial ou de dois anos de separação de fato, também ocorre a aplicação dos efeitos previstos no art. 1.576 do Código Civil, que somente assim pode ser interpretado¹⁷.

Art. 1.577

Autora: Fernanda Fernandes Galluci

Enunciado: Ao art. 1.577, em razão da EC 66/2010, que alterou a redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal e eliminou os requisitos temporais do divórcio consistentes no prazo

14 V. TJSP, 5ª Ap 990.10.534475-5 15/12/10; TJMG 6ª C Ap 1.0701.09.260001-7/003 07/12/2010; TJES 3ª C AI 24100917921 30/11/2010; TJSC 1ª C Ap. 2008.021819-9 j 05/05/2011; TJRS, 8ª C Ap. 70040844375 07/04/2011; STJ SEC 5.302 – EX 2010/0069865-9.

15 CPC art. 1.121 § 1º). V. TJMG 7ª C AC 1.0447.06.000268-3 23/10/2007; AC 1.0418.06.000994-5 23/10/2007.

16 Ver SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. Saraiva, 2011; CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, RT, 2011, p. 75.

17 V. TJSP, 5ª Ap 990.10.534475-5 15/12/10; TJMG 6ª C Ap 1.0701.09.260001-7/003 07/12/2010; TJES 3ª C AI 24100917921 30/11/2010; TJSC 1ª C Ap. 2008.021819-9 j 05/05/2011; TJRS, 8ª C Ap. 70040844375 07/04/2011; STJ SEC 5.302 – EX 2010/0069865-9.

de um ano de separação judicial e de dois anos de separação de fato, mantém a possibilidade de restabelecimento da sociedade conjugal, pela separação judicial, já que este instituto não foi suprimido por essa Emenda Constitucional.

Justificativa: A EC 66/2010 alterou o art. 226, § 6º, da CF e facilitou o divórcio ao eliminar os seus requisitos temporais, sem, contudo, eliminar o instituto da separação. Essa norma é formalmente e não materialmente constitucional; ali não são reguladas as espécies de dissolução conjugal, que se mantêm no Código Civil, sem quaisquer pressupostos temporais, mas com a preservação dos efeitos diversos de cada uma dessas espécies¹⁸. A manutenção da separação decorre do respeito ao direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º, *caput*), na escolha na espécie dissolutória. Dissolvida a sociedade conjugal pela separação, pode ser restabelecido o mesmo casamento (CC, art. 1.577), o que não ocorre no divórcio. Por ser o Brasil um Estado laico, é inviolável a liberdade de consciência e de crença e de exercício de direitos em razão de crença (CF, art. 5º, VI e VIII); a supressão da separação violaria o direito de regularização do estado civil aos que têm crença que não admite o divórcio¹⁹.

Art. 1.578

Autora: Fernanda Fernandes Galluci

Enunciado: O art. 1.578, em razão da EC 66/2010, que alterou a redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, também se aplica ao divórcio, cabendo a perda do direito ao nome no divórcio se houver grave descumprimento de dever conjugal.

Justificativa: A EC 66/2010 alterou o art. 226, § 6º, da CF e facilitou o divórcio ao eliminar os seus requisitos temporais, sem, contudo, eliminar o instituto da separação. Essa norma é formalmente e não materialmente constitucional; ali não são reguladas as espécies de dissolução conjugal, que se mantêm no Código Civil, sem quaisquer pressupostos temporais, mas com a preservação dos efeitos diversos de cada uma dessas espécies²⁰. A manutenção da separação decorre do respeito ao direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º, *caput*), na escolha na espécie dissolutória. Dissolvida a sociedade conjugal pela separação, pode ser restabelecido o mesmo casamento (CC, art. 1.577), o que não ocorre no divórcio. Por ser o Brasil um Estado laico, é inviolável a liberdade de consciência e de crença e de exercício de direitos em razão de crença (CF, art. 5º, VI e VIII); a supressão da separação violaria o direito de regularização do estado civil aos que têm crença que não admite o divórcio. A espécie *sanção*, prevista no CC, arts. 1.572, *caput* e 1.573, com seu efeito específico de

18 Ver SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. Saraiva, 2011; CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, RT, 2011, p. 75.

19 V. TJSP, 5ª Ap 990.10.534475-5 15/12/10; TJMG 6ª C Ap 1.0701.09.260001-7/003 07/12/2010; TJES 3ª C AI 24100917921 30/11/2010; TJSC 1ª C Ap. 2008.021819-9 j 05/05/2011; TJRS, 8ª C Ap. 70040844375 07/04/2011; STJ SEC 5.302 – EX 2010/0069865-9.

20 Ver SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. Saraiva, 2011; CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, RT, 2011, p. 75.

perda do direito ao sobrenome conjugal (CC, art. 1578), que antes somente se aplicava à separação porque o divórcio tinha natureza estritamente conversiva, passa a ser aplicável também ao divórcio, em respeito à dignidade da pessoa humana e à proteção especial aos membros da família (CF, art. 1º, III, e art. 226, *caput*), assim como à facilitação do divórcio operada pela Emenda Constitucional 66, de 2010, que possibilita o divórcio direto, sem prévia separação judicial²¹.

Art. 1.580

Autora: Fernanda Fernandes Galluci

Enunciado: O art. 1.580, em razão da EC 66/2010, que alterou a redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, eliminou o prazo de um ano de separação para a conversão desta em divórcio, mantendo-se este instituto conversivo, o prazo de dois anos de separação de fato para o divórcio.

Justificativa: A EC 66/2010 modificou a redação do art. 226, § 6º, da CF, facilitando o divórcio ao eliminar os seus requisitos temporais, sem, contudo, eliminar o instituto da separação e da conversão de separação em divórcio. Essa norma da Constituição é formalmente e não materialmente constitucional; ali não são reguladas as espécies de dissolução conjugal, que se mantêm no Código Civil, sem quaisquer pressupostos temporais, mas com a preservação dos efeitos diversos de cada uma dessas espécies²². A manutenção da separação decorre do respeito ao direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º, *caput*), na escolha na espécie dissolutória. Dissolvida a sociedade conjugal pela separação, pode ser restabelecido o mesmo casamento (CC, art. 1.577), o que não ocorre no divórcio. Por ser o Brasil um Estado laico, é inviolável a liberdade de consciência e de crença e de exercício de direitos em razão de crença (CF, art. 5º, VI e VIII); a supressão da separação violaria o direito de regularização do estado civil aos que têm crença que não admite o divórcio²³. Inclusive para quem é separado, judicial ou extrajudicialmente, conserva-se o instituto da conversão. Se assim não fosse, admitir-se-ia o divórcio direto aos separados judicial e extrajudicialmente e seriam apagadas as disposições constantes da separação, com prejuízo às partes e a terceiros. O prazo de dois anos de separação de fato para o divórcio está suprimido pelo texto constitucional da Emenda 66, de 2010.

21 V. TJSP, 5ª Ap 990.10.534475-5 15/12/10; TJMG 6ª C Ap 1.0701.09.260001-7/003 07/12/2010; TJES 3ª C AI 24100917921 30/11/2010; TJSC 1ª C Ap. 2008.021819-9 j 05/05/2011; TJRS, 8ª C Ap. 70040844375 07/04/2011; STJ SEC 5.302 – EX 2010/0069865-9.

22 Ver SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. Saraiva, 2011; CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, RT, 2011, p. 75.

23 V. TJSP, 5ª Ap 990.10.534475-5 15/12/10; TJMG 6ª C Ap 1.0701.09.260001-7/003 07/12/2010; TJES 3ª C AI 24100917921 30/11/2010; TJSC 1ª C Ap. 2008.021819-9 j 05/05/2011; TJRS, 8ª C Ap. 70040844375 07/04/2011; STJ SEC 5.302 – EX 2010/0069865-9.

Arts. 1583 e 1584

Autores: Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Bruno Paiva Bartholo

Enunciado: A Lei n. 11.697/08, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584, do Código Civil, não restringe os modelos de guarda dos filhos à guarda unilateral e à guarda compartilhada, podendo ser adotado o modelo mais adequado à situação do filho menor, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Justificativa: Com a alteração da redação dos arts. 1.583 e 1.584, do Código Civil, poder-se-ia considerar que os únicos modelos possíveis de guarda jurídica do filho menor são a guarda unilateral e a guarda compartilhada, caso fosse adotado o critério gramatical (ou literal) na interpretação do texto. Contudo, a melhor exegese se baseia nos critérios sistemático e teleológico que permitem concluir que a solução a ser adotada é aquela que melhor atenda aos interesses da criança, por força do princípio do melhor interesse que pode se extraído do texto da Constituição Federal de 1988 (art. 227, *caput*). Ainda que se considere, por exemplo, que o modelo da guarda alternada não seja o mais recomendado como regra de acordo com estudos da Psicologia, é possível que, em razão de variedade e pluralidade de situações concretas, que em determinada hipótese (ou caso concreto), a guarda alternada seja a solução mais recomendada em detrimento da guarda compartilhada, da guarda unilateral ou outro modelo de guarda. A importância da aprovação da proposta do enunciado decorre da circunstância de o legislador não haver feito qualquer ressalva a esse respeito. E, obviamente, o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente possui estatuto constitucional, devendo a legislação infraconstitucional ser interpretada e aplicada em conformidade com os princípios e valores constitucionais.

Art. 1.584

Autor: Alexander Teixeira Marques Barquetti

Enunciado: O art. 1.584 determina a aplicação da guarda compartilhada, sempre que possível, quando não houver acordo entre pai e mãe quanto à guarda do filho, excetuando-se somente os casos em que aquela espécie de guarda acarretaria prejuízos à proteção do melhor interesse do menor, cabendo a fixação de sua residência principal e de pensão alimentícia.

Justificativa: A melhor espécie de guarda é a compartilhada, em que pai e mãe participam efetivamente da educação e formação dos filhos, com responsabilidade e poder decisório na escolha da escola, das atividades extracurriculares e dos tratamentos de saúde, dentre outras importantes definições para a criança e o adolescente²⁴. Mas isso não significa que os filhos venham a ter duas residências, podendo ser fixada a principal, conforme seja melhor para os menores, a depender da localização da residência dos genitores, de

24 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil*, v. 2, Direito de Família, 41. ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 394/395.

sua disponibilidade de tempo e das rotinas familiares (Súmula 383 do STJ: a guarda define a competência nas ações sobre os interesses de menores). A guarda compartilhada não impede a fixação de pensão alimentícia; inobstante o poder familiar seja de ambos os genitores, se um deles não tiver condições de sustentar o filho, ou tiver inferiores condições, continuará a ser seguido o trinômio possibilidades do pai/possibilidades da mãe/necessidades do filho (CC, art. 1.694, § 1º e art. 1.703). A guarda compartilhada não se confunde com guarda alternada, em que pai e mãe, em períodos diferentes, exercem com exclusividade a guarda do filho. A guarda compartilhada é realmente conjunta; a educação deve ser dada aos filhos permanentemente por ambos, pai e mãe. Embora o acordo seja sempre a solução ideal na fixação da guarda compartilhada, como se sabe, quando ocorre a separação de um casal, via de regra, marido e mulher estão distanciados. Então, se fosse sempre exigido o consenso ou acordo para a fixação da guarda compartilhada, esta raramente seria estabelecida. Foi considerado pelo STJ, em esclarecedor julgado, Rel. Min. Nancy Andrichi, que a litigiosidade entre pai e mãe não impede a guarda compartilhada dos filhos, que deve ser adotada em regra geral, com o auxílio da equipe interdisciplinar, formada por psicólogos e assistentes sociais do Poder Judiciário, como prevê o art. 1.584, § 3º, do Código Civil (REsp 1.251.000/MG - 2011/0084897-5). Nesse julgamento, admitiu-se que o compartilhamento da guarda pode ser dificultado pela intransigência da mãe ou do pai, mas, mesmo assim, afirmou-se que *a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas*.

Art. 1.584, II

Autoras: Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues

Enunciado: A distribuição do tempo, embora seja um fator importante a propiciar a convivência entre pais que não vivem juntos e seus filhos, deve ser critério secundário para fixação da guarda, pois o que sobreleva é o melhor interesse do filho menor, a partir da possibilidade dos pais se responsabilizarem quanto às decisões relacionadas à concretização dos direitos fundamentais e do livre desenvolvimento da personalidade dos menores.

Justificativa: O art. 1.632 do Código Civil comanda a manutenção do poder familiar em relação a ambos os pais, mesmo após a dissolução do casamento ou da união estável. Tendo em vista que a guarda compartilhada deve funcionar como um reforço ao exercício conjunto do poder familiar, ela está atrelada fundamentalmente às decisões mais relevantes da vida dos filhos, relacionadas aos deveres de criar, educar e assistir (art. 229 da Constituição Federal). A divisão do tempo da criança ou do adolescente entre os pais é muito mais uma consequência da maior participação dos pais na vida dos filhos e da responsabilização destes por aqueles do que um requisito para configuração da guarda compartilhada. Afinal, como o que está em foco é o crescimento biopsiquicamente saudável dos filhos e o seu bem-estar (art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente), devem os pais organizar suas vidas e suas rotinas no pós-divórcio segundo o melhor interesse de seus filhos menores. Por isso,

a divisão do tempo do menor – quase sempre uma motivação para a guarda compartilhada – é uma questão secundária e funcionalizada à realização dos reais interesses dos filhos menores, por meio da efetivação dos seus direitos fundamentais, previstos no art. 227 da Constituição Federal.

Art. 1589

Autora: Renata Malta Vilas Bôas

Enunciado: Pelo princípio do melhor interesse, a família extensa também deve ser contemplada no art. 1589. Dessa forma, aos tios/tias e madrastras/padrastos, dependendo da afetividade e afinidade deve ser resguardado o direito da criança/adolescente conviver com esses parentes, protegendo assim, o direito de visitação.

Justificativa: A criança/adolescente tem direito fundamental à convivência familiar; assim esse direito não pode ser subtraído do menor, uma vez que o nosso ordenamento veda o retrocesso, ou seja, não se pode retirar direito fundamental que uma vez foi concedido. Dessa feita, se a criança/adolescente mantém vínculos de afinidade e afetividade com parentes próximos, e há ruptura dessa convivência, então se deve estabelecer uma estrutura para que ela possa continuar convivendo com os parentes próximos. Assim, faz-se necessário ampliar o rol de pessoas previstas, pois além dos pais e avós, deve-se incluir a família extensa: tios/tias, madrastras/padrastos. Pelo princípio do melhor interesse, devem-se levar em consideração os vínculos afetivos formados e permitir que outros parentes também tenham acesso e participem do processo de formação das crianças/adolescentes. Assim a proposta do enunciado é no sentido de ampliar o rol de pessoas que poderão exercer o direito de visitação das crianças/adolescentes. Nesse sentido, a atual realidade das famílias brasileiras não é mais o padrão adotado antigamente. Com a figura do pai e da mãe e a presença das famílias recompostas, o laço de afetividade se estabelece também com padrastos e madrastras que passam a interagir de forma efetiva na vida das crianças/adolescentes.

Art. 1.589

Autoras: Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata Lima Rodrigues

Enunciado: Tendo em vista que faculta ao genitor não guardião a fiscalização da educação e da manutenção, o modo próprio para operacionalizar seu direito é por meio da prestação de contas a ser feita pelo genitor guardião.

Justificativa: O Código Civil estabelece ao genitor que não detém a guarda a possibilidade de exercer o direito subjetivo de fiscalizar a educação e a manutenção do seu filho, bem como supervisionar seus interesses (art. 1.583, § 3º, do Código Civil), vez que eles são os destinatários da pensão e do *modus operandi* da educação (formal e informal) que lhes é direcionada. Entretanto, a forma de exercer ou operacionalizar tais direitos é controversa

segundo a interpretação de diversos tribunais brasileiros. Tendo em vista que este direito subjetivo conferido ao genitor não guardião se revela como um mecanismo de proteção aos filhos menores, de concretização da doutrina da proteção integral, além de legítimo exercício da autoridade parental, torna-se urgente consolidar um entendimento acerca de sua correta exequibilidade. Tal direito assume o escopo, muitas vezes, de averiguar se os valores pagos a título de pensão alimentícia estão, de fato, sendo dirigidos ao filho ou se direcionados ao pagamento de despesas com terceiros, prejudicando assim seus interesses primeiros por deixar em aberto despesas necessárias a seu desenvolvimento, em virtude da administração indevida do genitor guardião. Por isso, a forma adequada para o exercício de tal direito é por meio da ação da prestação de contas. Não sem razão, a atual redação do art. 1.583, § 3º, do Código Civil atribui a legitimidade processual ao genitor não guardião para seu ajuizamento. Esta ação, além do objetivo de averiguar a aplicação da pensão alimentícia, pode assumir também caráter existencial, para fiscalizar e resguardar a educação do menor, de modo a se perquirir se o dever de educar conferido aos pais e se o direito à educação garantido ao filho menor está sendo exercidos corretamente.

Art. 1593

Autora: Heloisa Helena Gomes Barboza

Enunciado: A constituição do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade depende de sentença e deve ocorrer na relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

Justificativa: De acordo com os Enunciados 103 e 256 do CJF o fato da socioafetividade pode dar origem ao parentesco civil. O parentesco é vínculo familiar que gera importantes efeitos que atingem diretamente a esfera de interesses de terceiros, criando direitos, mas também obrigações e impedimentos. Se há surgimento de ônus para terceiros (não ouvidos em qualquer momento), o parentesco só pode ser constituído por força de lei (CR, art. 5º, II) ou de decisão judicial. A lei contempla o parentesco natural (CC, art. 1.593), e o civil no caso de adoção (ECA, art. 41) e de reprodução assistida heteróloga (art. 1.597, V). Fora desses casos, portanto, sua constituição dependerá de sentença para que possa produzir os efeitos pessoais e patrimoniais que lhe são próprios. Além disso, por definição, o parentesco é o vínculo entre pessoas que têm um ancestral comum, nada autorizando seu reconhecimento sem atendimento desse pressuposto, salvo por expressa determinação legal. Em consequência, a filiação é a base da construção dos laços de parentesco, que passou de puro fato biológico a fato social humano. Desse modo, seu reconhecimento deve ser feito a partir da posse do estado de filho, com a mesma amplitude e efeitos das demais espécies de parentesco, sob pena de subverter toda ordem que orienta as relações familiares e sucessórias, e gerar interferência na esfera de interesses de terceiro ao arrepio da orientação constitucional.

Art. 1.596

Autor: Victor José Sebem Ferreira

Enunciado: O estado de filiação não pode ser restringido para excluir o direito sucessório. Reconhecida a paternidade biológica, ainda que haja paternidade socioafetiva em relação a outrem, não se pode negar ao filho natural o direito à herança.

Justificativa: O estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível, inalienável, imprescritível, e integrante do conceito de dignidade da pessoa humana. A Constituição da República, em seu art. 227, assegura uma gama de direitos fundamentais aos filhos, dentre eles, o de absoluta igualdade de tratamento com relação aos irmãos, nada importando se nascidos ou não do casamento. O exame da parentalidade passa por três enfoques distintos: paternidade biológica, paternidade registral e paternidade socioafetiva. Não há prevalência de uma sobre a outra, inexistindo hierarquia entre elas. Com isso, não se pode afirmar a superioridade da filiação afetiva e tampouco da biológica. Podem elas, inclusive, conviver – veja-se a possibilidade, já reconhecida em algumas decisões judiciais, de adoção por casais homossexuais, nas quais o adotado terá dois pais ou duas mães. Sendo o direito à sucessão garantia constitucional (art. 5º, XXX, da CF), e, ainda, direito da personalidade, o estado de filiação não pode ser restringido, para excluir o direito à herança.

Art. 1.601

Autora: Rose Melo Vencelau Meireles

Enunciado: O conhecimento da ausência de vínculo biológico e a posse de estado de filho obstam a contestação da paternidade presumida.

Justificativa: A posse de estado de filho configura a filiação socioafetiva, fundada sobretudo no *nomem, tractus e fama*. O art. 1.601, no entanto, permite a contestação da paternidade presumida a qualquer tempo, por se tratar de ação imprescritível. Em muitos casos, apesar da presunção de paternidade, dá-se o reconhecimento voluntário da filiação, uma vez que o marido providencia o registro do filho da sua mulher. Sendo assim, há de se observar se o pai presumido reconheceu voluntariamente o filho e ainda, mesmo ausente a perfilhação, a posse de estado de filho. No caso de haver o reconhecimento voluntário, o registro somente pode ser impugnado pelo próprio pai em caso de erro ou falsidade, não servindo a mera prova negativa do vínculo biológico para afastar a paternidade. Aplica-se o regime do erro, de modo que não pode o pai que reconhece o filho com a ciência de inexistir o vínculo biológico pretender romper a paternidade com tal argumento, pois se trata de conduta contraditória (*venire contra factum proprium*). A negatória de paternidade afigura-se proteção à boa-fé do marido a quem, por presunção *juris tantum*, é atribuída a paternidade, como reflexo do dever de fidelidade sexual que toca a ambos os cônjuges, de modo que sem o desconhecimento, descabe a pretensão. Ocorre que mesmo desconhecendo que o filho presumido não é também biológico, deve-se também analisar se o filho construiu sua identidade com base na posse

de estado de filho, hipótese que obsta a contestação, na medida em que se reconhece a socioafetividade como origem de parentesco.

Art. 1.601

Autor: Túlio de Carvalho Rocha

Enunciado: Relativamente ao art. 1.601 do Código Civil não se desconstituirá a paternidade caso fique caracterizada a posse do estado de filho.

Justificativa: O Enunciado n. 130 da I Jornada de Direito Civil aprovou proposta de redação a ser dada ao art. 1.601 do Código Civil no sentido de lhe acrescer parágrafo com o conteúdo idêntico ao proposto no enunciado. A referida regra, contudo, não depende de alteração legislativa por extrair-se da proteção estatal à família, conforme determinada pelo *caput* do art. 226 e do princípio da igualdade dos filhos positivado no art. 227, § 6º, da Constituição da República²⁵. A imprescritibilidade da ação de impugnação de paternidade de filhos matrimoniais os desigalam em relação aos filhos havidos de outras origens, pois: a) quando há reconhecimento judicial, a estabilidade é alcançada pela imutabilidade da coisa julgada; b) quando se reconhece voluntariamente filhos não matrimoniais, tal reconhecimento é irrevogável por força dos arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil e mesmo a anulatória está sujeita a prazos decadenciais; c) em relação aos adotivos incide, igualmente, a coisa julgada (art. 1.623 do Código Civil). Assim, há fundamento constitucional para que o entendimento que já vem sendo reconhecido por parte da jurisprudência e que encontra raízes no art. 322 do Código Civil francês possa ser aplicado imediata e amplamente.

Art. 1604

Autor: Dimitre Braga Soares de Carvalho

Enunciado: A proposição se fundamenta na hipótese de a paternidade socioafetiva (filhos de criação) permitir a inclusão da negação de paternidade em face do filho “meramente” biológico, com a finalidade da construção de “novo” vínculo jurídico com o pai afetivo. Uma vez desconstituído o vínculo registral apenas formal, seria possível o reconhecimento pleno do vínculo afetivo. Ao mencionar que *ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta o registro de nascimento, salvo provando erro ou falsidade do registro*, o legislador não incluiu a possibilidade de o pai biológico desfazer vínculo registral do filho que não foi criado por ele (mas por outra pessoa), de modo que seja ratificada juridicamente a filiação socioafetiva e a verdade afetiva esteja demonstrada.

Justificativa: A existência de filhos apenas registrados pelo pai biológico, mas criados por outra pessoa, configura uma dupla relação filial que não se justifica. De um lado, tem-se o

25 Conforme expusemos, detalhadamente, em *O conceito de família e suas implicações jurídicas* (São Paulo: Campus-Elsevier, 2009, espec., p. 222-225).

pai registral cujo nome está estampado na certidão de nascimento, mas que nunca educou, manteve laços de amor e carinho, de respeito e atenção para com o filho. De outro, tem-se o pai socioafetivo (chamado popularmente de “pai de criação”), que não está no registro do filho, mas é quem efetivamente o criou, manteve, amou, educou, assistiu etc. Com a redação atual do art. 1604 do Código Civil, mesmo havendo uma relação de “posse de estado de filho”, que pode ser reconhecida juridicamente como filiação, não há legitimidade para interposição de Ação Negatória de Paternidade, haja vista que essa modalidade de ação só tem amparo nos permissivos do citado artigo, quais sejam, o “erro, ou a falsidade do registro”. A manutenção dessa relação dúbia pode gerar situações esdrúxulas como, por exemplo, a relação socioafetiva com uma pessoa, e formal com a outra, que apenas registrou o filho, aí implícitas obrigações alimentares, patrimoniais, morais etc. Ou a confusão nos efeitos patrimoniais, na hipótese de morte de qualquer um deles, discutir-se-ia sobre quais recairiam os direitos sucessórios. Assim, a inclusão da “filiação socioafetiva” dentre as situações que autorizam a Ação Negatória de Paternidade teria o efeito de resolver essa duplicidade parental, aproximando o direito da realidade concreta das relações afetivas das pessoas envolvidas em tal hipótese.

Art. 1604

Autor: David de Oliveira Gomes Filho

Enunciado: O erro admissível para a aplicação do art. 1604 do CC deve ser o vício formal do registro, não se compreendendo aqui a inocência do homem que registra o filho havido fora do casamento pensando que é seu.

Justificativa: O Código Civil Brasileiro previu tratamentos diferentes no tema “negatória de paternidade” conforme a ação seja proposta pelo homem casado em relação a filho de sua mulher ou conforme seja outro caso diverso deste. O art. 1.601 dispõe que *cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível* (grifo nosso). O art. 1.609 dispõe que *o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável* (grifo nosso). O art. 1.610 dispõe que *o reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento*. Tem sido comum, entretanto, a propositura de ação negatória de paternidade por homens que sabiam desta circunstância quando efetuaram o registro da criança ou quando não o sabiam, mas tinham a obrigação de serem diligentes no momento de optar pelo reconhecimento voluntário do menor. A base legal para estas ações tem sido o art. 1604 do Código Civil que dispõe: *ninguém pode vindicar estado contrário ao que consta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro*. Ocorre que o erro mencionado no artigo deve ser interpretado como o vício formal involuntário **do registro**, cometido pelos pais ou pelo oficial do Registro Civil. Destaque-se que não se trata de erro contra a pessoa, pois não se concebe que ato de tamanha importância, como o reconhecimento voluntário de um filho, seja tratado com a simplicidade diametralmente oposta às consequências e à responsabilidade que o ato impõe aos envolvidos. A mera paixão a uma mulher, não sedimentada pelo casamento ou pela união estável, é insuficiente para

justificar o reconhecimento irrefletido do filho dela, ainda que o argumento seja a crença na fidelidade da namorada, noiva ou amante.

Art. 1.604

Autor: Túlio de Carvalho Rocha

Enunciado: Não se admitirá a desconstituição do vínculo de filiação com base no art. 1.604 do Código Civil se houver posse de estado conforme o registro de nascimento, salvo em caso de fraude ou de violência.

Justificativa: O Enunciado n. 130 da I Jornada de Direito Civil aprovou proposta de redação a ser dada ao art. 1.601 do Código Civil no sentido de lhe acrescer parágrafo com o conteúdo idêntico ao proposto no enunciado. A referida regra, contudo, não depende de alteração legislativa por extrair-se da proteção estatal à família, conforme determinada pelo *caput* do art. 226 e do princípio da igualdade dos filhos positivado no art. 227, § 6º, da Constituição da República²⁶. A imprescritibilidade da ação de impugnação de paternidade de filhos matrimoniais os desigalam em relação aos filhos havidos de outras origens, pois: a) quando há reconhecimento judicial, a estabilidade é alcançada pela imutabilidade da coisa julgada; b) quando se reconhece voluntariamente filhos não matrimoniais, tal reconhecimento é irrevogável por força dos arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil e mesmo a anulatória está sujeita a prazos decadenciais; c) em relação aos adotivos incide, igualmente, a coisa julgada (art. 1.623 do Código Civil). Os referidos fundamentos constitucionais conduzem à conclusão de que também o art. 1.604 do Código Civil deve respeitar os limites impostos pela posse de estado de filho.

Art. 1.606

Autora: Rose Melo Vencelau Meireles

Enunciado: O herdeiro pode mover ação de prova da filiação em face dos avós mesmo se o filho não a tenha iniciado em vida.

Justificativa: O empresário, conforme o art. 966, *caput*, do Código Civil, é a pessoa física que exerce profissionalmente atividade econômica organizada de produção e, ou, circulação de bens e serviços. Sem maiores formalidades legais, mas apenas o requerimento e os dados de identificação civil, indicação da firma, capital e objeto e sede da empresa, difere da empresa como organização de meios humanos e materiais para o exercício de atividade econômica. Ademais, havia a expressa exclusão, desse âmbito, do exercente de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo organizada e com a ajuda de colaboradores e intuito lucrativo, salvo se o exercício estivesse inserido em uma realidade maior e mais

²⁶ Conforme expusemos, detalhadamente, em *O conceito de família e suas implicações jurídicas* (São Paulo: Campus-Elsevier, 2009, espec., p. 222-225).

complexa de caráter nitidamente empresarial (elemento de empresa). Essa distinção entre empresários e sociedade empresária quanto à responsabilidade patrimonial foi alterada com a nova previsão da empresa individual como pessoa jurídica específica, que pode ser constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza e ter atribuída a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, os quais sejam vinculados à atividade profissional. O quadro tradicional da responsabilidade inclusiva do patrimônio pessoal do empresário é substituído pela responsabilidade limitada e a separação patrimonial. A integralização do capital mínimo no ato de declaração de empresário e inscrição de empresa é restrita aos bens então existentes e não alcança a remuneração relativa à cessão de direitos patrimoniais de autor, ao se tratar da remuneração ainda não concretizada e separada do seu titular, dada a origem na expressão econômica de direitos da personalidade.

Art. 1626, parágrafo único.

Autor: David de Oliveira Gomes Filho

Enunciado: As limitações à adoção previstas no art. 42, § 1º, do ECA não alcançam o cônjuge ou companheiro da(o) avó(ô) do adotando, quando estiver ausente o vínculo biológico entre adotante e adotado.

Justificativa: O art. 42, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a impossibilidade da adoção pelos ascendentes do adotando e tem sido invocado como fator impeditivo da adoção requerida pelo “avô por afinidade” do neto da sua esposa ou da sua companheira. A vida, entretanto, gera situações não previstas na lei, como a do neto não registrado pelo pai e criado pelos avós. Quando existe o vínculo biológico entre avô e neto, não há necessidade de adoção para se afirmar os vínculos afetivos e sucessórios, pois a lei já se encarregou de reconhecer o parentesco; mas quando o adotante-avô não é ascendente biológico do adotando e sim o simples marido da avó, a lacuna existe e deve ser preenchida pela adoção, nos moldes do que ocorre na hipótese do art. 1.626, parágrafo único, do Código Civil, segundo o qual, o padrasto poderá adotar o filho da sua mulher, sem prejuízo à maternidade já reconhecida. Não fosse assim, estar-se-ia dando interpretação ampliada ao art. 42, § 1º, do ECA em prejuízo da sua finalidade específica e da relação social que o instituto da adoção pretendeu proteger.

Art. 1.639, § 2º

Autora: Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras

Enunciado: Os requisitos exigidos no art. 1.639, § 2º, do CC somente se aplicam à mudança do regime de bens, e não a outras alterações contidas ao pacto antenupcial, sendo livre a alteração nesse aspecto, devendo somente ser respeitada a forma de escritura pública, para ser válida.

Justificativa: A regra do art. 1.639, § 2º, do CC, que exige requisitos para a alteração do regime de bens, somente se aplica, estritamente, ao regime de bens, e não a outras alterações contidas ao pacto antenupcial. A alteração do pacto antenupcial, nos demais aspectos, à exceção do regime de bens, é de livre alteração, não se sujeitando aos requisitos do § 2º, sendo de livre estipulação, devendo ser respeitada somente a forma de escritura pública, para ser válida.

Arts. 1.641 e 1.829

Autor: Fabrício Bezerra

Enunciado: O cônjuge impedido de se casar com a escolha de regime de bens (parcial ou total) não poderá doar a parte disponível de seus bens para o cônjuge sobrevivente

Justificativa: O testador não poderá dispor de sua parte disponível de seus bens para contemplar a sua esposa com quem foi casada até a data de seu óbito, pelo regime de separação legal de bens (total). Porém, a jurisprudência pátria tem entendido que se trata de institutos distintos e que não há impedimento de testar a parte disponível ao cônjuge sobrevivente, ainda que o casamento realizado entre doador e donatário tenha sido realizado pelo regime de separação total de bens imposto pelo CC.

Art. 1.642, inc. V

Autor: José Carlos Zebulum

Enunciado: A expressão “bens comuns” utilizada no inc. V do art. 1.642, deve ser interpretada restritivamente, de forma a abranger apenas os bens adquiridos com efetiva utilização de recursos financeiros do cônjuge reivindicante, prestigiando-se a vedação ao enriquecimento sem causa.

Justificativa: Uma leitura atenta do art. 1.642, V, dá conta que o mesmo estabelece duas condições para que um dos cônjuges possa reivindicar os bens doados ou transferidos pelo outro: a prova de que não foram adquiridos a partir do esforço comum, e a separação de fato há mais de cinco anos. Daí decorre que os bens comuns adquiridos dentro do período de cinco anos da separação de fato poderão ser reivindicados por um dos cônjuges independentemente de prova de inexistência de esforço comum havido entre o outro cônjuge e seu concubino. Caberá, no entanto, ao cônjuge adquirente, a prova da existência de esforço comum para rechaçar a pretensão do consorte. Por outro lado, os bens comuns adquiridos após o decurso de cinco anos da separação de fato só poderão ser reivindicados mediante a realização de prova, pelo interessado, de inexistência de esforço comum havido entre o cônjuge adquirente e seu concubino. Se o regime do casamento era de comunhão universal ou parcial (o que ocorre, em nosso país, na imensa maioria dos casos), a aquisição onerosa dos bens por um dos cônjuges já poderá caracterizá-lo como bem comum, possibilitando ao outro o ajuizamento

da reivindicatória, sendo certo que serão atingidos todos os bens adquiridos dentro do período de cinco anos da separação de fato, independentemente de prova da inexistência de esforço comum, ressalvada ao cônjuge adquirente a realização da prova em contrário, qual seja, de que houve, de fato, esforço comum entre os concubinos na aquisição dos bens. Quanto aos bens adquiridos após este período, só poderão ser atingidos se comprovada pelo reivindicante a inexistência de esforço comum. Em ambos os casos, a afronta ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa é evidente, não havendo qualquer justificativa para que um regime de bens, já extinto pela inexistência de vida em comum, possa continuar a produzir seus efeitos, permitindo que um dos cônjuges seja beneficiado pela aquisição de bens para a qual não contribuiu absolutamente.

Art. 1.659, VI

Autor: Gustavo Kloh Muller Neves

Enunciado: Não gozam do privilégio da sub-rogação real, na natureza de bens particulares, os recursos decorrentes da verba salarial que excederem ao trintídio, mesmo que meramente acumulados em pecúnia.

Justificativa: A interpretação sistemática do art. 1.659 é convincente no sentido de que a sub-rogação real opera apenas nas hipóteses dos incs. I e II. Entendimento diverso resultaria na frustração total do patrimônio comum, visto que, em geral, o patrimônio do casal é fruto do trabalho (muitas vezes assalariado) dos cônjuges.

Art. 1.694

Autor: Victor José Sebem Ferreira

Enunciado: A verba decorrente da não utilização de coisa comum não se caracteriza como alimentos, não ensejando, portanto, à prisão civil.

Justificativa: Os alimentos propriamente ditos destinam-se à satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si, seja por que motivo for: em razão de idade avançada, enfermidade ou incapacidade. Abrangem não apenas o necessário à vida, como também alimentação, medicamentos, vestuário, habitação, lazer etc., respeitadas, sempre, seus padrões sociais. Não se tratando de verba vinculada à existência de necessidades, impossível cogitar de alimentos “compensatórios”, pois ausentes os pressupostos da obrigação alimentar. Os alimentos, haja vista sua função vital, são revestidos de características peculiares e seu inadimplemento, ao menos para as prestações recentes, autoriza até mesmo a prisão civil. A se atribuir a função compensatória aos alimentos, com tratamento conjunto e indistinto, poderia o credor valer-se da execução pelo rito que permite a prisão do inadimplente, quando seu crédito, ao menos em parte, é mera indenização civil por uso de bem condominal. Vale dizer, criar-se-ia uma nova hipótese de prisão civil, flagrantemente inconstitucional, pois

decorrente de crédito de natureza indenizatória e não alimentar. Assim, a prisão civil do alimentante não se compatibiliza com a natureza indenizatória da função compensatória emprestada ao instituto dos alimentos.

Arts. 1.694, 1.696, 1ª parte e 1.706

Autor: Jones Figueirêdo Alves

Enunciado: Os alimentos gravídicos, introduzidos pela Lei n. 11.204, de 05/11/2008, configuram nova modalidade, disciplinada com abrangência pelo art. 1.694 do Código Civil e que se extraem da norma do art. 1.696, 1ª parte, do mesmo diploma. Com efeito, constituem-se provisionais, por sua própria natureza, que devem ser fixados nos termos da lei (art. 1.706, CC), tornando-se cabível a prisão civil do devedor, sob pena de esvaziar ou tornar inócua a previsão do art. 3º da lei especial que os instituiu, ante a falta de uma adequada coercibilidade.

Justificativa: A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) concedeu, em votação unânime, *habeas corpus*, reformando decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) que negou o pedido de liberdade a devedor de alimentos que responde, ainda, à ação de investigação de paternidade. O relator do recurso, ministro Raul Araújo, expressou que tanto o art. 7º da Lei n. 8.520/1992 como o art. 5º da Lei n. 883/1949 nada dispõem sobre a fixação de alimentos provisionais quando ainda não há reconhecimento judicial da paternidade; eles tratam expressamente da possibilidade quando já proferida sentença que reconheça a paternidade. Cuide-se, todavia, entender, pela superveniência da Lei n. 11.204, de 05/11/2008, que disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido. Esses alimentos compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, etc. (art. 2º). O art. 3º da reportada lei dispõe, expressamente, que *convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré*. Estes alimentos gravídicos após o nascimento com vida, ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão (parágrafo único do art. 6º). Em ser assim, uma vedação jurisprudencial de prisão civil à hipótese de inadimplemento alimentar, quer parecer que torna ineficiente a lei, em sua teologia maior, e, a todo rigor, desnatura a plena eficácia do instituto dos alimentos gravídicos.

Art. 1696

Autor: David de Oliveira Gomes Filho

Enunciado: A obrigação alimentar dos ascendentes é exceção, surgindo apenas diante da morte, da incapacidade, da invalidez dos pais ou quando a condição econômica destes

avós seja extremamente superior a dos pais e revele plenamente sua possibilidade em prestar os alimentos.

Justificativa: Tem sido comum a propositura de ação de alimentos contra os avós paternos, mesmo existindo obrigação alimentar já reconhecida ao pai, ou diante da dificuldade de encontrá-lo na ação que lhe é dirigida para este fim. Diante das graves consequências que a obrigação alimentar confere ao obrigado e da sua própria natureza de garantir a subsistência do alimentado, não é razoável impor aos avós, via de regra pessoas idosas, uma obrigação que cabe originalmente ao pai e à mãe, estando eles ou um deles vivos e saudáveis. Esta responsabilidade não é solidária entre avô e pais e nem pode ser, pois se tratando de obrigação que importa na privação da liberdade do alimentante quando inadimplente, sua interpretação deve ser sempre restritiva. Assim, admite-se a responsabilização meramente sucessiva dos ascendentes, uns em falta dos outros, ou seja, na falta dos pais caberá aos avós manterem os netos e assim por diante. Exceção poderá ser feita exclusivamente diante da visível possibilidade financeira dos avós e da absoluta e evidente decadência financeira dos pais. Aqui teríamos o caso de obrigação complementar dos avós.

Art. 1698

Autor: Daniel Ustárroz

Enunciado: O chamamento dos codevedores para integrar a lide, na forma do art. 1.698, CCB, pode ser requerido por qualquer das partes, bem como pelo Ministério Público.

Justificativa: Uma das normas mais interessantes do Código Civil é o art. 1.698, o qual autoriza o chamamento ao processo dos coobrigados a prestar alimentos, quando a demanda é intentada contra um dos parentes. A lei silencia quanto à legitimidade para requerer a medida. Abordando a norma, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de reconhecer a legitimidade ao demandado para promover o chamamento dos codevedores, como se vê do seguinte excerto: *a obrigação alimentar não tem caráter de solidariedade, no sentido que “sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos”. O demandado, no entanto, terá direito de chamar ao processo os co-responsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras*²⁷. Contudo, para melhor atender o interesse do alimentando, essa legitimidade deve ser complementada a fim de que o próprio credor possa, no curso da demanda, requerer a vinda de outros parentes ao processo, especialmente quando demonstrado que a pessoa inicialmente demandada não possui condições de prover integralmente a pensão. Idêntica legitimação deve ser estendida ao Ministério Público, nos feitos em que lhe compete intervir, em face de seus fins institucionais. Essa solução privilegia o princípio do melhor interesse do menor e o ideal de celeridade processual, tornando desnecessária a propositura de outra ação de alimentos.

27 BRASIL, STJ, REsp n. 658.139/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 13/03/2006, p. 326.

Art. 1.699

Autor: Victor José Sebem Ferreira

Enunciado: A potencial capacidade laboral do alimentando e o longo período de percepção da verba pode, mesmo sem alteração do binômio necessidade/possibilidade, observadas as particularidades incidentes, implicar exoneração total ou parcial dos alimentos estabelecidos em decorrência de casamento ou união estável.

Justificativa: A pensão alimentícia é determinada para assegurar ao ex-cônjuge tempo hábil para sua inserção, recolocação ou progressão no mercado de trabalho, de modo que possa manter *status* social similar ao do período do relacionamento. Antigamente vigorava a ideia de que o homem era o chefe da família e, por conseguinte, deveria prover o sustento do lar, exercendo a mulher um papel quase que exclusivamente de cunho doméstico. No entanto, houve mudança nesse paradigma familiar. A mulher começou a ser valorizada, passando a inserir-se no mercado de trabalho, rompendo, gradativamente, a repressão sofrida pelo *pater familias*. Em decorrência, novas figuras para prestação de alimentos foram criadas: alimentos compensatórios e transitórios, que, dentre outras coisas, visam a equilibrar economicamente o decréscimo gerado pela dissolução do vínculo matrimonial, desobrigando o credor de alimentos de prestá-los perpetuamente. Decorrido tempo razoável, perderá ao alimentando o direito de continuar recebendo alimentos, pois lhe foram asseguradas as condições materiais e o tempo necessário para seu desenvolvimento pessoal, não podendo ser aceita a inércia laboral de uns, em detrimento da sobrecarga de outros. Assim, a pensão alimentícia por longos períodos só se justifica nos casos em que o ex-cônjuge ou companheiro não tem condições financeiras suficientes de se manter e não mais possui capacidade laborativa.

Art. 1.703

Autor: Alexander Teixeira Marques Barquetti

Enunciado: O art. 1.703 determina aos pais separados ou divorciados, judicialmente ou extrajudicialmente, a manutenção dos filhos na proporção de seus recursos, o que se aplica inclusive à guarda compartilhada, prevista no art. 1.584, § 2º, do mesmo diploma legal.

Justificativa: O art. 1.703 aplica-se à separação e ao divórcio judiciais e extrajudiciais, devendo ser assim interpretado. Com a Emenda Constitucional 66, de 2010, que modificou o art. 226, § 6º, da Constituição Federal, facilitou-se o divórcio, que não necessita da prévia separação judicial por um ano ou da separação de fato por dois anos. Diante da separação judicial e do divórcio judicial, assim como da separação extrajudicial e do divórcio extrajudicial (Lei n. 11.441/2007), a manutenção dos filhos deve ser realizada por ambos os genitores, com acatamento ao trinômio possibilidades do pai/possibilidades da mãe/necessidades do filho. Note-se que essa lei que regulou as separações e os divórcios em cartórios veda-os somente no caso de existência de filhos

menores. Desse modo, se o filho tem mais de 18 anos, mas ainda é beneficiário ou credor de pensão alimentícia, cabe a realização da separação ou do divórcio de seus pais pela via extrajudicial. Por isso o art. 1.703 deve ser interpretado como abrangente da dissolução judicial ou extrajudicial da sociedade e do vínculo conjugal no casamento. Sobre a pensão alimentícia na guarda compartilhada, deve ser interpretado que a pensão alimentícia persiste, desde que acatado o trinômio possibilidades do pai/possibilidades da mãe/necessidades do filho.

Art. 1.704

Autor: Alexander Teixeira Marques Barquetti

Enunciado: O art. 1.704 continua a aplicar-se à separação judicial, na espécie sanção, aplicando-se também ao divórcio, uma vez que, diante da EC 66/2010 que suprimiu os requisitos temporais de um ano de separação judicial e de dois anos de separação de fato para o divórcio, não foi eliminada a espécie dissolutória baseada no grave descumprimento de dever conjugal.

Justificativa: A EC 66/2010 alterou o art. 226, § 6º, da CF e facilitou o divórcio ao eliminar os seus requisitos temporais, sem, contudo, eliminar o instituto da separação e de suas espécies, dentre as quais está a espécie sanção. Essa norma da CF é formalmente e não materialmente constitucional; ali não são reguladas as espécies de dissolução conjugal, que se mantêm no Código Civil, sem quaisquer pressupostos temporais, mas com a preservação dos efeitos diversos de cada uma dessas espécies²⁸. A manutenção da separação decorre do respeito ao direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º, *caput*), na escolha na espécie dissolutória. Dissolvida a sociedade conjugal pela separação, pode ser restabelecido o mesmo casamento (CC, art. 1.577), o que não ocorre no divórcio. Por ser o Brasil um Estado laico, é inviolável a liberdade de consciência e de crença e de exercício de direitos em razão de crença (CF, art. 5º, VI e VIII); a supressão da separação violaria o direito de regularização do estado civil aos que têm crença que não admite o divórcio. A espécie *sanção* prevista no CC, art. 1.572, *caput* e art. 1.573, decorrente do grave descumprimento dos deveres conjugais de fidelidade e de respeito à vida, à integridade física e à honra, com seu efeito específico de perda pelo inadimplente do direito à pensão plena (CC, art. 1704), que antes somente se aplicava à separação porque o divórcio tinha natureza estritamente conversiva, passa a ser aplicável também ao divórcio, em respeito ao princípio constitucional de sua facilitação, não havendo mais necessidade de separação prévia (CF, art. 226, § 6º), e à dignidade da pessoa humana, à tutela da vida, da integridade física e psíquica e da honra, à proteção especial aos membros da família e ao combate à violência doméstica (CF, art. 1º, III; 5º *caput*, III e X, art. 226, *caput* e § 8º). É inadmissível, por acatamento a esses dispositivos da CF, que o cônjuge que viola gravemente dever conjugal permaneça com direito à pensão alimentícia plena, devendo

28 Ver SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. Saraiva, 2011; e CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*. RT, 2011, p. 75.

ter somente o direito aos alimentos indispensáveis diante dos requisitos e com o conteúdo previsto no parágrafo único do art. 1.704²⁹.

Art. 1708

Autor: Márcio José de Aguiar Barbosa

Enunciado: A exoneração dos alimentos prevista no art. 1.708, *caput* e parágrafo único, do CC/2002, somente tem efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão em ação/pedido de revisão, de natureza personalíssima, proposta pelo devedor, ainda que nos mesmos autos. A hipótese do art. 1.708 não poderá ser utilizada pelos sucessores do devedor dos alimentos para impedir a participação do credor dos alimentos em pensão previdenciária, se não houve o prévio ajuizamento pelo *de cuius* de ação/pedido revisional.

Justificativa: A jurisprudência do STJ tem se firmado pela necessidade de ação revisional para exoneração de qualquer prestação alimentícia, inclusive naquelas em que o critério exoneratório é objetivo (Súmula 358), garantindo-se a ampla defesa e o contraditório. Também tem se firmado pelos efeitos *ex nunc* de tal decisão, de modo que a pensão somente deixa de ser devida com o trânsito em julgado da decisão exoneratória³⁰. Tal ação revisional tem natureza personalíssima, como a própria obrigação alimentícia, e só pode ser requerida pelo devedor dos alimentos, único legitimado e interessado, pois essa obrigação não se transmite aos herdeiros nem é suportada pelas forças da herança. Deve-se respeitar a opção do devedor de não se exonerar da pensão, caso este venha a falecer, ainda que haja efeitos previdenciários para o credor dos alimentos. Tais efeitos não podem ser obstados pelos sucessores do devedor, pois decorrem somente da vontade do devedor dos alimentos e da lei.

Arts. 1723 a 1727

Autora: Maria Berenice Dias

Enunciado: As demandas envolvendo as uniões homoafetivas são da competência das Varas de Família, devendo ser redistribuídas de ofício, quando estiverem tramitando nas Varas Cíveis.

Justificativa: Apesar de o Código Civil, quando trata da união estável (arts. 1.723 a 1.727) não fazer referência à competência do juízo, a Lei 9.278/1996, ao regulamentar o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, modo expreso determina (art. 9º): *Toda matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.*

29 V. TJSP, 5ª Ap 990.10.534475-5 15/12/10; TJMG 6ª C Ap 1.0701.09.260001-7/003 07/12/2010; TJES 3ª C AI 24100917921 30/11/2010; TJSC 1ª C Ap. 2008.021819-9 j 05/05/2011; TJRS, 8ª C Ap. 70040844375 07/04/2011; STJ SEC 5.302 – EX 2010/0069865-9.

30 BRASIL, STJ, REsp 172.526-RS, DJ 15/3/1999, REsp 513.645-SP, DJ 20/10/2003, REsp 886.537-MG, j. 8/4/2008).

Por elementar regra hermenêutica integrativa do sistema jurídico, dito dispositivo legal, permanece em vigor, uma vez que não foi alterado pelo Código Civil.

Recente e histórica decisão do Supremo Tribunal Federal³¹ deu ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição, para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, como sinônimo perfeito de “família”, segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências jurídicas da união estável heteroafetivas

Como a decisão dispõe de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CF, art. 102, § 2º), imperioso que a regra da competência seja também obedecida. Apesar de muitos Estados já reconhecerem a competência do juízo da família mesmo antes da decisão da Corte Maior, em algumas unidades da federação, não houve a remessa de ofício, como deveria ocorrer em face do efeito vinculante da decisão.

Deste modo, para evitar que ocorra injustificável demora no andamento das ações, com a oposição de eventuais conflitos de competência, indispensável que seja formulado enunciado explicitando a competência com a recomendação para que os juízos cíveis procedam a remessa das ações para as Varas de Família, onde houver.

Art. 1726

Autor: Fábio Lopes Alfaia

Enunciado: É possível a conversão de união estável homoafetiva em casamento, observados os requisitos exigidos para a habilitação do casamento, em homenagem ao princípio constitucional da isonomia e seguindo-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal (ADI 4227 e ADPF 132).

Justificativa: O reconhecimento da plena validade constitucional das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo por parte do Supremo Tribunal Federal na conclusão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, em interpretação conforme a constituição do art. 226, § 3º, da CF/1988 e do art. 1.723 do Código Civil e com fundamento no princípio da isonomia e do direito à felicidade, permite a conversão de tais relações para a forma de casamento civil, devendo-se observar tão somente os requisitos para a habilitação matrimonial, não havendo motivos razoáveis para que se vede tal possibilidade, perfeitamente aplicável à união estável entre homem e mulher, sob pena de afrontar-se o princípio constitucional da isonomia (art. 3º, IV, CF/1988).

31 ADPF 132 e ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011.

Art. 1.727

Autor: Francisco Antônio Paes Landim Filho

Enunciado: O concubinato constitui modelo de convivência, consagrado positivamente, como cláusula geral, no Código Civil de 2002, e, por isso, suas consequências e seus efeitos jurídicos devem ser atribuídos pelo julgador, a partir das peculiaridades fático-jurídicas entre as quais se situa o caso concreto, conduzido pelo propósito de promover a dignidade humana, por meio das relações marcadas pela afetividade.

Justificativa: O concubinato, como expressão da esfera da intimidade das pessoas, produz importantes consequências na vida civil. Rejeitar qualquer efeito positivo ao concubinato é condenar essa forma de vida à invisibilidade, favorecendo, com essa atitude, o homem, que mantém mais de um lar, sem qualquer responsabilidade patrimonial por um deles. O art. 1.727 do CC, como típica cláusula geral, silencia totalmente quanto aos efeitos jurídicos do concubinato, porém, é princípio hermenêutico que, quando a lei nada diz sobre os efeitos jurídicos da norma não se deve atribuir aprioristicamente efeitos negativos à situação legal, procedendo-se, ao contrário disso, ao exame das circunstâncias do caso. Nas hipóteses regidas por cláusulas gerais, como as do art. 1.727 do CC, que disciplina, de modo vago, o concubinato, o poder do juiz é extraordinariamente amplo, porquanto lhe compete determinar e graduar as consequências da cláusula geral para a situação da vida debatida em juízo, apoiando-se, para isso, nos fatos da causa, em outras normas e princípios do sistema jurídico, ou em valores e padrões extrasistemáticos, que *possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral* (Judith Martins-Costa). O concubinato é apto à constituição de família considerando-se, hoje, para admissão de outros modelos familiares fora do casamento, a presença do vínculo afetivo e protetivo porventura existente nas relações concubinárias. A doutrina e a jurisprudência têm reconhecido efeitos jurídicos positivos às relações concubinárias constituídas publicamente com *animus familiae* e caracterizadas pelo afeto, continuidade e duração da união entre o homem e a mulher impedidos de casar. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana preside todas as relações familiares, inclusive aquelas derivadas do concubinato, razão pela qual, à luz desta regra principiológica, deve ser garantido o mínimo existencial para cada ser humano em particular.

Art. 1.733

Autora: Vânia Petermann

Enunciado: Na perspectiva dos princípios constitucionais protetivos e das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumentos de realização da doutrina da proteção integral, é possível, se o melhor interesse assim recomendar, a tutela conjunta.

Justificativa: Constantemente os intérpretes do direito se deparam com deliberações a respeito da tutela para menores órfãos. Para a nomeação do tutor o legislador dedicou um Capítulo do Título IV do CC; ao inserir a figura de um só tutor no *caput* do art. 1.733, poder-

se-á imaginar que é vedada a tutela conjunta. Na verdade, o sentido da norma, de antemão se vê, é o de evitar que irmãos órfãos sejam privados do convívio diário se designados distintos tutores. Via de regra, irmãos órfãos ficam com familiares (consoante ensinância do art. 28, § 4º, do ECRIAD e do art. 1.731 do CC) e estes, em muitos dos casos, já têm estabelecidos seus núcleos familiares no qual integrarão o tutelado. É comum, pois, que mais de uma pessoa assuma, de boa vontade, o desafio da tutela. Assim, por exemplo, *não há óbice legal a concessão da tutela aos avós paternos, sendo que a restrição imposta no art. 1.733, do CC/02, refere-se primeiramente a irmãos órfãos, a fim de que não sejam criados em famílias distintas, o que impõe, de regra, seja-lhes dado o mesmo tutor*³². Ora, não se pode perder de mira que é íntima a relação entre a tutela prevista no CC (arts. 1728 e seguintes), na constitucionalização da proteção à família (art. 226 a 228 da CF) e no ECRIAD (art. 28, § 4º), de modo que, na linha dessa perspectiva hermenêutica, o art. 1.733 admite, se o caso assim recomendar, a tutela conjunta.

Art. 1.769, II

Autores: Maria Celina Bodin de Moraes e Rafael Esteves

Enunciado: Deve-se ressaltar da incidência desta norma as hipóteses de legitimação para constituição de curatela por prodigalidade, por se tratar de espécie de interdição com interesse claramente privado em manter a efetividade das obrigações e relações patrimoniais no espaço familiar.

Justificativa: Cuidando das hipóteses legais de incapacidade, o art. 4º, IV, do Código Civil brasileiro inclui o pródigo dentre os relativamente incapazes à prática de determinados atos da vida civil, seguindo a tradição que vem desde as Ordenações Filipinas do Direito português³³. No Código Civil de 1916, o pródigo, da mesma forma, ocupava o inc. II do art. 6º, apresentando-se a mesma restrição parcial de sua capacidade³⁴. No direito brasileiro

32 AC 2010.044051-1, TJSC, Rel. Des. Henry Petry Junior.

33 Ordenação 4, 103, § 6. Cf. BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rev. Atual. Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, F. Alves, 1975. p. 96; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.* p. 285 e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado. Parte especial. Direito de família: direito parental. Direito protetivo*, t. IX. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 327.

34 Conforme pontuado por Kaser, a prodigalidade é instituto nascido no Direito romano, que com a Lei das XII Tábuas estabeleceu àquele que dissipava sua fazenda por maldade, com o perigo de empobrecimento dos filhos, deveria ter sua capacidade negocial restringida através da *interdictio*. KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 106. Essa restrição da autonomia patrimonial do pródigo, inicialmente, encontrava-se circunscrita aos bens adquiridos por herança, *ab intestato*, ou seja, somente os bens herdados por força de lei estariam fora da possibilidade de ser objeto de atos de disposição praticados diretamente pelo interditando. Assim observaram PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.* p. 285; SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil. Introdução, parte geral, teoria dos negócios jurídicos*, vol. I. Rev. Atual. José Serpa Santa Maria. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 314; BEVILAQUA, Clóvis. *Ob. Cit.* p. 95. A razão motriz dessa incapacidade fundou-se na perspectiva romana segundo a qual o patrimônio do *pater familia* constituía verdadeiro condomínio entre os familiares. Tratava-se de uma copropriedade familiar, cuja dilapidação seria prejudicial a todos os integrantes desse grupo. Por isso, seria necessário defender o patrimônio familiar dos atos de dissipação praticados pelo pródigo. É o que se encontra em MAZEAUD, Henri *et al.* *Leçons de droit civil*, tome premier. Paris: Éditions montchrestien, 1955. p. 1319; PONTES DE MIRANDA, Francisco

vigente, o pródigo compõe o elenco das causas de incapacidade relativa. O instituto repete as características básicas do regime anteriormente estabelecido pelo Código de 1916. Inicialmente, prodigalidade como causa de redução da capacidade não constava no Projeto primitivo e revisto do primeiro Código Civil, ingressando por sugestão apresentada na Câmara com o respectivo regime de curatela³⁵. As ponderações acerca do tema apresentavam como argumentos para a exclusão da incapacidade por prodigalidade a ausência de fundamento razoável para a interdição que tivesse por causa unicamente os gastos imoderados³⁶. Demais disso, imprescindível a diferenciação da prodigalidade e da enfermidade mental, que, de *per si*, já é causa de incapacidade diversa³⁷. Ao manter a curadoria do pródigo, o Código de 1916 regulou as peculiaridades dessa curatela nos arts. 459 a 461. O art. 459 estabelecia os atos específicos os quais o interdito não poderia praticar sem a assistência do curador³⁸. Por se tratar de restrição de direito e exceção – sendo a capacidade a regra – a interpretação deve ser restritiva, e, por isso, constituía um rol taxativo de hipóteses. Dessa forma, tem-se que a capacidade do pródigo para prática de atos de administração patrimonial em geral e atos de autonomia extrapatrimonial não estariam limitados pela interdição. O art. 460 daquele diploma, ao estabelecer o rol de legitimados à promoção da interdição, constituía o limite teleológico do instituto³⁹. Trata-se de clara opção pela proteção do patrimônio familiar, abandonando-se a tese do interesse econômico-social. Tanto que, em não havendo nenhum dos referenciados no artigo, ao Ministério Público seria vedado intentar a curatela. A interpretação sistemática aponta também nesse sentido. Assim que o art. 461 determina que a inexistência das pessoas referidas do antigo anterior suscitará o fim da interdição⁴⁰. Claramente a opção foi pela proteção do patrimônio familiar. Nossa legislação vigente foi extremamente econômica no tratamento do pródigo, apenas três artigos em todo o Código Civil fazem referência ao instituto: o já citado art. 4º, IV, o art. 1.767, V e o art. 1.782. No Código de Processo Civil, apenas o art. 1.185, que faz referência à aplicação do regime geral de interdição no que couber. Não foi deferido o mesmo tratamento do Código de 1916 no que se refere aos legitimados a promoverem a interdição, assim como desapareceu a causa

Cavalcanti. *ob. Cit.* p. 328. Clovis Bevilacqua aponta que no direito pretoriano, contudo, desaparece essa distinção objetiva. A interdição por prodigalidade passa, então a vincular todos os bens, os herdados a qualquer título e os adquiridos pelos esforços próprios. ”. BEVILAQUA, Clóvis. *Op. cit.* p. 95.

35 BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos estados unidos do Brasil comentado*, vol. I. Rio de Janeiro: ed. Rio, 1958. p. 190.

36 *A prodigalidade, como a avareza, podem conter-se nos limites da normalidade ou transbordar. No primeiro caso, é uma característica pessoal, que deve ser respeitada, tanto quanto outro qualquer atributo que integre o nosso modo de ser. No segundo caso, constitui manifestação de doença mental e, portanto, já estará alcançada pelos incisos I ou III. Individuar a prodigalidade como razão para a curatela é tão despropositado quanto fazê-lo com a avareza.* J. B. VILLELA. *O direito de família no senado: emendas ao projeto de código civil*. Belo Horizonte: UFMG, 1985 *apud* OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. *A prodigalidade e o direito*. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/videtur31/julio1.htm>>. Acesso em: 30 jun.2007.

37 BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral*. p. 95-96.

38 Art. 459. *A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, de emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, atos que não sejam de mera administração.*

39 Art. 460. *O pródigo só incorrerá em interdição, havendo cônjuge, ou tendo ascendentes ou descendentes legítimos, que a promovam.*

40 Art. 461. *Levantar-se-á a interdição, cessando a incapacidade, que a determinou, ou não existindo mais os parentes designados no artigo anterior.*

de cessação da incapacidade na falta de cônjuge, ascendente ou descendente. Dessa forma, duas perguntas parecem necessárias: na ausência dos parentes antes referidos no art. 460 do antigo Código, perdurará a interdição? Além disso, não havendo cônjuge, ascendente ou descendente, poderá o Ministério Público requerer a interdição? Se a causa que justifica a interdição por prodigalidade é a proteção do patrimônio familiar, na ausência de eventuais herdeiros legítimos ou credores de prestações alimentares decorrentes da relação familiar, não há que se falar em interdição, que seria flagrantemente desarrazoada, desrespeitando a regra de capacidade e autodeterminação pessoais. Por meio de uma interpretação sistemática, no silêncio do Código de 2002 acerca de legitimados específicos para promover a interdição, os legitimados seriam aqueles constantes do rol apresentado no art. 1.768. Embora o Ministério Público esteja arrolado no referido artigo, sua legitimação está descrita no art. 1.769 no que se refere ao disposto em seu inc. II, não há motivo adequado para a interdição por prodigalidade quando não houver cônjuge ou parentes que sejam potenciais herdeiros legítimos, não sendo, assim, razoável admitir que o Ministério Público promova a interdição nessas situações, por falta de justificativa que o legitime à atuação nesse caso específico de interdição⁴¹. Seguindo a lógica do Código de Processo, que por meio do seu único artigo sobre o pródigo determina que os mecanismos de interdição e curatela serão a ele estendidos *no que for aplicável*, chega-se à mesma conclusão acerca da ilegitimidade do Ministério Público. Tal incursão na esfera de autonomia pessoal, foge, a uma, do interesse público, não justificando a atuação do Estado, sob o risco de intervenção paternalista. A duas porque a incapacidade, nessa específica hipótese, constitui-se tendo em mira o patrimônio familiar, não causa subjetiva de comprometimento do discernimento.

Art. 1.790

Autor: Márcio José de Aguiar Barbosa

Enunciado: O disposto no art. 1.790, por ser norma especial, prevalece sobre o disposto nos arts. 1.829, 1.830 e 1.832, no caso da vocação hereditária do companheiro/companheira supérstite, que segue regras distintas daquelas aplicáveis ao cônjuge supérstite.

Justificativa: Apesar da semelhança entre os institutos do casamento e da união estável e da necessária proteção deste último pelo Estado, nos termos do art. 226, § 3º, da CR/88, é

41 *Ora, se a interdição por prodigalidade puder ser requerida por qualquer parente ou pelo Ministério Público, já não há como sustentar a especificidade do conceito jurídico de prodigalidade pela sua intrínseca vinculação à família. Tem-se, portanto, mais uma vez, o caminho aberto para o desvirtuamento do instituto, na medida em que seu fundamento, que se encontrava na proteção da família, migra para a proteção do indivíduo. Nesse passo, o pródigo deve ser protegido, por meio de interdição, de si mesmo, podendo ser a prodigalidade definida exclusivamente em virtude de análise contábil. Assim, para Venosa, pródigo é “o indivíduo que gasta desmedidamente, dissipando seus bens, sua fortuna” (VENOSA, 2003, p. 172). Se a mera dissipação de bens é suficiente para a definição do pródigo em sentido jurídico, mostra-se evidente o descompasso entre as normas desse instituto e aquelas outras, constitucionais, que garantem o direito fundamental à inviolabilidade da vida privada (Constituição da República, art.5º, inc. X), à propriedade privada (Constituição da República, art. 5º, inc. XXII) e o respeito, como princípio fundamental da República, da dignidade da pessoa humana (Constituição da República, art. 1º, inc. III). OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. *Op. cit.**

induidosa a distinção entre os dois institutos, prevista no mesmo dispositivo constitucional, que se mostra também evidente em muitas passagens do CC/2002 que disciplinam de modo diverso as relações entre companheiros e cônjuges, as formalidades da união estável e do casamento e os efeitos decorrentes. Desse modo, o legislador optou por distinguir os efeitos sucessórios da união estável e do casamento, fixando aqueles no art. 1.790 e estes nos arts. 1.829 a 1.832⁴². No caso do art. 1.831 – direito real de habitação – a Lei 9.278/96 igualou o(a) companheiro(a) ao cônjuge, o que foi reconhecido pelo Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil do CJF – em relação ao qual guardo reservas, pois o CC/2002 regulou inteiramente a matéria e revogou tacitamente a legislação anterior (art. 2º, §1º, LICC).

Art. 1.790

Autor: Márcio José de Aguiar Barbosa

Enunciado: O (a) companheiro (a) participa da sucessão do outro unicamente quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável e que sejam particulares do de cujus, jamais sobre os bens anteriores à união ou adquiridos gratuitamente na constância da união, nem sobre os bens adquiridos na união estável e que façam parte da meação (art. 1.725 do CC/2002).

Justificativa: A norma do art. 1.790 é específica quanto à vocação hereditária na união estável, prevalecendo sobre as normas aplicáveis ao casamento (art. 1.829 a 1.832) e expressamente restringe a participação do(a) companheiro(a) supérstite unicamente aos bens adquiridos durante a união e de forma onerosa (excluídos os anteriores à união e os adquiridos de forma gratuita). Na interpretação de quais desses bens serão objeto de sucessão pelo(a) companheiro(a) supérstite, deve-se necessariamente excluir aqueles que já fazem parte da meação do(a) companheiro(a), sob pena de indevido *bis in idem*, com prejuízos à descendência do *de cujus*, e seguindo o mesmo entendimento do Enunciado 270 da IV Jornada, aplicável à vocação hereditária dos cônjuges (art. 1.829, I, CC/2002)⁴³.

Art. 1.790

Autor: Hamilton Elliot Akel

Enunciado: O art. 1.790 do CC afronta o princípio da igualdade, criando distinção do tratamento sucessório entre cônjuge e companheiro, que deve ser o mesmo, pelo que se o reputa inconstitucional.

Justificativa: Sob o prisma do princípio constitucional da dignidade humana e da igualdade, bem assim da consideração de que no texto constitucional não se estabeleceu maior hierarquia ou diferente densidade valorativa entre casamento e união estável, as incongruências entre o

42 Nesse sentido, REsp 887.990-PE, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. em 24/5/2011.

43 Nesse sentido, REsp 975.964-BA, Rel. Min. Nancy Andriighi, j. em 15/2/2011.

art. 1.790 do CC e a Constituição Federal acabam por gerar, no âmbito da sucessão hereditária, resultados que ora prejudicam o companheiro, ora causam lesão ao cônjuge. Não se trata, pois, de proteger a união estável ou o companheiro em detrimento do casamento, mas de harmonizar o sistema. Nem atribuir igual tratamento não significa identificar casamento e união estável. O que se reconhece é que, no âmbito sucessório, o mesmo tratamento devem ter o cônjuge e o companheiro. O art. 1.790 afronta este princípio de igualdade, ora em desfavor do cônjuge, ora do companheiro. Daí a sua inconstitucionalidade.

Arts. 1.790, 1.829 e 1.830

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Enunciado: Os arts. 1.790, 1.829 e 1.830, do Código Civil, admitem a concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro sobreviventes na sucessão legítima, observado o princípio da igualdade na partilha da herança.

Justificativa: No sistema codificado que está próximo a completar uma década, revela-se possível a concorrência sucessória do cônjuge supérstite com o companheiro sobrevivente. De acordo com o art. 1.830 do Código Civil, o falecido pode ter se separado de fato de seu cônjuge e, no período da separação de fato, haver constituído nova família com base no companheirismo, o que é expressamente admitido no art. 1.723, § 1º, do Código Civil de 2002. Desse modo, diante do falecimento da pessoa casada – e separada de fato –, que vivia em companheirismo com outra pessoa que não seu cônjuge, será perfeitamente possível o chamamento conjunto do cônjuge e do companheiro sobreviventes em igualdade de condições relativamente à herança legítima. Cuida-se de interpretar sistematicamente, e de maneira harmônica, as regras contidas no art. 1.723, § 1º, 1.790, 1.830 e 1.838, todos do Código Civil de 2002. A importância de se consolidar a orientação doutrinária a respeito do tema decorre das várias situações que geram a necessidade de se identificar os herdeiros legítimos deixados pelo falecido que tinha o estado civil de casado, mas que se encontrava separado de fato de seu cônjuge há menos de dois anos. Outro ponto que merece ser destacado diz respeito à observância do princípio da igualdade na partilha da herança entre cônjuge e companheiro sobreviventes, porquanto a exceção – que é a desigualdade na divisão dos quinhões dos herdeiros – somente pode ser considerada em caso de expressa previsão legal.

Art. 1814

Autor: Pedro de Vasconcelos

Enunciado: As hipóteses elencadas no art. 1.814 do Código Civil não retratam hipóteses de indignidade, mas de desonra, uma vez que a dignidade é inata a condição de ser pessoa humana.

Justificativa: Um dos escopos do Direito é o de ser freio da bestialidade da ação humana. *A dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência*⁴⁴, observa Rizzatto Nunes. Como criador e criatura do meio social em que se insere, o indivíduo tem direito de ter seu pensamento respeitado e aí surge o ponto central da compreensão da dignidade da pessoa humana, porque do pensamento outras nuances da personalidade afloram, caracterizando as ações e comportamentos. Chávez de Camargo afirma que *toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser*⁴⁵, nesta mesma linha, afirma Celso Lafer que *apesar do caráter profano de cada indivíduo, ele é sagrado, já que na sua pessoa pulsa a humanidade*⁴⁶. Mesmo o mais monstruoso dos criminosos, possui dignidade, na verdade possui tanta dignidade como qualquer outra pessoa, uma vez que esta lhe é inata, intrínseca, inerente à sua condição de ser humano, e que jamais lhe poderá ser retirada, sob pena de lhe ser negada a condição de ser humano. Nunes observa que as condutas dos indivíduos podem lhes retirar outros atributos, como o prestígio, a honra, a reputação. Até mesmo reflexos de sua dignidade podem ser atingidos, como ter limitado o direito à imagem, mas jamais, em momento algum, poderemos negar-lhe a dignidade, que lhe é inata. Reputamos inadequada a utilização da palavra “indignidade” no art. 1.815 do CC, sendo que as hipóteses elencadas no art. 1.814 do CC caracterizam situações de desonra, e não de indignidade, entendimento que se coaduna com o fundamento da República Federativa do Brasil previsto no art. 1º, III da CR.

Art. 1.829

Autor: Renzo Gama Soares

Enunciado: No caso de casamento em regime de separação de bens decorrente de pacto antenupcial entre os cônjuges (regime de separação convencional), o cônjuge sobrevivente é herdeiro e concorre com os descendentes nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil, vez que esta espécie de manifestação de vontade não pode ter efeito sobre direito das sucessões, por ser instituto típico do direito de família e, portanto, somente surtir efeito *inter vivos*. O cônjuge não concorre com os herdeiros quando casado em regime de separação legal, nos termos do art. 1.641 do Código Civil

Justificativa: A questão da sucessão do cônjuge tem gerado várias controvérsias quanto à sua aplicação no caso concreto. Em dezembro de 2009 foi julgado pela 3ª Turma do STJ o REsp 992.749/MS cujo resumo da ementa (publicada DJe em 05 de fevereiro de 2010) é o seguinte: *Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por*

44 NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60-5.

45 CAMARGO, A.L. Chaves de. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994. p. 27-8, apud NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade ... cit.* p. 64.

46 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 7. reimpr (2009). São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 117.

escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência. Neste julgado, recheado de particularidades, a 3ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu que o pacto antenupcial que institui o regime de separação de bens *obriga as partes na vida e na morte*. O julgado ainda afirma que o art. 1.829, I, do Código Civil ao excepcionar sua própria aplicação em relação ao *regime de separação obrigatória de bens* estaria tratando de gênero, do qual a separação convencional seria espécie. Pelo Enunciado ora proposto fica ratificado o teor da primeira parte do Enunciado 270, elaborado na III Jornada de Direito Civil, firmando os seguintes entendimentos: a) o pacto antenupcial, na verdade, somente surte efeitos para o casamento, não para fins sucessórios, para os quais o meio adequado de declaração de vontade é o testamento, não podendo pacto antenupcial ser utilizado como substitutivo deste; b) ao excepcionar sua aplicação em relação ao regime “da separação obrigatória de bens” o art. 1.829, I, do Código Civil está fazendo referência àquele regime previsto no art. 1.641 do mesmo diploma legal, em que aquela regulamentação patrimonial é imposta pela lei aos nubentes.

Art. 1.832

Autor: Celso Souza Guerra Junior

Enunciado: Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cujus* será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente se for ascendente dos herdeiros que concorrer, o mesmo ocorrendo no caso de filiação híbrida.

Justificativa: Pela atual redação do Código Civil, existe grande dúvida sobre a reserva da quarta parte da herança para o sobrevivente, nos casos em que for ascendente dos herdeiros que concorrer e simultaneamente se houver filhos exclusivos do *de cujus*. Tal divergência doutrinária deve ser pacificada pelo enunciado proposto, encerrando a discussão e reservando a cota mínima para o sobrevivente nos casos de filiação híbrida.

Art. 1.857

Autora: Laura Scalldaferri Pessoa

Enunciado: Toda pessoa juridicamente capaz poderá, por meio de documento, devidamente assinado, declarar quais tipos de tratamentos médicos aceita ou rejeita, o que deve ser obedecido nos casos futuros em que se encontre em situação que o impossibilite de manifestar sua vontade, como, por exemplo, o coma. O testamento vital é um documento com diretrizes antecipadas, referentes à assistência e ao tratamento médico a que será submetido um paciente, em sua fase terminal, quando se encontrar em condição física ou mental incurável ou irreversível, e sem expectativas de cura. Ao contrário dos testamentos em geral, que são atos jurídicos destinados à produção de efeitos *post mortem*, os testamentos vitais são dirigidos à eficácia jurídica antes da morte do interessado.

Justificativa: Não há norma jurídica no Brasil que regulamente a figura do testamento vital, embora não exista razão que impeça a discussão de sua validade. Por não vigorar, quanto aos atos jurídicos, o princípio da tipicidade, os particulares têm ampla liberdade para instituir categorias não contempladas em lei, contanto que tal não venha a afrontar o ordenamento. Já que o instituto não encontra previsão legal no País, não há como afirmar categoricamente quais seriam seus requisitos formais, o que não é despendendo: a qualquer ato jurídico a que faltem pressupostos de ordem formal é cominada a sanção da nulidade, nos termos dos arts. 104, III e 166, IV, do Código Civil. Por outro lado, constata-se que os atos jurídicos, em geral, independem de forma, a não ser quando a lei expressamente eleja alguma, conforme dispõe o art. 107, também do Código Civil. Em tese, pois, poder-se-ia alegar que, como a lei não contempla qualquer solenidade para a prática do ato em questão, a forma seria livre. Ultrapassada a análise dos requisitos de validade, subsistirá a discussão quanto ao conteúdo do documento. Afinal, não estão assentadas as discussões a respeito da possibilidade de recusa a tratamento médico necessário para preservar a vida do paciente, ou quanto à legitimidade da supressão da vida humana pela eutanásia, nem mesmo nos casos de ortotanásia, em que ocorre a interrupção de tratamento vital, deixando-se de ministrar a medicação adequada ao paciente em estado terminal e irreversível. Por isso, ainda que se reconheça a possibilidade da elaboração de um testamento vital, embora sem previsão legal, poderia surgir outro empecilho à validade do ato: como os arts. 104, II e 166, II, do Código Civil exigem que todo ato jurídico depende da licitude do objeto, poderá ser questionada a subsistência do testamento vital, sobretudo por aqueles que entendem que a vida, bem maior de todos, deve sempre ser preservada a qualquer custo, ainda que contra a vontade do próprio paciente. Diante das bases expostas, resta concluir que o testamento vital não somente deve encontrar espaço no ordenamento brasileiro, como urge reconhecer sua validade por meio de lei, o que consagra o direito à autodeterminação da pessoa quanto aos meios de tratamento médico a que pretenda ou não se submeter.

Art. 1857, § 2º

Autores: Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Bruno Paiva Bartholo

Enunciado: É válido e eficaz, com base no art. 1.857, § 2º, do Código Civil, o testamento em que a pessoa estabelece disposições sobre que tipo de tratamento ou de não tratamento deseja para o caso de se encontrar doente em estado terminal e sem condições de manifestar a sua vontade. As hipóteses de não tratamento se restringem àquelas da prática de ortotanásia.

Justificativa: No atual ordenamento jurídico, tem-se enfatizado a relevância ímpar do valor da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente previsto no art. 1º, III, CF. Em virtude disso, constantes têm sido as divagações doutrinárias a respeito de seus contornos, podendo-se fazer alusão à sistematização adotada pela professora Maria Celina Bodin de

Moraes, segundo a qual o substrato jurídico da dignidade humana pode ser desdobrado nos princípios da igualdade, da liberdade, da integridade psicofísica e da solidariedade⁴⁷. Além disso, é de se salientar que o valor da dignidade humana se aplica tanto às situações patrimoniais como às existenciais, assumindo, podendo-se afirmar que, nestas derradeiras, a liberdade assume o papel de autodeterminação da vida privada: *O princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier*.⁴⁸ Para tal exercício livre das escolhas individuais, tão caro à autonomia privada, o testamento, enquanto negócio jurídico personalíssimo e ato de última vontade de uma pessoa, se demonstra essencial para a disposição não somente quanto a situações patrimoniais, mas também quanto às existenciais, razão pela qual fez bem o Código Civil de 2002 em ressaltar a subsistência do conteúdo testamentário ainda que este se refira tão apenas a interesses não patrimoniais, ao contrário do Código de Beviláqua, omissos a respeito⁴⁹. Considerando essas ponderações, vislumbra-se a possibilidade de o testamento, dotado, no ordenamento pátrio, de formalidades bastante rígidas que garantem a fidedignidade de seu teor, ser adotado para fins de determinação do procedimento a ser seguido em caso de ulterior doença terminal do testador e que impeça este de externar, validamente, a sua vontade. O documento testamentário com essa feição, chamado de testamento vital ou de *living will*, pode influenciar o tratamento médico a ser escolhido, esclarecendo, inclusive, questões atinentes à responsabilidade médica no caso concreto: *O testamento vital, ao lado de evitar os procedimentos médicos desmedidos, evita que o médico seja processado por não ter oferecido tratamento a paciente em fase terminal, conforme solicitado por este documento*.⁵⁰ A respeito do tema, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em face do Conselho Federal de Medicina, na qual pleiteou a declaração de nulidade da Resolução CFM n. 1.805/2006, ou alternativamente sua alteração, em feito tombado sob o n. 2007.34.00.014809-3. Tal ato normativo estabelece a regulamentação quanto à possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis e, no julgamento da demanda, o juiz federal da Seção Judiciária do Distrito Federal considerou a resolução legítima e em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, concluindo no sentido da improcedência dos pedidos formulados na petição inicial. A proposta de enunciado, assim, vem a consolidar orientação jurídica a respeito de tema tão importante

47 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 81-86.

48 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 107.

49 Tradicionalmente, dentre tais situações de cunho existencial, fala-se no reconhecimento de filhos extramatrimoniais (art. 1.609, III, CC), na nomeação de tutor para filho menor (art. 1.729, par. ún., CC), na reabilitação de indigno (art. 1.818, CC), na instituição de fundação (art. 62, CC), na imposição de cláusulas restritivas e motivadas (art. 1.848, CC). Contudo, tal rol é puramente exemplificativo, e a inclusão de um tal dispositivo no texto codificado acompanha uma tendência verificada em outros países de valorizar o testamento como ato declaratório de vontade para situações materiais ou não (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 207).

50 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 240.

na realidade de inúmeras pessoas e seus familiares, bem como na atividade dos profissionais médicos, e se vincula ao tema da “morte digna”.

Art. 1.951

Autor: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Enunciado: O fideicomisso, previsto no art. 1.951 do Código Civil, somente pode ser instituído por testamento.

Justificativa: A matéria é objeto de viva controvérsia, desde o Código Civil de 1916. Todavia, na esteira, entre outros, de Clóvis Beviláqua⁵¹ e Caio Mário da Silva Pereira⁵², penso que deve prevalecer o entendimento de que só por testamento pode ser instituído o fideicomisso, pois se trata de uma forma de substituição. Consoante o magistério de Caio Mário, a matéria é peculiar ao Direito das Sucessões e não deve dele exorbitar. Ressalto, contudo, que, por ser controvertido o tema, numerosos autores o admitem por ato entre vivos.

Art. 2.042

Autor: Roberto Fernandes de Almeida

Enunciado: O art. 2.042, parte final, das disposições transitórias do Código Civil/02, por determinar, para efeito de se emprestar ulterior validade e confirmação a testamento clausulado firmado na vigência do Código Civil/16, a necessidade de ulterior aditamento motivado pelo testador, quanto ao clausulamento existente na cédula testamentária, no prazo ali assinalado, sob pena de insubsistência da restrição, ofende ato jurídico perfeito, sendo, portanto, inconstitucional, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Justificativa: 1. O objetivo da presente proposição, mercê do texto do enunciado acima, diz respeito à necessidade de se delinear, concretamente, a efetiva extensão da norma derivada do art. 2.042, parte final, do atual Código Civil (*verbis: aplica-se o disposto no ‘caput’ do art. 1.848, quando aberta a sucessão no prazo de um ano após a entrada em vigor deste Código, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, se, no prazo o testador não aditar o testamento para declarar a justa causa de cláusula aposta à legítima, não subsistirá a restrição*), que, como se procurará demonstrar, tem feição manifestamente inconstitucional. 2. Isso porque, primeiramente, dúvida não há de que qualquer testamento, em qualquer modalidade, firmado sob a égide do Código Civil de 1916, não albergando vício externo, que o torne, eventualmente, suspeito de nulidade ou falsidade, tinha o condão de gerar os efeitos jurídicos pretendidos pelo testador, notadamente quanto à eventual imposição de potencial clausulamento na respectiva cédula testamentária, dentro das disposições legais então vigentes à época da constituição do documento respectivo. Logo,

51 *Código Civil Comentado*, 3. ed., 1935, v. 6, p. 207.

52 *Instituições de Direito Civil*. 2. ed. Forense, 1976, v. 6, p. 213/4.

se assim sucede, dúvida não há de que qualquer testamento, firmado à época da vigência do Código Civil de 1916, por expressa disposição legal, estava, naturalmente, protegido e blindado pelo conceito de ato jurídico perfeito, derivado do art. 5º., inc. XXXVI, da Constituição Federal em vigor (*verbis*: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”). 3. De se lembrar, por importante, que, sob a vigência do Código Civil de 1916, não havia restrição alguma quanto ao clausulamento de testamento, que podia ser imposto, inclusive, desmotivadamente, na medida em que, em final análise, representava uma certa disposição acauteladora, em relação aos bens clausulados, adotada pelo ascendente. Ao contrário: imposta a restrição, via disposição testamentária, a mesma devia – como deve – ser totalmente respeitada, em face da aplicação, inclusive, da regra cogente decorrente do art. 1.676 daquele Código (de 1916), *in verbis*: a cláusula de inalienabilidade temporária ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, ... ser invalidade ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade – In norma citada – grifo nosso). 4. Essa é, de longe, a melhor interpretação exegética, consoante, *verbi gratia*, o escólio de Itabaiana de Oliveira, discorrendo sobre o tema imposição de cláusulas restritivas, este assinala, com vigor, que, por meio desse expediente (e de acordo, inclusive, com as mais elementares regras ordinárias de experiência comum), permite-se ao testador *tomar certas medidas acauteladoras para salvaguardar a legítima dos descendentes, em certos casos, como o de prodigalidade*⁵³. 5. Em síntese: o clausulamento de testamento firmado sob o império do Código Civil de 1916 configura ato perfeito e acabado, com plena e total eficácia jurídica, *ex vi* do comando constitucional que prestigia o ato jurídico perfeito, alhures invocado, não podendo, por isso mesmo, para efeito de se cancelar posterior registro e cumprimento, condicionar sua eficácia à prática do ato constante na parte final do mencionado art. 2.042, do CC/02. Por outras palavras, nem se diga que qualquer testamento, firmado, repita-se, na vigência do Código Civil anterior, tão só pelo fato de não ser, eventualmente, ratificado, em data posterior à entrada em vigência do atual Código Civil, de acordo com as disposições transitórias do art. 2.042, parte final, do Código Civil de 2002, perderia a sua eficácia e validade, quanto aos gravames e restrições impostas, enquanto negócio jurídico construído sob a égide da legislação civil anterior (Código Civil de 1916). 6. Isso porque, enfatizando-se novamente, qualquer testamento formalmente em ordem, firmado na vigência do diploma civil anterior, constitui-se em ato jurídico perfeito, não se admitindo, bem por isso, que norma legal posterior possa negar-lhe ou limitar-lhe a eficácia, com condicionamentos ou modulações de qualquer natureza, máxime tendo em vista a real e concreta impossibilidade de retroação, no tempo e no espaço, de qualquer norma legal, mercê do sagrado princípio da não retroprojeção das normas legais. 7. Potencial desprezo a tal disposição constitucional, atrai, como corolário, a inequívoca pecha de **inconstitucionalidade**, como alhures sustentado. Some-se a tudo isso a circunstância – de todo relevante – de que, a rigor, a norma derivada do art. 2.041, do atual Código Civil (notadamente quanto à sua parte final), representa mera disposição transitória, que não pode, por óbvio, tendo em vista os critérios hierárquicos das normas jurídicas dentro do sistema, colidir com o mandamento constitucional que sufraga o ato jurídico perfeito e impossibilidade de retroação da norma ulterior no tempo e no espaço,

53 In autor citado, *Tratado do Direito das Sucessões*, 5. ed. Freitas Bastos, p. 172 – grifo nosso.

máxime porque, ainda que mais não seja, além de inconstitucional, representa comando lacunoso, que inibe a sua eventual aplicação imediata. 8. Nesse específico particular, abrindo-se um pequeno, mas significativo parêntese, o legislador de 2002, inovando no tema, menciona a necessidade de aditamento ao testamento para se declarar potencial justa causa – circunstância inexistente no Código revogado. Porém, não existe, na lei, qualquer previsão pontual e específica de aditamento a cédula testamentária. Logo, tem-se, aqui, ainda que mais não seja, comando inaplicável, pela ausência de previsão legal de possibilidade de aditamento, posterior, à cédula testamentária. 9. Assim, sob qualquer ângulo de análise, as disposições derivadas do art. 2.042, notadamente da sua parte final, do atual Código Civil, não pode convaler, tendo em vista a inconstitucionalidade apontada, pela ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

5 Índices

ÍNDICE DE ARTIGOS

Art. 1º;	85, 90, 109, 112, 113, 114, 116, 118, 132, 271, 274, 279, 294, 303, 305
Art. 2º;	85, 86, 87, 99, 111, 219, 220, 291, 301
Art. 4º;	41, 86, 95, 97, 298, 299
Art. 5º;	69, 78, 80, 92, 94, 98, 107, 110, 116, 130, 131, 140, 160, 174, 175, 222, 234, 235, 238, 239, 247, 252, 256, 260, 261, 262, 267, 271, 273, 274, 276, 277, 278, 279, 283, 284, 291, 294, 307, 308, 309
Art. 6º;	107, 281, 291, 298
Art. 7º;	70, 71, 87, 98, 99, 109, 110, 113, 114, 291
Art. 9º;	69, 90, 100, 101, 131, 295
Art. 10;	113, 114, 118, 228, 243
Art. 12;	69, 88, 89, 131, 179, 240
Art. 13;	69, 89, 90
Art. 14;	69, 75, 90, 202
Art. 15;	69
Art. 16;	178
Art. 17;	108, 178,
Art. 20;	69, 88, 89, 91, 92, 122, 129
Art. 21;	69, 70, 92, 116
Art. 24;	170
Art. 27;	80, 143, 168, 264, 265
Art. 28;	69, 90, 97, 298
Art. 32;	212
Art. 34;	58
Art. 35;	151
Art. 37;	115
Art. 42;	288
Art. 43;	92, 93

Art. 44;	76, 93, 94, 203, 207, 208, 213, 216, 217
Art. 45;	69, 90
Art. 50;	70, 94, 95, 96, 97, 153, 177, 216, 217, 224, 225, 227
Art. 51;	150
Art. 52;	98
Art. 61;	70, 98, 209
Art. 64;	222, 235
Art. 70;	70, 98
Art. 71;	78, 159, 231, 240, 241
Art. 75;	208, 229
Art. 89;	223
Art. 92;	87
Art. 97;	58
Art. 104;	305
Art. 107;	305
Art. 108;	99, 222
Art. 109;	114, 209
Art. 112;	71
Art. 113;	70, 71
Art. 116;	102
Art. 117;	102, 224
Art. 119;	102
Art. 120;	115
Art. 121;	104, 105, 212
Art. 147;	58
Art. 148;	105
Art. 153;	225
Art. 157;	70, 105, 142
Art. 158;	224
Art. 166;	100, 305

Art. 170;	224
Art. 172;	111, 236, 259
Art. 173;	133, 166
Art. 174;	166, 233
Art. 175;	166
Art. 177;	116, 166
Art. 178;	106, 166
Art. 183;	243, 253
Art. 185;	247
Art. 186;	70, 106, 182, 183, 184, 185, 186, 247
Art. 187;	70, 80, 107, 108, 109, 135, 143, 158, 178, 182, 261, 262
Art. 188;	182, 183, 186, 191, 192, 244
Art. 189;	203
Art. 190;	71
Art. 191;	243, 253
Art. 194;	109
Art. 200;	175
Art. 202;	71, 110, 111
Art. 205;	167, 178
Art. 206;	71, 77, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 178, 230
Art. 219;	71, 109, 110, 111, 134
Art. 221;	119
Art. 226;	107, 211, 252, 267, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 285, 287, 293, 294, 295, 296, 298, 300
Art. 227;	280, 282, 284, 285, 287
Art. 229;	281
Art. 242;	107
Art. 251;	217
Art. 255;	125
Art. 256;	125

Art. 261;	104
Art. 265;	224
Art. 293;	134
Art. 299;	121, 164
Art. 300;	71, 235
Art. 301;	71, 121, 122
Art. 303;	72, 122, 123
Art. 304;	123
Art. 306;	123
Art. 308;	72, 124
Art. 317;	124, 125, 126, 142, 160, 161
Art. 331;	132
Art. 335;	125
Art. 356;	126
Art. 389;	72, 126, 127, 128, 129, 130, 134
Art. 393;	73, 130, 179
Art. 395;	127, 128, 129, 130, 132, 134
Art. 397;	72, 131, 164
Art. 404;	126, 127, 128, 129, 130
Art. 405;	72, 132, 134
Art. 406;	132, 133, 134
Art. 407;	134
Art. 412;	141
Art. 413;	72, 135, 136, 137, 141
Art. 416;	72, 136, 137, 139, 140
Art. 418	130, 134
Art. 421;	37, 72, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 160, 162
Art. 422;	72, 135, 142, 146, 147, 148, 149, 150, 154, 162
Art. 423;	148, 149, 150
Art. 424;	72, 148, 149, 150, 151

Art. 433;	58
Art. 436;	142
Art. 439;	142, 146, 151
Art. 441;	153
Art. 442;	152
Art. 445;	152, 153, 166
Art. 446;	153, 154
Art. 456;	72, 156
Art. 458;	159
Art. 459;	299
Art. 460;	300
Art. 461;	299
Art. 462;	73, 250, 251
Art. 463;	155, 156
Art. 467;	142
Art. 473;	77, 142
Art. 474;	73, 156, 157
Art. 475;	73, 158
Art. 476;	142, 157
Art. 477;	73, 158
Art. 478;	73, 124, 125, 126, 142, 159, 160, 161
Art. 482;	161
Art. 485;	18
Art. 488;	13, 73, 161, 162
Art. 490;	13
Art. 493;	13
Art. 496;	88
Art. 500;	162
Art. 501;	106
Art. 505;	262

Art. 513;	143
Art. 518;	163
Art. 520;	13, 20
Art. 533;	156
Art. 521;	163
Art. 524;	163
Art. 525;	164
Art. 547;	262
Art. 549;	165
Art. 587;	165
Art. 589;	166
Art. 608;	58
Art. 609;	57
Art. 613;	136
Art. 618;	166, 167, 168
Art. 620;	159
Art. 622;	137
Art. 624;	168
Art. 685;	102, 104
Art. 711;	55, 56
Art. 712;	55
Art. 722;	169
Art. 740;	169
Art. 752;	229
Art. 763;	170
Art. 770;	159
Art. 772;	130, 134
Art. 815;	57
Art. 844;	73, 170
Art. 849;	171, 172

Art. 843;	172
Art. 884;	77, 112, 130, 134, 139, 140, 172, 173, 224
Art. 885;	139
Art. 886;	139, 174, 175
Art. 887;	203, 206
Art. 889;	75, 204, 206
Art. 890-A;	205, 206
Art. 897;	75, 203
Art. 903;	75, 206
Art. 927;	73, 74, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189
Art. 928;	74, 190, 195, 198
Art. 929;	183, 186, 191, 192
Art. 930;	183, 186, 191, 192
Art. 931;	192
Art. 932;	74, 175, 176, 193, 194, 195, 265
Art. 933;	74, 193
Art. 936;	74
Art. 937;	194
Art. 942;	74, 105, 194, 195
Art. 943;	74, 89
Art. 944;	74, 75, 190, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201
Art. 945;	75, 201
Art. 951;	75, 202
Art. 966;	203, 206, 207, 208, 213, 216, 287
Art. 968;	75, 76, 208, 209
Art. 974;	76, 209, 210
Art. 977;	210, 211, 212
Art. 980-A;	76, 207, 208, 209, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218
Art. 981;	76, 130, 216, 218, 221, 265
Art. 982;	76, 219

Art. 983;	76, 77, 218, 219, 222, 223
Art. 985;	220
Art. 986;	220, 221
Art. 990;	214, 220
Art. 991;	221
Art. 997;	76, 77, 222, 223, 227, 235
Art. 1.003;	232
Art. 1.009;	77, 224
Art. 1.011;	225, 226
Art. 1.015;	226, 227
Art. 1.016;	77, 224, 227
Art. 1.023;	77, 223
Art. 1.024;	77, 223
Art. 1.029;	77, 228
Art. 1.030;	77, 229, 234, 235
Art. 1.031;	77, 224, 229
Art. 1.033;	75, 77, 208, 209, 217, 218, 227, 230, 234, 237
Art. 1.036;	77, 224
Art. 1.043;	78, 231
Art. 1.051;	78
Art. 1.053;	231
Art. 1.057;	232
Art. 1.061;	233
Art. 1.063;	78, 231, 234
Art. 1.064;	134
Art. 1.071;	164, 165
Art. 1.072;	232, 233
Art. 1.074;	77, 232, 233, 234
Art. 1.076;	77, 233
Art. 1.077;	228

Art. 1.080;	77, 224
Art. 1.082;	233
Art. 1.084;	78, 231, 233
Art. 1.085;	234, 235
Art. 1.088;	219
Art. 1.089;	219
Art. 1.090;	219, 230
Art. 1.092;	219, 223
Art. 1.108;	209
Art. 1.109;	78, 231
Art. 1.113;	209, 230
Art. 1.115;	230
Art. 1.122;	78, 231
Art. 1.131;	142
Art. 1.134;	77, 235, 236, 237
Art. 1.138;	55, 56
Art. 1.140;	15, 16
Art. 1.141;	56
Art. 1.142;	78, 237, 238
Art. 1.144;	78, 231
Art. 1.146;	78, 231
Art. 1.147;	78, 238, 239
Art. 1.148;	78, 231
Art. 1.149;	78, 231
Art. 1.150;	214, 222, 231
Art. 1.151;	231
Art. 1.152;	233
Art. 1.153;	57
Art. 1.158;	57
Art. 1.159;	57

Art. 1.161;	57
Art. 1.166;	78, 239
Art. 1.168;	16
Art. 1.196;	19, 242, 244
Art. 1.197;	19, 79
Art. 1.198;	78, 244
Art. 1.203;	245, 246
Art. 1.207;	246
Art. 1.210;	246
Art. 1.223;	19
Art. 1.225;	64
Art. 1.227;	64
Art. 1.228;	78, 79, 80, 243, 247, 248, 249
Art. 1.238;	64, 250, 256
Art. 1.239;	250
Art. 1.240;	79, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 266
Art. 1.242;	250
Art. 1.244;	249
Art. 1.245;	119, 256
Art. 1.253;	257
Art. 1.260;	253
Art. 1.267;	64
Art. 1.276;	253, 256
Art. 1.279;	258, 259
Art. 1.285;	57
Art. 1.290;	266, 267
Art. 1.314;	120
Art. 1.321;	56
Art. 1.325;	142
Art. 1.331;	259

Art. 1.332;	79, 259, 260
Art. 1.334;	79, 259, 260
Art. 1.336;	79
Art. 1.337;	80, 261
Art. 1.351;	56
Art. 1.359;	262
Art. 1.360;	262
Art. 1.361;	262, 263
Art. 1.373;	80, 263
Art. 1.376;	56, 57
Art. 1.378;	57
Art. 1.379;	19
Art. 1.382;	140
Art. 1.391;	19
Art. 1.395;	104
Art. 1.420;	263
Art. 1.441;	57
Art. 1.445;	57
Art. 1.447;	57
Art. 1.452;	57
Art. 1.461;	58
Art. 1.462;	58
Art. 1.469;	147
Art. 1.470;	56, 57
Art. 1.472;	57
Art. 1.473;	58
Art. 1.476;	57
Art. 1.478;	57
Art. 1.514;	267
Art. 1.517;	80, 267, 268

Art. 1.520;	268
Art. 1.522;	269
Art. 1.523;	193, 269
Art. 1.527;	80, 268, 269
Art. 1.528;	194
Art. 1.534;	269
Art. 1.539;	269
Art. 1.540;	269
Art. 1.561;	269
Art. 1.566;	253, 270
Art. 1.571;	80, 266, 267, 270, 271, 272
Art. 1.572;	271, 272, 273, 278, 294
Art. 1.573;	255, 271, 272, 274, 278, 294
Art. 1.574;	80, 272, 275, 276
Art. 1.575;	272, 276
Art. 1.576	272, 277
Art. 1.577;	271, 272, 273, 274, 276, 278, 279, 294
Art. 1.578;	271, 272, 273, 274, 276, 277, 278, 279, 294
Art. 1.580;	81, 272, 279
Art. 1.583;	56, 81, 280, 282, 283
Art. 1.584;	81, 280, 281, 293
Art. 1.587;	266, 271, 272, 273, 274, 278
Art. 1.589;	282
Art. 1.593;	81, 283
Art. 1.596;	284
Art. 1.597;	283
Art. 1.599;	56
Art. 1.601;	81, 284, 285, 286, 287
Art. 1.604;	285, 286, 287
Art. 1.606;	81, 287

Art. 1.609;	285, 286, 287, 306
Art. 1.610;	285, 286, 287
Art. 1.623;	285, 287
Art. 1.626;	288
Art. 1.632;	281
Art. 1.639;	288, 289
Art. 1.641;	289, 303, 304
Art. 1.642;	240, 289
Art. 1.647;	240
Art. 1.659;	290
Art. 1.676;	308
Art. 1.694;	81, 281, 290, 291
Art. 1.696;	81, 291
Art. 1.698;	81, 292
Art. 1.699;	293
Art. 1.702;	272
Art. 1.703;	281, 293, 294
Art. 1.704;	272, 273, 274, 294
Art. 1.706;	81, 291
Art. 1.708;	295
Art. 1.723;	81, 252, 267, 273, 295, 296, 302
Art. 1.729;	82, 306
Art. 1.726;	81, 296
Art. 1.727;	295, 297
Art. 1.733;	297, 298
Art. 1.767;	299
Art. 1.768;	300
Art. 1.769;	298, 300
Art. 1.782;	299
Art. 1.789;	165

Art. 1.790;	81, 300, 301, 302
Art. 1.795;	271, 274
Art. 1.814;	302, 303
Art. 1.815;	303
Art. 1.829;	81, 267, 289, 300, 301, 302, 303, 304
Art. 1.830;	81, 300, 302
Art. 1.831;	255, 301
Art. 1.832;	81, 300, 301, 304
Art. 1.838;	302
Art. 1.843;	267
Art. 1.846;	165
Art. 1.857;	82, 304, 305
Art. 1.940;	58
Art. 1.951;	82, 107
Art. 1.955;	58
Art. 1.957;	58
Art. 1.959;	58
Art. 1.970;	171
Art. 2.028;	114
Art. 2.035;	142, 143
Art. 2.038;	263, 264
Art. 2.041;	308
Art. 2.042;	307, 308, 309
Art. 2.258;	55
Art. 2.272;	55
Art. 2.276;	56
Art. 2.277;	56
Art. 2.279;	56
Art. 2.280;	56

ÍNDICE DE ASSUNTOS

A

ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 97

ABUSO DO DIREITO 27, 80, 95, 108, 178, 261, 262

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 71, 109, 111, 112, 115, 116, 172, 212, 237, 296

ALIENAÇÃO 50, 51, 53, 54, 55, 56, 79, 80, 99, 119, 152, 163, 164, 228, 238,
262, 263, 265

AUTORIZAÇÃO JUDICIAL 90

B

BOA-FÉ 27, 52, 53, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 70, 72, 100, 107, 108, 109,
122, 125, 126, 127, 135, 142, 143, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 154,
156, 158, 162, 164, 168, 172, 182, 220, 226, 227, 238, 245, 253, 269,
270, 284

C

CAPITAL

Capitalismo 146, 150

Capital social 76, 77, 205, 208, 209, 210, 213, 215, 217, 219, 222, 223,
233, 234

de instituição financeira 150, 205, 216, 222, 223, 228, 232, 287, 288

CÓDIGO CIVIL

novo 9, 18, 27, 130, 131, 134, 149, 206, 207, 214, 226,

de 1916 13, 14, 19, 20, 28, 116, 130, 132, 134, 183, 193, 194, 307, 308

de 2002 16, 18, 19, 28, 32, 37, 38, 85, 87, 112, 113, 119, 120, 134, 141, 147, 148, 200, 201, 207, 235, 236, 238, 243, 257, 267, 269, 273, 297, 302, 306, 307

Espanhol 57, 58

Europeu 25

Francês 26, 285,

Italiano 15, 28, 32, 104

Português 18, 29, 104, 115, 259, 274

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR 37, 75, 92, 97, 144, 147, 148, 179, 192

CONDOMÍNIO 120, 173, 221, 248, 251, 259, 260, 261, 298

Taxa condominial 79, 260, 261

CONSENTIMENTO 54, 69, 80, 90, 92, 123, 124, 171, 186, 275, 276

CONSTITUIÇÃO

Constitucionalização 32, 42, 48, 49, 143,

de 1988 29, 110, 243, 247,

Europeia 23

Federal/da República 31, 32, 33, 45, 46, 47, 69, 70, 71, 78, 80, 86, 90, 91, 92, 94, 98, 106, 107, 110, 114, 115, 130, 131, 160, 174, 175, 190, 198, 199, 210, 211, 236, 237, 240, 247, 252, 256, 266, 267, 268, 269, 270, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 284, 285, 287, 293, 295, 300, 302, 307, 308

Emenda constitucional 71, 80, 81, 86, 267, 273, 274, 276, 278, 279, 293

Inconstitucionalidade 31, 91, 132, 133, 138, 140, 174, 175, 182, 211, 212, 236, 237, 252, 256, 266, 267, 290, 301, 302, 307, 308, 309

CONTRATO

Administrativo 116, 117

de adesão 72, 148, 149, 151, 169

de alienação fiduciária 79, 262, 263

de compra e venda 50, 56, 57, 58, 59, 60, 62, 64, 80, 156, 159, 161, 173, 265

de fiança 151

de financiamento bancário 72, 123

de locação de imóveis 71, 72, 112, 119, 151, 237,

de permuta 73, 155

de seguro 170

Coligado 71, 176

Empresarial 141

Função social do 37, 122, 124, 125, 126, 141, 142, 143, 144, 145, 148, 149, 151, 163, 222

Social 50, 76, 77, 210, 216, 218, 220, 222, 223, 227, 231, 232, 233

CULPA 74, 75, 121, 136, 143, 165, 166, 167, 183, 184, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 253, 254, 266, 272, 303

D

DANO

moral 70, 73, 75, 88, 106, 180, 181, 182, 185, 196, 200

material 92, 180

DECLARAÇÃO 23, 62, 82, 87, 110, 162, 205, 216, 237, 240, 248, 288, 304, 306

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 45, 46, 47, 90, 168, 185, 243, 271, 274, 279, 295, 297, 300, 303, 305

DIREITO

Comercial 28, 36, 100, 176

Constitucional 31, 32, 115, 178, 239

da empresa 28, 30, 207, 220, 231

das coisas 10, 17, 18, 55, 78, 242

das obrigações 9, 26, 34, 26, 71, 121, 124, 126, 176

da personalidade 284

de família 10, 80, 81, 115, 240, 253, 254, 303

de locação 19

de preferência 80, 106, 143, 163, 239, 263

de propriedade 13, 14, 15, 17, 19, 41, 61, 243, 244, 247, 249, 252, 256

do Consumidor 29, 30

dos Contratos 24, 158, 162

Europeu/da União Europeia 21, 23, 24, 25, 26, 29, 33, 34, 35, 36,

Germânico/alemão 15, 18, 22, 51, 53, 55, 69, 60, 62, 63, 65, 147, 261

Imobiliário 50, 55, 57, 58, 59, 63, 64, 260

Inglês 59, 60, 61, 62

Italiano 56, 261

Moderno 13, 14, 15

Público 30, 31, 93, 108, 112, 116, 117, 118, 181, 182

Privado 18, 28, 29, 30, 31, 46, 100, 108, 112, 129, 141, 143, 158, 162, 167, 168, 181, 207, 208, 216, 217, 266

Real 14, 15, 16, 17, 19, 20, 53, 57, 106, 243, 244, 255, 301

Romano 13, 14, 21, 174, 225, 298

DÍVIDA 76, 95, 97, 118, 119, 121, 122, 127, 134, 164, 165, 213, 218, 227,
228, 252

DOMICÍLIO 70, 72, 98, 99, 131, 249, 253

E

EMPRESA

Individual de Responsabilidade Limitada 76, 77, 205, 209, 212, 213, 214,
215, 216, 217, 223, 230

Pública 133

Relações empresariais 73, 160, 161

ESTATUTO

Estatuto 70, 98, 208, 260

da Cidade 243, 248

da Criança e do Adolescente 281, 288, 297

da OAB 129

F

FAMÍLIA

Casamento 80, 81, 99, 211, 212, 252, 253, 254, 257, 267, 268, 269, 270,
271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 281, 284, 286, 289, 293, 294,
296, 297, 300, 301, 302, 303, 304

Comunhão (de bens) 210, 212, 253, 266, 289

Divórcio 79, 81, 253, 245, 255, 266, 267, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 281, 293, 294

Concubinato 270, 297

Emancipação 45, 69

Filiação/filho 75, 81, 99, 193, 198, 270, 272, 273, 275, 276, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 291, 293, 294, 298, 304, 306

Guarda (de filhos) 81, 90, 193, 270, 280, 281, 282, 283, 293, 294

Herdeiro 81, 165, 184, 287, 295, 300, 302, 303, 304

Maternidade 288

Obrigação alimentar 290, 291, 292

Parentesco civil 283

Paternidade 81, 250, 284, 285, 286, 287, 291

Testamento 82, 165, 286, 404, 305, 306, 307, 308, 309

União estável 81, 210, 211, 212, 252, 253, 257, 267, 269, 270, 273, 281, 286, 293, 295, 296, 300, 301, 302

G

GARANTIA 53, 57, 62, 71, 79 80, 93, 94, 99, 108, 123, 127, 137, 143, 144, 145, 153, 154, 155, 156, 158, 166, 167, 173, 182, 223, 238, 240, 242, 243, 247, 249, 261, 262, 263, 284

H

HONORÁRIOS 72, 73, 126, 127, 128, 129, 170

I

IMÓVEL 16, 18, 58, 59, 78, 79, 80, 106, 107, 119, 120, 122, 123, 151, 153, 156, 162, 169, 173, 174, 194, 220, 248, 249, 250, 251, 252, 254, 256, 257, 261, 265, 266

INDENIZAÇÃO/indenizar 72, 74, 75, 88, 92, 93, 112, 115, 117, 121, 129, 134, 137, 138, 139, 140, 151, 152, 169, 170, 171, 178, 182, 187, 190, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 190

INTERESSE SOCIAL 210, 240, 248

J

JUNTA COMERCIAL 205, 207 208, 212, 218, 227

JURISPRUDÊNCIA 18, 21, 26, 34, 38, 40, 60, 87, 88, 91, 97, 100, 101, 102, 107, 113, 114, 123, 129, 130, 134, 135, 137, 156, 158, 164, 165, 168, 171, 173, 174, 179, 180, 181, 183, 185, 190, 192, 193, 194, 196, 198, 200, 201, 226, 228, 235, 236, 237, 246, 257, 261, 263, 285, 289, 291, 292, 295, 297

L

LEGISLAÇÃO/legislativo 23, 24, 29, 31, 34, 35, 37, 85, 86, 90, 105, 109, 116, 119, 123, 141, 159, 160, 162, 171, 198, 206, 212, 223, 231, 249, 280, 299, 301, 308

LEGITIMIDADE/legitimação 41, 69, 81, 88, 89, 91, 95, 109, 123, 144, 157, 197, 243, 249, 270, 283, 289, 292, 298 300, 305

LESÃO 69, 88, 89, 91, 105, 106, 129, 139, 142, 149, 169, 171, 175, 182, 183, 185, 186, 187, 196, 199, 200, 202, 254, 302

M

MAIORIDADE CIVIL 80, 268

MEIO AMBIENTE 116, 243, 258, 259

MINISTÉRIO PÚBLICO 9, 81, 216, 269, 273, 292, 299, 300, 306

MULTA 79, 137, 138, 140, 261

P

PATRIMÔNIO 70, 76, 77, 93, 96, 97, 98, 116, 127, 139, 143, 151, 152, 165,
172, 173, 177, 182, 188, 189, 190, 198, 199, 209, 213, 215, 216, 217, 221,
223, 224, 229, 240, 243, 245, 246, 288, 290, 298, 299, 300

PERDAS E DANOS 105, 117, 121, 126, 127, 128, 129, 138, 139, 140, 163,
262

PERSONALIDADE JURÍDICA 70, 76, 86, 87, 84, 95, 96, 97, 177, 209, 216,
217, 220, 221, 224, 227, 228

PESSOA JURÍDICA 75, 76, 93, 95, 96, 97, 98, 167, 181, 182, 203, 205, 209,
213, 214, 215, 216, 217, 218, 227, 230, 288, 304

POSSE

das coisas 13, 14, 16

DIRETA 14, 19, 79, 254, 255, 256, 264

do direito 14, 15

do estado de filho 81, 283, 285

PRAZO PRESCRICIONAL 71, 111, 113, 114, 116, 117, 118, 167, 168, 178

PRESCRIÇÃO 20, 57, 58, 63, 71, 75, 94, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116,
117, 118, 167, 168, 170, 175, 176, 203, 246, 250, 251, 253, 254, 255

PRINCÍPIO

da abstração 5, 50, 51, 52, 53, 54, 59, 64, 65

da função social 37, 79, 247, 248, 249

da separação 5, 50, 51, 52, 54, 56, 60, 63, 64

PROCESSO LEGAL 70, 80, 107, 108, 261

PROPRIEDADE

função social da 79, 80, 143, 247, 248, 259, 261, 264

PUBLICIDADE 51, 52, 56, 59, 61, 64, 155, 222, 231, 268, 269

Q

QUORUM 234

R

REGIME DE BENS 79, 151, 152, 210, 211, 212, 251, 252, 257, 266, 277, 288, 289, 290

RESPONSABILIDADE CIVIL 10, 57, 73, 74, 113, 114, 139, 171, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 197, 198, 200, 201, 218

RESTITUIÇÃO 112, 127, 129, 173, 174

REVISÃO JUDICIAL 141, 142, 258

RISCO 61, 69, 73, 74, 76, 95, 103, 109, 127, 137, 138, 140, 141, 150, 155, 158, 160, 164, 179, 187, 188, 189, 191, 192, 194, 201, 202, 210, 215, 216, 217, 218, 225, 228, 234, 240, 269, 300

S

SOCIEDADE

anônima 77, 210, 219, 221, 222, 228, 231, 236

conjugal 253, 254, 266, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 294

empresária 203, 214, 216, 220, 227, 238, 288

limitada 77, 203, 206, 213, 215, 217, 222, 229, 231, 232, 235, 236, 240

comandita por ações 77, 219

simples 76, 77, 213, 218, 219, 220, 223, 230, 231, 237

T

TEORIA

da aparência 226

da desconsideração 95, 96, 97, 213, 217,

ultra vires 227

TÍTULOS DE CRÉDITO 75, 204, 206, 207, 240

TUTELA 17, 43, 52, 53, 64, 69, 78, 81, 88, 89, 90, 91, 92, 102, 104, 109, 123,
142, 147, 152, 157, 163, 185, 186, 199, 226, 239, 242, 244, 247, 252, 269,
271, 272, 274, 294, 297, 298

U

USUCAPIÃO 16, 17, 18, 19, 52, 55, 57, 58, 60, 63, 64, 78, 79, 143, 243, 248,
249, 250, 251m 252, 253, 254, 255, 256, 257, 266

6 Anexos

COMISSÕES DE TRABALHO DA V JORNADA DE DIREITO CIVIL

PARTE GERAL

(V Jornada)

Coordenador: Gustavo Tepedino

Relatora: Milena Donato Oliva

Participantes:

Adriano Marteleto Godinho

Alcides Leopoldo e Silva Junior

Alexandre Mussoi Moreira

Andre Vasconcelos Roque

André B. C. Barros

André Melo Gomes Pereira

Daniel Bucar Cervasio

Daniel Cordeiro Peracchi

Douglas Camarinha Gonzales

Edilson Pereira Nobre Júnior

Eduardo Nunes

Frederico Antonio Lima de Oliveira

Fábio Leite de Farias Brito

Fábio de Oliveira Azevedo

Gustavo Tepedino

Jorge Américo Pereira de Lira

Jorge Antonio Maurique

Judith Hofmeister Martins Costa

Leonardo Oliveira Soares

Marcelo Antonio de Oliveira Alves de Moura

Marcelo Lopes de Jesus

Marcio Mello Casado

Milena Donato Oliva

Paulo Cesar Morais Pinheiro
Paulo R. Thompson Flores
Rodrigo Ferreira Miranda
Rodrigo de Oliveira Caldas
Rogério de Meneses Fialho Moreira
Sebastião José de Assis Neto
Silvano José Gomes Flumignan
Viviane da Silveira Abílio

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES (V Jornada)

Coordenador: Paulo Roque Khouri
Relatores: José Fernando Simão e Jorge Cesa Ferreira da Silva

Participantes:

Araken de Assis
Arnaldo Boson Paes
Atala Correia
Carlos Santos de Oliveira
Christiano Cassettari
Cristiano de Sousa Zanetti
Cássio Lisandro Telles
Daniel Ustarroz
Divaldo Martins da Costa
Ernesto Tzirulnik
Flávio Roberto Ferreira de Lima
Francisco José Moesch
Gerson Luiz Carlos Branco
Gilberto da Silva Melo
Gisela Sampaio da Cruz
Guilherme Couto de Castro
João Hora Neto
Jorge Bastos da Nova Moreira

Jorge Cesa Ferreira da Silva
José Fernando Simão
José de Oliveira Ascensão
José Jairo Gomes
Lucas Abreu Barroso
Luciano Timm
Luciano de Camargo Penteado
Marcelo Cintra Zarif
Marcelo Guimarães Rodrigues
Marcos Jorge Catalan
Maria Izabel Gomes Sant'Anna
Marilia de Ávila e Silva Sampaio
Mário Luiz Delgado Régis
Nalva Cristina Barbosa Campello
Pablo Malheiros da Cunha Frota
Paulo Sérgio Velten Pereira
Thiago Luis Santos Sombra
Wanderlei de Paula Barreto

RESPONSABILIDADE CIVIL

(V Jornada)

Coordenador: Paulo de Tarso Sanseverino

Relatores: Flávio Tartuce e Rafael Peteffi da Silva

Participantes:

Adalberto de Souza Pasqualotto

Átila Ribeiro Dias

Bruno Leonardo Câmara Carrá

Bruno Nubens Barbosa Miragem

Claudio Luiz Bueno de Godoy

Denise Sá Vieira Carrá

Eduardo Chateaubriand Pereira Diniz Mart

Eugenio Facchini
Felipe Peixoto Braga Netto
Felipe Teixeira Neto
Flávio Tartuce
Francisco Nogueira Machado
Francisco Rogério Barros
Giselle de Amaro e França
Helena Elias Pinto
José Eduardo do Nascimento
José Maria Lima
Kelery Dinarte da Pascoa Freitas
Luis Paulo Cotrim Guimarães
Luiz Gustavo Frediani Nogueira
Marcelo Junqueira Calixto
Mádson Ottoni de Almeida Rodrigues
Mário Euzébio Mazurek
Patrícia Faga Iglecias Lemos
Rafael Peteffi da Silva
Rafael de Barros Petersen
Renzo Gama Soares
Rolf Stuner
Roger Silva Aguiar
Rogério Roberto Gonçalves de Abreu
Ronaldo José da Silva
Rosana Amara Girardi Fachin
Rui Stoco
Silvana Ferrer Arruda
Sílvio de Salvo Venosa
Teresa Ancona Lopez
Wellington da Silva Medeiros
Wesley de Oliveira Louzada Bernardo
Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha
Zacarias Leonardo

DIREITO DE EMPRESA

(V Jornada)

Coordenadora: Ana Frazão

Relator: Márcio Souza Guimarães

Participantes:

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Alfredo de Assis Gonçalves Neto

Ana Tereza Basilio

André Ricardo Cruz Fontes

Arnaldo Rizzardo

Carlos Klein Zanini

Fernando Cerqueira Chagas

Fernando Quadros da Silva

Francisco de Assis Basilio de Moraes

Fábio Ulhoa Coelho

Gladston Mamede

Graciano Pinheiro de Siqueira

Isaac Alster

Leonardo Gomes de Aquino

Marcio Lobianco Cruz Couto

Marcos Paulo Félix da Silva

Maria Bernadete Miranda

Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro

Marlon Tomazette

Maurício Moreira Mendonça de Menezes

Maurício Andere Von Bruck Lacerda

Monica de Cavalcanti Gusmão

Márcio Souza Guimarães

Newton de Lucca

Paulo Penalva Santos

Rodolfo Pinheiro de Moraes

Rodrigo Magalhães

Ronald Amaral Sharp Junior

Vânia Petermann

Wilges Bruscato

DIREITO DAS COISAS

(V Jornada)

Coordenador: Otávio Luiz Rodrigues

Relator: Pablo Renteria

Participantes:

Alcir Luiz Lopes Coelho

Alexandre Correa Leite

Ana Carolina Lobo Gluck Paul

Anastácio Lima de Menezes Filho

Cesar Peghini

Christian Fix

Francisco Cardozo Oliveira

Frederico Henrique Viegas de Lima

Hercules Alexandre da Costa Benício

James Eduardo Oliveira

José Osório de Azevedo Júnior

Leonardo Mattietto

Luiz Edson Fachin

Marcelo de Oliveira Milagres

Marco Aurélio Bezerra de Mello

Márcio Flávio Mafra

Melhim Namem Chalhub

Otávio Luiz Rodrigues Junior

Pablo Renteria

Roberta Mauro Medina Maia

Rolf Stüner

Rubens Alexandre Elias Calixto

Simone de Oliveira Fraga

Zenildo Bodnar

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

(V Jornada)

Coordenador: Ruy Rosado

Relatores: Rose Melo Vencelau Meireles e Marilene Guimarães

Participantes:

Caetano Levi Lopes

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Celso Souza Guerra Junior

Charles Menezes Barros

David de Oliveira Gomes Filho

Dimitre Braga Soares de Carvalho

Eliana Junqueira Munhós Ferreira

Eliene Ferreira Bastos

Érica Verícia de Oliveira Canuto

Fabricio Fontoura Bezerra

Francisco Eduardo Loureiro

Francisco José Cahali

Fábio Lopes Alfaia

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Heloísa Helena Barboza

Jones Figueirêdo Alves

Laura Scalldaferri Pessoa

Luis Cláudio da Silva Chaves

Marilene Guimarães

Regina Beatriz Tavares da Silva

Renata Malta Vilas-Bôas

Renata da Câmara Pires Belmont

Rose Melo Vencelau Meireles

Silvio Cesar dos Santos Maria

Tereza Cristina Monteiro Mafra

Victor José Sebem Ferreira

Viviane Girardi

ENUNCIADOS APROVADOS DA I, III E IV JORNADAS DE DIREITO CIVIL

I JORNADA DE DIREITO CIVIL

I 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 reprogenética 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 regradar 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 Código Civil, art. 62, parágrafo único.
- 9 – 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 Código Civil.
- 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.

2 DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

- 15 – Art. 240: As disposições do art. 236 do novo Código Civil também são aplicáveis à hipótese do art. 240, *in fine*.
- 16 – Art. 299: O art. 299 do Código Civil não exclui a possibilidade da assunção cumulativa da dívida quando dois ou mais devedores se tornam responsáveis pelo débito com a concordância do credor.
- 17 – Art. 317: A interpretação da expressão “motivos imprevisíveis” constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar tanto causas de desproporção não-previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis.
- 18 – Art. 319: A “quitação regular” referida no art. 319 do novo Código Civil engloba a quitação dada por meios eletrônicos ou por quaisquer formas de “comunicação a distância”, assim entendida aquela que permite ajustar negócios jurídicos e praticar atos jurídicos sem a presença corpórea simultânea das partes ou de seus representantes.
- 19 – Art. 374: A matéria da compensação no que concerne às dívidas fiscais e parafiscais de estados, do Distrito Federal e de municípios não é regida pelo art. 374 do Código Civil.
- 20 – Art. 406: A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, um por cento ao mês.

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

- 21 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.
- 22 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.
- 23 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.
- 24 – Art. 422: Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.
- 25 – Art. 422: O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.
- 26 – Art. 422: A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.
- 27 – Art. 422: Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.
- 28 – Art. 445 (§§ 1º e 2º): O disposto no art. 445, §§ 1º e 2º, do Código Civil reflete a consagração da doutrina e da jurisprudência quanto à natureza decadencial das ações edilícias.
- 29 – Art. 456: A interpretação do art. 456 do novo Código Civil permite ao evicto a denúncia direta de qualquer dos responsáveis pelo vício.
- 30 – Art. 463: A disposição do parágrafo único do art. 463 do novo Código Civil deve ser interpretada como fator de eficácia perante terceiros.
- 31 – Art. 475: As perdas e danos mencionados no art. 475 do novo Código Civil dependem da imputabilidade da causa da possível resolução.

- 32 – Art. 534: No contrato estimatório (art. 534), o consignante transfere ao consignatário, temporariamente, o poder de alienação da coisa consignada com opção de pagamento do preço de estima ou sua restituição ao final do prazo ajustado.
- 33 – Art. 557: O novo Código Civil estabeleceu um novo sistema para a revogação da doação por ingratidão, pois o rol legal previsto no art. 557 deixou de ser taxativo, admitindo, excepcionalmente, outras hipóteses.
- 34 – Art. 591: No novo Código Civil, quaisquer contratos de mútuo destinados a fins econômicos presumem-se onerosos (art. 591), ficando a taxa de juros compensatórios limitada ao disposto no art. 406, com capitalização anual.
- 35 – Art. 884: A expressão “se enriquecer à custa de outrem” do art. 886 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.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

- 37 – Art. 187: A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.
- 38 – Art. 927: A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.
- 39 – Art. 928: A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização eqüitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como conseqüência, 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 socioeducativas 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. (Alterado pelo Enunciado 380 – IV Jornada)
- 47 – Art. 945: O art. 945 do novo 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: Interpreta-se restritivamente a regra do art. 1.228, § 2º, do novo Código Civil, 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*.

4 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 microsistemas 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 – III Jornada)~~
- 57 – Art. 983: A opção pelo tipo empresarial não afasta a natureza simples da sociedade.
- 58 – Arts. 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 sociogestores 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 – 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 revogação do art. 1.160 do Código Civil nem modificação do § 2º do art. 1.158 do mesmo diploma, é de interpretar-se este dispositivo no sentido de não aplicá-lo à denominação das sociedades anônimas e sociedades Ltda., já existentes, em razão de se tratar de direito inerente à sua personalidade.
- 74 – Art. 2.045: Apesar da falta de menção expressa, como exigido pelas LCs 95/98 e 107/2001, estão revogadas as disposições de leis especiais que contiverem matéria regulada inteiramente no novo Código Civil, como, v.g., as disposições da Lei n. 6.404/76, referente à sociedade comandita por ações, e do Decreto n. 3.708/1919, sobre sociedade de responsabilidade limitada.
- 75 – Art. 2.045: A disciplina de matéria mercantil no novo Código Civil não afeta a autonomia do Direito Comercial.

5 DIREITO DAS COISAS

- 76 – Art. 1.197: O possuidor direto tem direito de defender a sua posse contra o indireto, e este, contra aquele (art. 1.197, *in fine*, do novo Código Civil).
- 77 – Art. 1.205: A posse das coisas móveis e imóveis também pode ser transmitida pelo *constituto* possessório.
- 78 – Art. 1.210: Tendo em vista a não-recepção pelo novo Código Civil da *exceptio proprietatis* (art. 1.210, § 2º) em caso de ausência de prova suficiente para embasar decisão liminar ou sentença final ancorada exclusivamente no *ius possessionis*, deverá o pedido ser indeferido e julgado improcedente, não obstante eventual alegação e demonstração de direito real sobre o bem litigioso.
- 79 – Art. 1.210: A *exceptio proprietatis*, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, que estabeleceu a absoluta separação entre os juízos possessório e petitorio.
- 80 – Art. 1.212: É inadmissível o direcionamento de demanda possessória ou ressarcitória contra terceiro possuidor de boa-fé, por ser parte passiva ilegítima diante do disposto no art. 1.212 do novo Código Civil. Contra o terceiro de boa-fé, cabe tão-somente a propositura de demanda de natureza real.
- 81 – Art. 1.219: O direito de retenção previsto no art. 1.219 do Código Civil, 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. (Alterado pelo Enunciado 304 – IV Jornada)
- 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 Código Civil 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 Código Civil 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 – 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).

6 ENUNCIADOS PROPOSITIVOS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

- 96 – Alteração do § 1º do art. 1.336 do Código Civil, 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.

7 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 socioafetiva, 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 obrigatória, ainda, a 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 consanguínea e também a socioafetiva.
- 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 consanguíneos, 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. 1.831: 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).

8 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 or-

ganismo 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 inc. I do art. 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 art. 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 socioevolutiva 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. 1.639, § 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.

9 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 impen- de 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.

III JORNADA DE DIREITO CIVIL

I 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 Código Civil 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.

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 cir-

constância 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 Código Civil, 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 Código Civil é aquela que atualmente complementa a norma do art. 4º, 2ª parte, da Lei n. 8.245/91 (Lei de Locações), balizando o controle da multa mediante a denúncia antecipada do contrato de locação pelo locatário durante o prazo ajustado. (Cancelado pelo Enunciado 357 – IV Jornada)~~
- 180 – Arts. 575 e 582: A regra do parágrafo único do art. 575 do novo Código Civil, 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 Código Civil.
- 181 – Art. 618: O prazo referido no art. 618, parágrafo único, do Código Civil 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 Código Civil 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 – Arts. 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 Código Civil não afasta as normas acerca da responsabilidade pelo fato do produto previstas no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, que continuam mais favoráveis ao consumidor lesado.
- 191 – Art. 932: A instituição hospitalar privada responde, na forma do art. 932, III, do Código Civil, 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.

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 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 turbacão 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 parágrafos, todos do Código de Processo Civil.
- 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 Código Civil/1916.
- 240 – Art. 1.228: A justa indenização a que alude o § 5º do art. 1.228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo devidos 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 omissivo 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,
- j253 – 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.

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. 1.597 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 possuísse 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.

IV JORNADA DE DIREITO CIVIL

I PARTE GERAL

- 272 – Art. 10: Não é admitida em nosso ordenamento jurídico a adoção por ato extrajudicial, sendo indispensável a atuação jurisdicional, inclusive para a adoção de maiores de dezoito anos.
- 273 – Art. 10: Tanto na adoção bilateral quanto na unilateral, quando não se preserva o vínculo com qualquer dos genitores originários, deverá ser averbado o cancelamento do registro originário de nascimento do adotado, lavrando-se novo registro. Sendo unilateral a adoção, e sempre que se preserve o vínculo originário com um dos genitores, deverá ser averbada a substituição do nome do pai ou mãe naturais pelo nome do pai ou mãe adotivos.
- 274 – Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.
- 275 – Arts. 12 e 20: O rol dos legitimados de que tratam os arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil também compreende o companheiro.
- 276 – Art. 13: O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.
- 277 – Art. 14: O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.
- 278 – Art. 18: A publicidade que divulgar, sem autorização, qualidades inerentes a determinada pessoa, ainda que sem mencionar seu nome, mas sendo capaz de identificá-la, constitui violação a direito da personalidade.
- 279 – Art. 20: A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta

a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

- 280 – Arts. 44, 57 e 60: Por força do art. 44, § 2º, consideram-se aplicáveis às sociedades reguladas pelo Livro II da Parte Especial, exceto às limitadas, os arts. 57 e 60, nos seguintes termos: a) em havendo previsão contratual, é possível aos sócios deliberar a exclusão de sócio por justa causa, pela via extrajudicial, cabendo ao contrato disciplinar o procedimento de exclusão, assegurado o direito de defesa, por aplicação analógica do art. 1.085; b) as deliberações sociais poderão ser convocadas por iniciativa de sócios que representem 1/5 (um quinto) do capital social, na omissão do contrato. A mesma regra aplica-se na hipótese de criação, pelo contrato, de outros órgãos de deliberação colegiada.
- 281 – Art. 50: A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica.
- 282 – Art. 50: O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso da personalidade jurídica.
- 283 – Art. 50: É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros.
- 284 – Art. 50: As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não-econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica.
- 285 – Art. 50: A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica, em seu favor.
- 286 – Art. 52: Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos.
- 287 – Art. 98: O critério da classificação de bens indicado no art. 98 do Código Civil não exaure a enumeração dos bens públicos, podendo ainda ser classificado como tal o bem pertencente a pessoa jurídica de direito privado que esteja afetado à prestação de serviços públicos.
- 288 – Arts. 90 e 91: A pertinência subjetiva não constitui requisito imprescindível para a configuração das universalidades de fato e de direito.
- 289 – Art. 108: O valor de 30 salários mínimos constante no art. 108 do Código Civil brasileiro, em referência à forma pública ou particular dos negócios jurídicos que envolvam bens imóveis, é o atribuído pelas partes contratantes, e não qualquer outro valor arbitrado pela Administração Pública com finalidade tributária.

- 290 – Art. 157: A lesão acarretará a anulação do negócio jurídico quando verificada, na formação deste, a desproporção manifesta entre as prestações assumidas pelas partes, não se presumindo a premente necessidade ou a inexperiência do lesado.
- 291 – Art. 157: Nas hipóteses de lesão previstas no art. 157 do Código Civil, pode o lesionado optar por não pleitear a anulação do negócio jurídico, deduzindo, desde logo, pretensão com vista à revisão judicial do negócio por meio da redução do proveito do lesionador ou do complemento do preço.
- 292 – Art. 158: Para os efeitos do art. 158, § 2º, a anterioridade do crédito é determinada pela causa que lhe dá origem, independentemente de seu reconhecimento por decisão judicial.
- 293 – Art. 167: Na simulação relativa, o aproveitamento do negócio jurídico dissimulado não decorre tão-somente do afastamento do negócio jurídico simulado, mas do necessário preenchimento de todos os requisitos substanciais e formais de validade daquele.
- 294 – Arts. 167 e 168: Sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra.
- 295 – Art. 191: A revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei n. 11.280/2006, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art. 191 do texto codificado.
- 296 – Art. 197: Não corre a prescrição entre os companheiros, na constância da união estável.
- 297 – Art. 212: O documento eletrônico tem valor probante, desde que seja apto a conservar a integridade de seu conteúdo e idôneo a apontar sua autoria, independentemente da tecnologia empregada.
- 298 – Arts. 212 e 225: Os arquivos eletrônicos incluem-se no conceito de “reproduções eletrônicas de fatos ou de coisas” do art. 225 do Código Civil, aos quais deve ser aplicado o regime jurídico da prova documental.
- 299 – Art. 2.028: Iniciada a contagem de determinado prazo sob a égide do Código Civil de 1916, e vindo a lei nova a reduzi-lo, prevalecerá o prazo antigo, desde que transcorrido mais de metade deste na data da entrada em vigor do novo Código. O novo prazo será contado a partir de 11 de janeiro de 2003, desprezando-se o tempo anteriormente decorrido, salvo quando o não-aproveitamento do prazo já vencido implicar aumento do prazo prescricional previsto na lei revogada, hipótese em que deve ser aproveitado o prazo já transcorrido durante o domínio da lei antiga, estabelecendo-se uma continuidade temporal.
- 300 – Art. 2.035: A lei aplicável aos efeitos atuais dos contratos celebrados antes do novo Código Civil será a vigente na época da celebração; todavia, havendo al-

teração legislativa que evidencie anacronismo da lei revogada, o juiz equilibrará as obrigações das partes contratantes, ponderando os interesses traduzidos pelas regras revogada e revogadora, bem como a natureza e a finalidade do negócio.

2 DIREITO DAS COISAS

- 301 – Art. 1.198, c/c o art.1.204: É possível a conversão da detenção em posse, desde que rompida a subordinação, na hipótese de exercício em nome próprio dos atos possessórios.
- 302 – Arts. 1.200 e 1.214: Pode ser considerado justo título para a posse de boa-fé o ato jurídico capaz de transmitir a posse *ad usucapionem*, observado o disposto no art. 113 do Código Civil.
- 303 – Art. 1.201: Considera-se justo título, para a presunção relativa da boa-fé do possuidor, o justo motivo que lhe autoriza a aquisição derivada da posse, esteja ou não materializado em instrumento público ou particular. Compreensão na perspectiva da função social da posse.
- 304 – Art. 1.228: São aplicáveis as disposições dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido, parcialmente, o Enunciado 83 da I Jornada de Direito Civil, no que concerne às demais classificações dos bens públicos.
- 305 – Art. 1.228: Tendo em vista as disposições dos §§ 3º e 4º do art. 1.228 do Código Civil, o Ministério Público tem o poder-dever de atuar nas hipóteses de desapropriação, inclusive a indireta, que encerrem relevante interesse público, determinado pela natureza dos bens jurídicos envolvidos.
- 306 – Art. 1.228: A situação descrita no § 4º do art. 1.228 do Código Civil enseja a improcedência do pedido reivindicatório.
- 307 – Art. 1.228: Na desapropriação judicial (art. 1.228, § 4º), poderá o juiz determinar a intervenção dos órgãos públicos competentes para o licenciamento ambiental e urbanístico.
- 308 – Art. 1.228: A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil.

- 309 – Art. 1.228: O conceito de posse de boa-fé de que trata o art. 1.201 do Código Civil não se aplica ao instituto previsto no § 4º do art. 1.228.
- 310 – Art. 1.228: Interpreta-se extensivamente a expressão “imóvel reivindicado” (art. 1.228, § 4º), abrangendo pretensões tanto no juízo petitório quanto no possessório.
- 311 – Caso não seja pago o preço fixado para a desapropriação judicial, e ultrapassado o prazo prescricional para se exigir o crédito correspondente, estará autorizada a expedição de mandado para registro da propriedade em favor dos possuidores.
- 312 – Art. 1.239: Observado o teto constitucional, a fixação da área máxima para fins de usucapião especial rural levará em consideração o módulo rural e a atividade agrária regionalizada.
- 313 – Arts. 1.239 e 1.240: Quando a posse ocorre sobre área superior aos limites legais, não é possível a aquisição pela via da usucapião especial, ainda que o pedido restrinja a dimensão do que se quer usucapir.
- 314 – Art. 1.240: Para os efeitos do art. 1.240, não se deve computar, para fins de limite de metragem máxima, a extensão compreendida pela fração ideal correspondente à área comum.
- 315 – Art. 1.241: O art. 1.241 do Código Civil permite ao possuidor que figurar como réu em ação reivindicatória ou possessória formular pedido contraposto e postular ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel, valendo a sentença como instrumento para registro imobiliário, ressalvados eventuais interesses de confinantes e terceiros.
- 316 – Art. 1.276: Eventual ação judicial de abandono de imóvel, caso procedente, impede o sucesso de demanda petitória.
- 317 – Art. 1.243: A *accessio possessionis* de que trata o art. 1.243, primeira parte, do Código Civil não encontra aplicabilidade relativamente aos arts. 1.239 e 1.240 do mesmo diploma legal, em face da normatividade do usucapião constitucional urbano e rural, arts. 183 e 191, respectivamente.
- 318 – Art. 1.258: O direito à aquisição da propriedade do solo em favor do construtor de má-fé (art. 1.258, parágrafo único) somente é viável quando, além dos requisitos explícitos previstos em lei, houver necessidade de proteger terceiros de boa-fé.
- 319 – Art. 1.277: A condução e a solução das causas envolvendo conflitos de vizinhança devem guardar estreita sintonia com os princípios constitucionais da intimidade, da inviolabilidade da vida privada e da proteção ao meio ambiente.
- 320 – Arts. 1.338 e 1.331: O direito de preferência de que trata o art. 1.338 deve ser assegurado não apenas nos casos de locação, mas também na hipótese de venda da garagem.

- 321 – Art. 1.369: Os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um de seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel.
- 322 – Art. 1.376: O momento da desapropriação e as condições da concessão superficiária serão considerados para fins da divisão do montante indenizatório (art. 1.376), constituindo-se litisconsórcio passivo necessário simples entre proprietário e superficiário.
- 323 – É dispensável a anuência dos adquirentes de unidades imobiliárias no “termo de afetação” da incorporação imobiliária.
- 324 – É possível a averbação do termo de afetação de incorporação imobiliária (Lei n. 4.591/64, art. 31b) a qualquer tempo, na matrícula do terreno, mesmo antes do registro do respectivo Memorial de Incorporação no Registro de Imóveis.
- 325 – É impenhorável, nos termos da Lei n. 8.009/90, o direito real de aquisição do devedor fiduciante.

2.1 PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS

- 326 – Propõe-se a alteração do art. 31a da Lei n. 4.591/64, que passaria a ter a seguinte redação: “Art. 31a: O terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes”.
- 327 – Suprima-se o art. 9º da Lei n. 10.931/2004. (Unânime)
- 328 – Propõe-se a supressão do inciso V do art. 1.334 do Código Civil.

3 DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

- 329 – Art. 1.520: A permissão para casamento fora da idade núbil merece interpretação orientada pela dimensão substancial do princípio da igualdade jurídica, ética e moral entre o homem e a mulher, evitando-se, sem prejuízo do respeito à diferença, tratamento discriminatório.

- 330 – Art. 1.524: As causas suspensivas da celebração do casamento poderão ser argüidas inclusive pelos parentes em linha reta de um dos nubentes e pelos colaterais em segundo grau, por vínculo decorrente de parentesco civil.
- 331 – Art. 1.639: O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial.
- 332 – Art. 1.548: A hipótese de nulidade prevista no inc. I do art. 1.548 do Código Civil se restringe ao casamento realizado por enfermo mental absolutamente incapaz, nos termos do inc. II do art. 3º do Código Civil.
- 333 – Arts. 1.584 e 1.589: O direito de visita pode ser estendido aos avós e a pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse.
- 334 – Art. 1.584: A guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o princípio do melhor interesse.
- 335 – Art. 1.636: A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar.
- 336 – Art. 1.584: O parágrafo único do art. 1.584 aplica-se também aos filhos advindos de qualquer forma de família.
- 337 – Art. 1.588: O fato de o pai ou a mãe constituírem nova união não repercute no direito de terem os filhos do leito anterior em sua companhia, salvo quando houver comprometimento da sadia formação e do integral desenvolvimento da personalidade destes.
- 338 – Art. 1.588: A cláusula de não-tratamento conveniente para a perda da guarda dirige-se a todos os que integram, de modo direto ou reflexo, as novas relações familiares.
- 339 – A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.
- 340 – Art. 1.665: No regime da comunhão parcial de bens é sempre indispensável a autorização do cônjuge, ou seu suprimento judicial, para atos de disposição sobre bens imóveis.
- 341 – Art. 1.696: Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.

- 342 – Art. 1.695: Observadas suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não-solidário quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro de seus genitores.
- 343 – Art. 1.700: A transmissibilidade da obrigação alimentar é limitada às forças da herança.
- 344 – Art. 1.701: A obrigação alimentar originada do poder familiar, especialmente para atender às necessidades educacionais, pode não cessar com a maioridade.
- 345 – Art. 1.708: O “procedimento indigno” do credor em relação ao devedor, previsto no parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, pode ensejar a exoneração ou apenas a redução do valor da pensão alimentícia para quantia indispensável à sobrevivência do credor.
- 346 – Art. 1.725: Na união estável o regime patrimonial obedecerá à norma vigente no momento da aquisição de cada bem, salvo contrato escrito.

4 DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADE CIVIL

- 347 – Art. 266: A solidariedade admite outras disposições de conteúdo particular além do rol previsto no art. 266 do Código Civil.
- 348 – Arts. 275/282: O pagamento parcial não implica, por si só, renúncia à solidariedade, a qual deve derivar dos termos expressos da quitação ou, inequivocamente, das circunstâncias do recebimento da prestação pelo credor.
- 349 – Art. 282: Com a renúncia à solidariedade quanto a apenas um dos devedores solidários, o credor só poderá cobrar do beneficiado a sua quota na dívida, permanecendo a solidariedade quanto aos demais devedores, abatida do débito a parte correspondente aos beneficiados pela renúncia.
- 350 – Art. 284: A renúncia à solidariedade diferencia-se da remissão, em que o devedor fica inteiramente liberado do vínculo obrigacional, inclusive no que tange ao rateio da quota do eventual co-devedor insolvente, nos termos do art. 284.
- 351 – Art. 282: A renúncia à solidariedade em favor de determinado devedor afasta a hipótese de seu chamamento ao processo.
- 352 – Art. 300: Salvo expressa concordância dos terceiros, as garantias por eles prestadas se extinguem com a assunção da dívida; já as garantias prestadas pelo devedor primitivo somente serão mantidas se este concordar com a assunção.

- 353 – Art. 303: A recusa do credor, quando notificado pelo adquirente de imóvel hipotecado comunicando-lhe o interesse em assumir a obrigação, deve ser justificada.
- 354 – Arts. 395, 396 e 408: A cobrança de encargos e parcelas indevidas ou abusivas impede a caracterização da mora do devedor.
- 355 – Art. 413: Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública.
- 356 – Art. 413: Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício.
- 357 – Art. 413: O art. 413 do Código Civil é o que complementa o art. 4º da Lei n. 8.245/91. Revogado o Enunciado 179 da III Jornada.
- 358 – Art. 413: O caráter manifestamente excessivo do valor da cláusula penal não se confunde com a alteração das circunstâncias, a excessiva onerosidade e a frustração do fim do negócio jurídico, que podem incidir autonomamente e possibilitar sua revisão para mais ou para menos.
- 359 – Art. 413: A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido.
- 360 – Art. 421: O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.
- 361 – Arts. 421, 422 e 475: O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.
- 362 – Art. 422: A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.
- 363 – Art. 422: Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação.
- 364 – Arts. 424 e 828: No contrato de fiança é nula a cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem quando inserida em contrato de adesão.
- 365 – Art. 478. A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento accidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.
- 366 – Art. 478: O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.

- 367 – Art. 479: Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório.
- 368 – Art. 496: O prazo para anular venda de ascendente para descendente é decadencial de dois anos (art. 179 do Código Civil).
- 369 – Arts. 732 e 735: Diante do preceito constante no art. 732 do Código Civil, teleologicamente e em uma visão constitucional de unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este.
- 370 – Art. 757: Nos contratos de seguro por adesão, os riscos predeterminados indicados no art. 757, parte final, devem ser interpretados de acordo com os arts. 421, 422, 424, 759 e 799 do Código Civil e 1º, inc. III, da Constituição Federal.
- 371 – Art. 763: A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva.
- 372 – Art. 766: Em caso de negativa de cobertura securitária por doença preexistente, cabe à seguradora comprovar que o segurado tinha conhecimento inequívoco daquela.
- 373 – Art. 787: Embora sejam desfeitos pelo § 2º do art. 787 do Código Civil, o reconhecimento da responsabilidade, a confissão da ação ou a transação não retiram do segurado o direito à garantia, sendo apenas ineficazes perante a seguradora.
- 374 – Arts. 792 e 795: No contrato de seguro, o juiz deve proceder com equidade, atentando às circunstâncias reais, e não a probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos.
- 375 – Art. 801: No seguro em grupo de pessoas, exige-se o quórum qualificado de 3/4 do grupo, previsto no § 2º do art. 801 do Código Civil, apenas quando as modificações impuserem novos ônus aos participantes ou restringirem seus direitos na apólice em vigor.
- 376 – Art. 763: Para efeito de aplicação do art. 763 do Código Civil, a resolução do contrato depende de prévia interpelação.
- 377 – Art. 927: O art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco.
- 378 – Art. 931: Aplica-se o art. 931 do Código Civil, haja ou não relação de consumo.
- 379 – Art. 944: O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.

- 380 – Art. 944: Atribui-se nova redação ao Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Civil, pela supressão da parte final: *não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva*.
- 381 – Art. 950, parágrafo único: O lesado pode exigir que a indenização sob a forma de pensionamento seja arbitrada e paga de uma só vez, salvo impossibilidade econômica do devedor, caso em que o juiz poderá fixar outra forma de pagamento, atendendo à condição financeira do ofensor e aos benefícios resultantes do pagamento antecipado.

5 DIREITO DE EMPRESA

- 382 – Art. 983: Nas sociedades, o registro observa a natureza da atividade (empresarial ou não – art. 966); as demais questões seguem as normas pertinentes ao tipo societário adotado (art. 983). São exceções as sociedades por ações e as cooperativas (art. 982, parágrafo único).
- 383 – Art. 997: A falta de registro do contrato social (irregularidade originária – art. 998) ou de alteração contratual versando sobre matéria referida no art. 997 (irregularidade superveniente – art. 999, parágrafo único) conduz à aplicação das regras da sociedade em comum (art. 986).
- 384 – Art. 999: Nas sociedades personificadas previstas no Código Civil, exceto a cooperativa, é admissível o acordo de sócios, por aplicação analógica das normas relativas às sociedades por ações pertinentes ao acordo de acionistas.
- 385 – Art. 999: A unanimidade exigida para a modificação do contrato social somente alcança as matérias referidas no art. 997, prevalecendo, nos demais casos de deliberação dos sócios, a maioria absoluta, se outra mais qualificada não for prevista no contrato.
- 386 – Na apuração dos haveres do sócio devedor, por consequência da liquidação de suas quotas na sociedade para pagamento ao seu credor (art. 1.026, parágrafo único), não devem ser consideradas eventuais disposições contratuais restritivas à determinação de seu valor.
- 387 – Art. 1.026: A opção entre fazer a execução recair sobre o que ao sócio couber no lucro da sociedade ou sobre a parte que lhe tocar em dissolução orienta-se pelos princípios da menor onerosidade e da função social da empresa.
- 388 – Art. 1.026: O disposto no art. 1.026 do Código Civil não exclui a possibilidade de o credor fazer recair a execução sobre os direitos patrimoniais da quota de participação que o devedor possui no capital da sociedade.

- 389 – Art. 1.026: Quando se tratar de sócio de serviço, não poderá haver penhora das verbas descritas no art. 1026, se de caráter alimentar.
- 390 – Art. 1.029: Em regra, é livre a retirada de sócio nas sociedades limitadas e anônimas fechadas, por prazo indeterminado, desde que tenham integralizado a respectiva parcela do capital, operando-se a denúncia (arts. 473 e 1.029).
- 391 – Arts. 1.031, 1.057 e 1.058: A sociedade limitada pode adquirir suas próprias quotas, observadas as condições estabelecidas na Lei das Sociedades por Ações.
- 392 – Art. 1.077: Nas hipóteses do art. 1.077 do Código Civil, cabe aos sócios delimitar seus contornos para compatibilizá-los com os princípios da preservação e da função social da empresa, aplicando-se, supletiva (art. 1.053, parágrafo único) ou analogicamente (art. 4º da LICC), o art. 137, § 3º, da Lei das Sociedades por Ações, para permitir a reconsideração da deliberação que autorizou a retirada do sócio dissidente.
- 393 – Art. 1.143: A validade da alienação do estabelecimento empresarial não depende de forma específica, observado o regime jurídico dos bens que a exijam.
- 394 – Art. 2.031: Ainda que não promovida a adequação do contrato social no prazo previsto no art. 2.031 do Código Civil, as sociedades não perdem a personalidade jurídica adquirida antes de seu advento.
- 395 – Art. 2.031: A sociedade registrada antes da vigência do Código Civil não está obrigada a adaptar seu nome às novas disposições.
- 396 – Art. 2.035: A capacidade para contratar a constituição da sociedade submete-se à lei vigente no momento do registro.